

EGUZKILORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián

Marzo 1999

149 - 163

APUNTES SOBRE EL PERFIL DEL JUEZ PENAL EN CUANTO CREADOR DE LA SENTENCIA*

Resumen: Se estudia el perfil del juez penal y su dimensión humana, criminológica y jurídica y se analizan las principales funciones que debe desarrollar en su actividad judicial, indicando que el juez ha de conocer y asumir las ideas de la Política criminal que inspiran la legislación punitiva. Asimismo, se realiza una reflexión sobre la finalidad de la prisión considerando necesaria la aplicación de un sistema alternativo de sanciones.

Laburpena: Epailen penalaren perfila aztertzen da, bere giza dimentsioa, Kriminologikoa eta juridikoa, eta bere lanean bete behar dituen funtzio garrantzitsuenak ere aztertzen dira, legegide zehagarrian oinarritzen diren Politika Kriminaleko ideiak onartu eta ezagutu behar dituela adieraziz. Hau hala izanik, gartzelaren helburuari buruz gogoeta bat egiten da, zigor sistema alternatiboak beharrezkoak direla adieraziz.

Résumé: On étudie le trait du juge pénal et sa dimension humaine, criminologique et juridique, et on analyse aussi les principales fonctions qu'il doit développer dans son activité judiciaire, en indiquant que le juge doit connaître et assumer les idées de la Politique criminelle qu'inspirent la législation punitive. De même, on fait une réflexion sur la finalité de la prison en considérant nécessaire l'application d'un système alternative des sanctions.

Summary: It is studied the profile of the penal judge and his human, criminological and juridical dimension. The main functions he must develop during his judicial activity are also analysed, pointing out that judge must know and assume the Criminal Policy notions which inspire the punitive legislation. Likewise, a reflection about the purpose of prisons is made, considering the necessity of the performance of an alternative system of sanctions.

Palabras clave: Derecho Penal, Actividad Judicial, Penología, Alternativas a la Prisión.

Hitzik garrantzizkoenak: Zuzenbide Penala, Epai Lana, Penologia, Gartzelaren alternatibak.

Mots clef: Droit Pénal, Activité Judiciaire, Pénologie, Alternatives à la Prison.

Key words: Penal Law, Judicial Activity, Penology, Alternatives to Prison.

* J.L. de la CUESTA, I. DENDALUZE, E. ECHEBURUA (Comps.), *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Prof. Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, pp. 363-377.

SUMARIO

1.- Homenaje al Profesor Beristain. 2.- El tema elegido. 3.- El Juez penal. Consideraciones generales. 4.- El Juzgador. 5.- El Juez de Vigilancia Penitenciaria. 6.- La especialización. 7.- Las técnicas de valoración de las pruebas. 8.- La sensibilidad. 9.- El no a la cárcel. La novación punitiva. 10.- Los sistemas alternativos. 11.- El Juez y la Sociedad. 12.- Los Jueces Técnicos. 13.- El Jurado. 14.- El Juez y la Constitución. 15.- Consideraciones finales.

1. HOMENAJE AL PROFESOR BERISTAIN

Un trabajo que se destina a un Libro Homenaje exige unas palabras de presentación. Al Profesor Beristain le conozco desde mis iniciales actividades judiciales en Bilbao. Acudimos juntos a Jornadas y Congresos, escuché muchas de sus charlas y conferencias, estudié sus trabajos, acudí más tarde a su Instituto de Criminología de la Universidad del País Vasco y a su Cátedra de Derecho Penal en bastantes ocasiones y he seguido muy de cerca su trayectoria vital, como persona y como universitario.

Mi admiración en esta doble proyección humana y jurídica es especialmente grande. Este modesto trabajo podía llenarse de anécdotas vividas como testigo y todavía quedarían muchas sin relatar. Todas ellas tienen un denominador común, como he dicho ya muchas veces: allí donde haya una necesidad, una angustia, un sufrimiento, estará el Profesor Beristain y lo hará siempre con sencillez, con su enorme carga de humanismo de la más alta calidad y con su sabiduría y prestigio internacional en el campo del Derecho. Los problemas de la droga, de los desasistidos, de quienes sufren esperando, a veces con impaciencia, el final inmediato e irreversible de sus vidas, estarán siempre presentes en este ilustre Profesor. De ahí la preocupación por la drogadicción, por la cárcel, el aborto, la eutanasia, etc., con soluciones que cuando pasan los años coinciden muchas veces con las que la sociedad establece después como las más acertadas.

A este gran Maestro de la vida y del Derecho le preocupa aquello que obsesiona a un gran número de personas a las que como jurista ha querido servir, dándoles unas respuestas humanas y jurídicas satisfactorias, adquiriendo así el Derecho penal una dimensión y un horizonte de aproximaciones en la ilusión de las llamadas gentes de a pie, difícilmente superable.

2. EL TEMA ELEGIDO

En orden al contenido de esta modesta aportación he pensado que atendida mi actividad profesional, estudiar el perfil del juez penal y su dimensión humana, criminológica y jurídica podía ser, en sí misma, un homenaje al Profesor Beristain por las razones apuntadas.

La mayor parte de los Tratados y obras de Criminología tratan bajo uno u otro título este tema en cuanto que el juez crea la sentencia penal y ésta ha de asumir los correspondientes factores criminológicos. A este respecto dice Seelig¹ que la sentencia

1. SEELIG, Ernesto: *Tratado de criminología*. Traducción José M.^º Rodríguez Devesa. Inst. Estudios Políticos. Madrid, 1958, págs. 425 y ss.

penal constituye la terminación del proceso, el cual se presenta como una reacción de la comunidad contra el delito y sirve para comprobar las pretensiones penales y de seguridad. Considerada desde el punto de vista jurídico-material es un objeto ideal, esto es, un precepto y mandato jurídico aplicado a un caso concreto, una conclusión lógica partiendo de premisas dadas. Ese punto de vista pasa por alto muchas veces que la creación de la sentencia es obra humana y por tanto un proceso real. Todos los fenómenos psicofísicos de las personas que cooperan a él pueden tener importancia para el resultado de la sentencia; su investigación, se dice, compete a la Criminología.

Juzgar, ha dicho Beristain², es una actividad muy difícil y que exige mucha imparcialidad, nunca habrá una objetividad completa ni perfecta, pero los jueces ordinarios son los menos parciales que se puede. Los jueces especiales, dice, por principio, por su propia función, lo son mucho más. Esa es, creo yo, la doctrina que emana de la Constitución a través de la institución del juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE).

3. EL JUEZ PENAL. CONSIDERACIONES GENERALES

Aunque existe una innegable unidad en todo el Ordenamiento jurídico en cuanto instrumento de realización de la justicia, dentro de unos determinados parámetros, a fin de conseguir una convivencia en paz a través de un sistema normativo equilibrado y defensor de todos los derechos fundamentales y libertades públicas, el Derecho penal ofrece unas notas muy específicas y, por consiguiente, el juez encargado de su aplicación ha de reunir determinados requisitos, imprescindibles para la realización efectiva de la justicia penal.

El juez penal ha de conocer muy bien y asumir en su actividad judicial las ideas básicas de la Política criminal inspiradoras de la legislación punitiva. Dice Jacqueline Bernat de Celis³ que Política criminal es efectivamente un sistema dado de reacción social frente al fenómeno delictivo, expresión que califica como una de las caras de la Política criminal que llama decisional, al lado de la otra faz en cuanto etapa de investigación específica destinada a dar base, validez y eficacia a dicha etapa de toma de decisiones.

Pues bien, el establecimiento y la fijación de los contornos de estos principios no puede ser obra de cada juez, ni siquiera del colectivo judicial, sino de la Ley Fundamental de cada Estado, en nuestro caso de la Constitución de 1978 que establece como idea esencial que las penas privativas de libertad, y las medidas de seguridad, –y en mi opinión la expresión es generalizable a todas las penas– estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados (art. 25. 2)

2. BERISTAIN IPIÑA, Antonio: "No a las jurisdicciones especiales". En *Estudios Vascos de Criminología*. Mensajero, Bilbao, 1982, A. Beristain Editor, pág. 514.

3. BERNAT DE CELIS, Jacqueline: "Las dos caras de la política criminal". En *Estudios Vascos de Criminología*, cit. pág. 631.

Pero también otras ideas básicas se obtienen de la Constitución y del resto del Ordenamiento que han de hacerse efectivas a la hora de interpretar las normas penales: elección de pena en los supuestos de alternatividad, intensidad de la sanción dentro del arbitrio que no ha de usarse en función de criterios personales sino institucionales y sociales, etc., (art. 3.1 Código civil).

Otro tanto hay que decir de la descripción de los tipos penales y del concreto hallazgo de su finalidad. Sólo así, por ejemplo, se puede descubrir, a mi juicio, que la protección de la integridad de la personalidad en función del sexo no atiende al bien jurídico de la honestidad, pese a lo que literalmente se dice en el Código, sino al ejercicio de la libertad sexual (V. art. 1.1 CE). En este sentido una extensa jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, lo que explica que en uso de las facultades que a los jueces concede el art. 2 del Código penal, dicha Sala se dirigiera al Gobierno para que si lo estimaba oportuno orientara el sistema de protección jurídico-penal acentuando las penas en aquellas conductas que, no siendo violación de una mujer, en sentido técnico-jurídico, hieren los sentimientos de libertad y dignidad con igual o incluso superior intensidad.

Y el indulto que los jueces pedimos al Gobierno ha de construirse, en mi opinión, en función también de la Política criminal, corrigiendo las tensiones inevitables que se producen entre las normas, los comportamientos y las personas que delinquen, que han de resolverse no de forma anárquica y libre, sino en función de los parámetros de Política criminal que fija, no los jueces, sino el legislador.

El juez penal debe conocer a la persona que va a juzgar, de ahí la necesidad de estudiar antropología, psicología, sociología, etc., en su proyección criminal, ciencias integradas en lo que Grispiñi llamó criminalística en razón del estudio que hacen del delito, de los medios de lucha contra él, represivo y preventivo, y del delincuente⁴.

En definitiva, ha de conocer las Ciencias que coadyuvan a una correcta administración de justicia penal y por consiguiente la Criminología, en cuanto hace referencia a los fenómenos reales del delito (psíquicos y físicos) y la Política criminal en orden a la dirección que el legislador marca en la lucha contra los fenómenos delincuenciales y la recuperación social del delincuente. Para ello ha de superar la zona del puro normativismo (que sirve y mucho para mantener la esencialidad del principio de legalidad, básico en el Derecho sancionador) y penetrar por los caminos de las ciencias auxiliares para descubrir la etiología del delito, causas directas y mediatas de su originación, mundo circundante: familiar, profesional, amical y territorial, personalidad, anomalías congénitas y adquiridas, patologías de la mente, etc. La Criminología crítica, dice Beristain⁵, ha de considerarse en sentido amplio como una orientación, una corriente impulsada por (y en la que son impulsados) todas aquellas personas y todas aquellas doctrinas que, en líneas generales, con variantes y peculiaridades, avanzan por las coordenadas científicas acerca del delito y de la desviación⁶.

De ahí, sin duda, que la existencia de una justicia, especialmente la penal, administrada por determinados hombres haya sido cuestionada socialmente. Tan elevada es

4. ROSAL FERNÁNDEZ, Juan del: *Derecho penal. Lecciones*. 2.ª Edición, pág. 12.

5. BERISTAIN IPIÑA, Antonio: *Cuestiones penales y criminológicas*. Reus, pág. 484. A la voz "juez" se refiere Beristain 23 veces y al término "judicial", 11.

6. BERISTAIN IPIÑA, Antonio: *Idem*, pág. 197.

la función que no puede dejar de ser polémico el tema de cuál sea la fórmula ideal para la designación de los jueces⁷.

El enjuiciamiento de una persona, ya lo hemos dicho, no es únicamente un problema técnico (que lo es). Es algo más: está detrás una persona con sus problemas, a veces con una soledad y una tragedia inmensas; en todo caso, con ciertos y determinados condicionantes: la pobreza, la enfermedad, la angustia vital. A esa persona, precisamente a ésa, hay que juzgar. En el Derecho privado, sobre todo en el llamado Derecho patrimonial (tampoco la regla es absoluta) se puede prescindir de la silueta humana del actor y del demandado (en ocasiones es bueno que así sea). Mucho menos en el Derecho laboral cuya hondura humana es también indiscutible. En el enjuiciamiento criminal la persona alcanza un protagonismo que nunca nadie podrá eliminar ni ensombrecer.

De ahí la importancia de que el número de asuntos no impida al juez esa contemplación sosegada y serena del acusado, y escucharle y reflexionar, unas veces para justificar su comportamiento (para eso están las causas de justificación y la no exigibilidad de otra conducta, de validez atemporal y universal, esté o no en los Códigos, y las circunstancias de exclusión de la culpabilidad, en otro capítulo de la ciencia penal, pero, en definitiva, excluyente de sanción) y otras para atenuar la pena.

Hay en muchas ocasiones un desfase o desproporción entre el número de jueces y de asuntos y a veces es tan llamativo, pese al esfuerzo que se realiza en este sentido por el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Poder Judicial, que la cantidad de procesos o recursos pendientes obsesiona y quita el sueño y la prioridad de la tarea parece centrarse en reducir el déficit para evitar la constante lesión del principio constitucional que proclama el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

4. EL JUZGADOR

La actividad judicial que conduce a la efectiva realización del Derecho penal puede agruparse en tres grandes apartados que ofrecen indiscutibles especificidades: 1) investigar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de las mismas, actuaciones todas ellas encaminadas a la preparación del juicio (art. 299 LECrim.). 2) Juzgar, dictando la resolución que en cada caso proceda que puede ser de inadmisión de querrela (art. 313), de archivo o sobreseimiento, provisional o libre (arts. 641 y 637), de inadmisión de recurso (cfr. art. 884) o una sentencia absolutoria o condenatoria y, 3) ejecutar lo juzgado, especialmente importante en el Derecho penal, de manera muy acusada cuando se refiere al cumplimiento de las penas privativas de libertad.

El principio de legalidad, dicen los Profesores Gimeno Sendra, Moreno Catena, Almagro Nosete y Cortés Domínguez⁸, no se agota en la claridad y concreción de los

7. VERPRAET, Georges: *Le juge, cet inconnu*. Ministère de la Justice. Paris, 1975.

8. GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho procesal*. Tomo II, vol. I. El proceso penal, (1). Tirant lo Blanch. Valencia, 1987, pág. 25.

tipos delictivos, lo que supone una elección en favor del Derecho penal del hecho frente al Derecho penal del autor, ni en el rango formal de las normas que lo componen, ni en el carácter irretroactivo de éstas. Esencial a su noción es también la dimensión procesal jurisdiccional. La indisponibilidad de las normas y la imperatividad de su observancia confieren al proceso penal un carácter de necesidad que excluye la posibilidad de cualquier acuerdo o disposición privada para solucionar el conflicto originado por la producción del hecho delictivo⁹.

La obligada presencia del juez debe garantizar, desde que el proceso se inicia, la efectividad de los derechos fundamentales de la persona en todas sus fases. En la investigación, aunque se encomiende su realización al Ministerio Fiscal, conservando el poder de decisión en los momentos más trascendentales (prisión, entrada y registro, control de correspondencia, embargos, etc.) y, por supuesto, en las zonas de decisión y de ejecución¹⁰.

5. EL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA

Por razones pragmáticas me inclino por la solución que consiste en que los Jueces de Vigilancia Penitenciaria¹¹ asuman las competencias correspondientes a la ejecución de las penas privativas de libertad. A cientos de kilómetros, a través de informes escritos, me parece inviable conducir con eficacia el desarrollo y cumplimiento de estas penas. El conocimiento del Establecimiento, de sus condiciones y circunstancias, el contacto directo con el interno es absolutamente indispensable para que la individualización judicial de la pena en sede de ejecución sea una realidad. La ejecución de la pena es función judicial aunque lógicamente exija la colaboración muy directa de los especialistas y funcionarios, en general, de Instituciones Penitenciarias sin los cuales la tarea es también irrealizable, y a la que sin duda prestan su vocación y preparación.

9. RUIZ VADILLO, Enrique: "Realidades y perspectivas jurídico-penales en la España de 1986", en *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra (Portugal), 1984, pp. 435-502.

10. DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo: "El principio "el que instruye no debe juzgar", como garantía de imparcialidad en el enjuiciamiento criminal" *Rev. Judicial*, 2.ª Epoca, núm. 8, septiembre 1987, pág. 26. Ha de procurarse, dice, que la persona que individual o colectivamente haya de dictar sentencia comience las sesiones del juicio oral libre de todo "prejuicio". Algunos autores llegan a considerar que el tribunal no debiera disponer ni siquiera del sumario; así MONTERO: "El principio de oralidad y su incidencia en la vigente LECrim". En *Justicia II* 1983, pag. 304 y 305.

V. PEDRAZ PEÑALVA, Ernesto: "La reforma procesal de la República Federal Alemana", de 1975. En *Rev. D. Procesal*, Iberoamericana, 1976, pág. 687.

11. RUIZ VADILLO, Enrique: "Algunas consideraciones sobre la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria. La misión del Fiscal sobre determinadas competencias y sobre el futuro de la Institución". En *Fiscales de Vigilancia Penitenciaria*. Centro de Estudios Judiciales. Curso 1. 1988. Idem: *Los Jueces de Vigilancia Penitenciaria*. Centro de Estudios Judiciales, 1988. En uno y otro caso siendo Director de los Cursos el Prof. García Valdés.

Recientemente, la prensa, (*El País*, marzo 1988) recogía la noticia según la cual un Juez de Vigilancia Penitenciaria había expresado la intención de cerrar un Centro penitenciario por las graves deficiencias existentes, en razón a la falta de capacidad (de 350 plazas teóricas a 500 reales) e inutilización de parte del edificio. Sin entrar ni salir en el tema, que desconocemos, lo traigo a colación porque problemas de este tipo y otros muchos sólo se pueden conocer y resolver por quien está cerca del Establecimiento.

6. LA ESPECIALIZACIÓN

En mi opinión la especialización que se predica del juez penal no se refiere sólo a un mayor y mejor conocimiento del sistema normativo (Cfr. Recomendaciones del Consejo de Europa sobre la delincuencia económica), sino, como ya hemos indicado, en razón a la imprescindible necesidad de conocer otros aspectos, igualmente básicos para el enjuiciamiento penal y para la ejecución de las penas privativas de libertad y medidas de igual naturaleza. En este sentido tenemos: 1) el juez ha de distinguir, con los debidos asesoramientos, el delincuente del enfermo. A éste han de aplicársele medidas terapéuticas e incluso, cuando se hace imposible una vida en libertad por el peligro que supone para el resto de la comunidad, es obligado que el aislamiento tenga carácter cautelar y no punitivo. 2) Para decidir, dentro de un sistema alternativo de penas, la sanción más adecuada y dentro de la que haya que imponer, fijar la cuantía, debe hacerlo no sólo en razón de las circunstancias exógenas, sino también de la personalidad del sujeto¹².

7. LAS TÉCNICAS DE VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS

La valoración de los distintos medios de prueba alcanza en el Derecho penal unas especiales connotaciones (así la declaración del inculpaado y de los testigos, el examen de las pruebas materiales, etc.). En este sentido no es lo mismo la confesión en el proceso civil (decisorio e incluso indecisorio) que en el penal donde se trata de descubrir la verdad real, nunca la formal, aparential o ficticia.

Aunque no hay reglas fijas en este sentido es imprescindible tener muy en cuenta principios que rigen en el Derecho sancionador. Las pruebas de reconocimiento (que tanto se prestan, si no se hacen bien, al error), las huellas dactilares (infalibles si se tiene la garantía de que la toma ha sido correcta y se ponen en relación con las circunstancias concurrentes), el estudio minucioso y muy reflexivo de las llamadas pruebas indirectas o indiciarias, la presencia de peritos¹³, que en vez de prueba debieran configurarse como auténticos auxiliares del juez, especialmente los médicos en todas sus especialidades, ingenieros, químicos, etc., alcanza en el Derecho penal, como luego trataremos de ampliar, una muy especial significación. Las pruebas han de practicarse con todas las garantías para que puedan tener validez y han de acceder al proceso de acuerdo en todo con las normas constitucionales y procesales.

8. LA SENSIBILIDAD

La expresión sensibilidad la utilizo en un sentido muy amplio. La identifico, sin pretensiones de ningún tipo, con el sentimiento especial del juez para captar la realidad social en todas sus manifestaciones; así en cuanto a las ideas que han de condicionar la sentencia o cualquier otra resolución, en relación con la personalidad del sujeto,

12. BERISTAIN y otros: *Estudio criminológico de sentencias en materia penal*. Inst. de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. LXXXIII.

13. RUIZ VADILLO, Enrique: "Sobre la naturaleza de la pericia", *Rev. de Derecho de la Circulación*, 1986.

a la incidencia que las enfermedades mentales, incluidas las psicopatías¹⁴, han de tener en la culpabilidad y en la pena, a la especial valoración del comportamiento de los drogadictos, a la captación de las reacciones del pueblo en relación, por ejemplo, con determinados comportamientos tipificados como escándalo público¹⁵, recientemente reformados por vía legislativa. En definitiva, un estado de sincronía con la auténtica conciencia social de los ciudadanos¹⁶.

A este respecto, el Profesor Quintano Ripollés¹⁷ dice que en el complejo plano de las realidades sociales y hasta sentimentales, que tampoco han de ser descartadas, no puede perderse de vista la evolución sufrida en los últimos tiempos por las nociones de lo justo que, lejos de ostentar la impasible ecuanimidad de antaño, marcan una trayectoria partidista de teórico favorecimiento del débil, cambio de perspectiva, más bien sentimental que racional, que se corresponde con otros aspectos del Derecho al favor que merece el trabajador frente al patrono o el arrendatario frente al nudo propietario.

El Profesor Muñoz Conde¹⁸, refiriéndose al delito fiscal, dice que la principal dificultad con la que tropieza su aplicación, nula hasta la fecha, es la falta de los presupuestos sociológicos que le subyacen. La creación de una conciencia social en los ciudadanos no depende, en efecto, o por lo menos no directamente y a corto plazo, de una norma jurídica aislada, sino de un cambio profundo del actual sistema tributario y de la estructura socioeconómica.

En este sentido la Constitución atribuye a los jueces, y a todos los poderes públicos, una tarea cuasilegislativa tendente a hacer realidad los principios que gobiernan a nuestra Ley Fundamental.

14. Según *Deia* del 29 de marzo 1988 el Tribunal Supremo interpretó de forma progresista el concepto de psicopatía al revocar en parte una sentencia de la Audiencia de Bilbao.

15. VIVES ANTÓN, Tomás S.: "Los delitos de escándalo público". *Rev. Poder Judicial*. 2.ª Epoca, 6 junio 1987. Después de considerar la postura de Casas Nombela y Fiandare, dice: Los comportamientos que hoy, según la interpretación propuesta, constituyen delito de escándalo público o se integran en las faltas correspondientes, producen alteraciones más o menos graves del orden público. Si ello es así, dice, una adecuada tutela de intereses colectivos en el mantenimiento de dicho orden exigirá la introducción de infracciones específicas a incriminar como delitos o faltas de desórdenes públicos. Por otra parte, la tutela de la libertad e indemnidad sexuales de los menores podría hacer aconsejable la configuración de infracciones paralelas a las de abusos deshonestos y someterlas a idénticos requisitos de procedibilidad. Dicha exigencia de proporción habrá de llevar en la mayoría de los casos a considerar los hechos como simples faltas. (V. en este sentido la reciente doctrina jurisprudencial de la Sala 2ª del T.S.).

SILVA SÁNCHEZ, Jesús M.ª: *La revisión en casación de la individualización judicial de la pena*. Una sentencia carente de motivación, dice, provoca una situación de indefensión y una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Si una sentencia individualiza sin motivarla suficientemente, cabrá en primer lugar recurso de casación y sólo en el caso de que éste se desestime, el recurso de amparo.

16. V. los comentarios de la prensa sobre la sentencia del T.S. que consideró que el Alcalde de Jerez no había calumniado a la Justicia (*El País*, *El Correo Español - El Pueblo Vasco*, *Diario 16*, *La Vanguardia*, etc.). La sentencia y el voto particular pretendieron, en mi modesta opinión, desde ángulos distintos, sintonizar con la realidad social, aunque no hubiera coincidencia en las correspondientes soluciones.

17. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*. III Ed. Rev. D. Privado, 2.ª ed. puesta al día por Carlos García Valdés, 1987, pág. 22.

18. MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, 5.ª Ed., Universidad de Sevilla, 1983, pág. 754.

9. EL NO A LA CÁRCEL. LA NOVACIÓN PUNITIVA

En mi opinión, la prisión ofrece unas notas negativas, cada día más acentuadas, y sobre todo un saldo lamentable de comparación entre lo favorable y lo desfavorable. A pesar de los rectos y buenos deseos constitucionales, hoy resulta casi impensable afirmar (pese a que la idea no puede abandonarse) que la cárcel rehabilita y resocializa. La prisión despersonaliza, aumenta las patologías existentes cuando el penado o el preso preventivo ingresa en prisión y las posibilidades regenerativas son casi siempre ilusorias. Actualmente pensar lo contrario es una quimera.

Si esto es así, la cárcel sólo va a cumplir dos objetivos: impedir la libertad de aquellas personas que culpablemente delinquieron y cuya presencia en la sociedad puede significar un grave peligro para los demás (asesinos, violadores, homicidas, ladrones que utilizan la violencia o intimidación, etc.), y utilizo expresiones que se corresponden con el tipo de autor para una mayor expresividad) y actuar como efecto intimidativo o preventivo, más o menos importante y decisivo, según los casos, en aquellos supuestos en que por la naturaleza y significación del delito se exige una cierta constatación de reproche y censura (delincuencia económica, ciertos robos, abusos deshonestos, es decir, violaciones a la libertad sexual, lesiones, etc.).

Cuando no resulta posible prescindir de las penas privativas de libertad parece que la permanencia en la cárcel no debe prolongarse más allá de lo estrictamente necesario. De esta forma el juez de ejecución de penas puede y debe procurar, con los adecuados temperamentos, asesoramientos y garantías, que la prisión no se extienda más allá de lo que en cada caso, y dentro por supuesto de ciertos límites, desde un punto de vista de lo que la pena es y representa, se considere por la ley, mínimo irreductible.

Por ello la posibilidad de lo que puede denominarse novación penal debiera incluirse en el Código del futuro (cada día más urgente) para que la realidad de una Política criminal seria y eficazmente orientada hacia la reinserción, se haga efectiva. Sin utopías que, no obstante, valen como estimulantes, pero con un profundo afán renovador y de cambio.

En este sentido me remito a las interesantes consideraciones del Profesor Muñagorri¹⁹ que se refiere a la aproximación histórica entre la pena y las medidas de seguridad postdelictuales, así como a la integración de ambas sanciones en un sistema sancionador en el que el carácter de respuesta jurídica y la idea de fin actúen como elementos unificadores y a la necesaria autolimitación del poder sancionador penal.

Con análoga significación hay que referirse a la incidencia del trabajo en el mundo penitenciario a la que el Profesor De la Cuesta²⁰ ha dedicado trabajos e iniciativas de tan especial valor. A este respecto hay que citar la inquietud de los Ministerios de Cultura y de Justicia por buscar muy recientemente fórmulas de realización y cumplimiento de las penas privativas de libertad, más humanas y resocializadoras.

19. MUÑAGORRI, Ignacio: *Sanción penal y política criminal. Confrontación con la nueva defensa social*, Reus S.A., 1977.

20. CUESTA, José Luis de la: *El trabajo penitenciario resocializador*, Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa, 1982.

10. LOS SISTEMAS ALTERNATIVOS

He aquí, en mi criterio, una misión, entre otras²¹, muy importante, a cumplir por el juez. En el término medio entre la libre decisión judicial (y dentro de esta figura colocho, con las adecuadas reservas, el llamado uso alternativo del Derecho) y la rigidez de un sistema punitivo inflexible, sitúo el sistema alternativo de sanciones en el que el juez pueda elegir, fundamentándolo, una u otra sanción: pena privativa de libertad o día-multa por una parte, multa o penas consistentes en restricciones a la libertad o al ejercicio de derechos, por otra, en la línea de algunos proyectos, así el de 1980 porque a mi juicio, y lo digo como siempre con todo respeto, me parece una inconsecuencia censurar con energía la asignación de tareas y prohibiciones (si se hace conforme a determinadas pautas que se ajustan al principio de legalidad y al respeto a la dignidad de la persona) y aceptar, en cambio, la presencia de la cárcel.

De esta manera, la individualización judicial alcanzaría cotas más altas. En orden a la sentencia aceptamos, dice el Profesor Jiménez de Asúa²², que pueda decirse que es una norma individualizada, pero nos rebelamos contra el supuesto de que la obligatoriedad venga de esa individualización. Obliga en cuanto es obligatoria la ejecución de las sentencias, lo que se halla establecido no en el fallo sino en una norma generalizada como la del art. 988 LECrim. y que se garantiza en los Códigos penales (quebrantamiento de condena, evasión), arts. 341 y ss. del Cp de 1932 y 334 y ss. del Código de 1944. Por otra parte, dice este Profesor, no termina la individualización en la sentencia. Ésta ha individualizado la pena "contracta" en cuatro años de pena aflictiva por ejemplo, pero el reglamento penitenciario y hasta la práctica carcelaria seguirán todavía individualizando más aún.

Según una reciente noticia de prensa, el jurado, los juicios orales abreviados y la reforma del Código penal son los pasos que el Gobierno quiere seguir para mejorar y agilizar la Administración judicial. El Ministerio de Justicia, se dice, ultima el proyecto definitivo de Código penal que se discutirá en las Cortes. El nuevo texto prevé, entre otras cosas, que las penas inferiores a seis meses se cumplan con arrestos de fin de semana²³.

Retomando el hilo de consideraciones precedentes hay que señalar lo siguiente: 1) que hay que desplazar las penas cortas privativas de libertad por otras modalidades punitivas, sin que el arresto fin de semana, en mi criterio, por circunstancias ajenas a su propia significación, pueda resolver el problema. 2) Que es muy importante que el juez tenga una idea clara del alcance que para el condenado y su familia haya de tener la pena. Como ya indicamos, no nos parece correcto aquel sistema que en abstracción y casi en el laboratorio establece las penas con rigidez y previsión matemática²⁴.

21. CÓRDOBA RODA y otros: *Comentarios al Código penal*. Ariel, 1975, sobre la interpretación de la regla 5.ª del art. 61 del Cp.

22. Sobre individualización de la pena: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *Tratado de Derecho penal*, Tomo II 4.ª Ed., 1964, pág. 252 y 257.

23. *La Vanguardia* de Barcelona de 25 de marzo de 1988: "Las reformas pendientes de la Justicia".

24. Decía EXNER, (citado por Seelig, ob cit. pág. 433) que el juez no castiga el delito concreto con determinada prisión porque existan circunstancias atenuantes, sino que aprecia circunstancias atenuantes porque quiere imponer esa prisión.

3) Que, en cambio, es esencial que el estado de ánimo del juzgador, su ideología, su "status" social, su procedencia, etc., no influyan para nada, en la medida de lo posible, en la determinación de la pena.

11. EL JUEZ Y LA SOCIEDAD

La inserción plena e incondicionada del juez en la comunidad en que vive es, a nuestro juicio, esencial. Sin ella, las vivencias comunitarias, los criterios sociales a los que tantas veces echa mano la ley (buena o mala fe, diligencia del buen comerciante, trabajador o buen padre de familia, la noción misma del escándalo público, etc.) quedan vacías de contenido.

El juez es persona y pueblo sin ningún tipo de especialidad; en cambio, me parece, que no puede ser político porque la política ha de estar integrada en las leyes que el juez, conforme a los criterios de la Constitución y del resto del Ordenamiento jurídico, ha de aplicar.

Por eso, como dice el Profesor García Valdés²⁵, uno de los problemas fundamentales que presenta la ordenación de la justicia en todo momento es precisamente el relativo a la selección y formación de los que han de impartirla en España, los miembros de la carrera judicial. No es difícil darse cuenta del carácter trascendental de semejante cuestión y no sólo por el relieve de la doctrina jurisprudencial en la creación del Derecho sino también por el carácter de mediador entre los valores del sistema jurídico y la realidad social a la que ha de aplicarse aquél, que corresponde indeclinablemente al juez.

12. LOS JUECES TÉCNICOS

Es muy difícil, para quien está dentro de la función, fijar el perfil ideal del juez penal. Algo de ello he pretendido en la seguridad de que serán muchos, colegas y no colegas, los que difieran de mis puntos de vista. Sin duda serán grandes los errores míos en el planteamiento y en el desarrollo de esta idea.

Andrés Ibáñez²⁶ entiende que el juez es necesariamente un hombre y como tal político. En lugar de ser obligado a vivir en un absurdo conflicto consigo mismo deberá poder asumir e integrar conscientemente esa dimensión entrañada en la certeza finalmente de que las condiciones de honestidad y equilibrio con que la función debe ser ejercitada, sin necesidad de buscarlas a través de un irracional sistema de límites, fluirá con elemental sencillez en un marco político obtenido del libre ejercicio de las libertades públicas en el que la ley responda realmente a los intereses de la colectividad, y la justicia, abierta a la crítica social, pueda ser vivida por el pueblo como expresión propia.

25. GARCÍA VALDÉS, Carlos: "La selección y formulación de los jueces en España: el Centro de Estudios Judiciales". *Rev. Poder Judicial*, 2.ª Época, n.º 7, septiembre 1987, pág. 39.

26. IBÁÑEZ, Andrés: *Reforma democrática de la Justicia*.

Joaquín Salvador Ruiz Pérez²⁷ está de parte de un papel social del juez ajeno a la dirección de los cambios en cuanto objetivos socio-políticos: un aplicador del derecho alejado de la política como actividad, aunque inevitablemente instalado en ella, que acompasa sus decisiones a las necesidades sociales, que sostiene y hace valer sus presupuestos éticos y que, ante todo, aun antes que aplicar la ley, trata de hacer justicia.

En todo caso debo decir que, a mi juicio, no puede hablarse de una justicia al margen del Ordenamiento jurídico porque hacerlo así presupondría que paralelamente al sistema establecido, a cuyo frente está la Constitución, hay otro que nace de los sentimientos del juez, lo que, repito, a mi modesto entender, no es factible en un Estado de Derecho, democrático. Pero creo que, en general, con unas u otras palabras, casi todos queremos lo mismo.

13. EL JURADO

El problema del Jurado en el orden penal está de plena actualidad. La Constitución en su art. 125 declaró un principio esencial y en este sentido no hay problema. La dificultad nace cuando se trata de fijar el modelo a seguir: jurado puro, escabinado y mixto, con sus ventajas e inconvenientes²⁸.

Seelig²⁹ dice que los tribunales legos constituidos por escabinos, es decir, vocales de un tribunal colegiado bajo la presencia de un juez profesional, son provechosos político-jurídicamente (robustecimiento de la confianza de la población en la Administración de justicia). En la forma de jurados que sólo deciden sobre la cuestión de la culpabilidad (que abarca cuestiones de hecho y de derecho) sobre cuya base una sala de jueces profesionales mide la pena (tribunal de jurados estilo antiguo) se producen con frecuencia, dice, graves errores judiciales.

El mismo autor señala que en la actividad del juez tienen con frecuencia gran importancia tanto factores disposicionales, como dotes de carácter, intelectuales y actitudes, e incluso estados psicofísicos pasajeros. A pesar de la independencia judicial asegurada legalmente y del alto "ethos" profesional que distingue, en general, al estamento judicial europeo puede alterarse inconscientemente su objetividad por las corrientes políticas y la conjunción del mundo dominante; el influjo sugestivo de las masas equipara paulatinamente la escala originaria de valores del juez a la dominante y las posibles repercusiones en la carrera profesional influyen involuntariamente en su decisión. Viceversa, puede suceder también que un juez dotado de una ética muy elevada trate, inconscientemente, para no ser partidista, con mayor benignidad a los que tienen una concepción del mundo adversa o bien que sea especialmente riguroso con una persona próxima a él, política o profesionalmente. La actitud intelectual, el cansancio, el conocimiento o desconocimiento previo de las actuaciones..., todo puede influir e influye. Al juez lego, dice, le faltan para valorar la prueba los necesarios conocimientos criminológicos, para el enjuiciamiento jurídico la formación jurídica y

27. RUIZ PÉREZ, Joaquín Salvador: *Juez y Sociedad*. Lib. Agora S.A., pág. 210.

28. GIMENO SENDRA, Vicente: *ob. cit.*

29. SEELIG: *Ob. cit.*, pág. citada también.

para la medición de la pena la experiencia comparada y el conocimiento de la ejecución de la pena³⁰.

Otros muchos autores comparten la preferencia sobre el Escabinado, frente a otro grupo, también importante, mantiene la postura contraria³¹.

Como dice el Profesor Gimeno Sendra³², el derecho constitucional al Jurado es una manifestación del derecho al Poder Judicial que todos los ciudadanos tienen a participar en los asuntos públicos (art. 23 CE); es un derecho y un deber y está sometido al principio de igualdad.

Lo importante es reflexionar, y, cuanto antes, tomar una decisión en la que se tengan en cuenta dos aspectos esenciales: nuestra especial configuración social, como sucede con todos los colectivos, los factores negativos o de exclusión y los positivos o de inclusión y que en función de ello se resuelva lo que corresponda, configurando un Jurado que de verdad responda a nuestras necesidades y sea capaz de dar una respuesta social válida a las exigencias de la Constitución. Para mí, inclinándome al Escabinado, con extraordinario respeto a quienes no piensan así, creo que las ventajas de la institución se centran en dos aspectos: 1) el superior conocimiento que el Pueblo tendrá de la Justicia, de sus dificultades y de su complejidad y 2) la traslación a los jueces técnicos de sentimientos e inquietudes que, acaso, por el relativo alejamiento de aquéllos a la esencia misma del Pueblo llano; aunque también los jueces somos, por supuesto, Pueblo, sentimos y conocemos peor³³.

14.- EL JUEZ Y LA CONSTITUCIÓN

Nadie ha de ser más sensible al espíritu y a los mandatos constitucionales que los jueces. La afirmación me parece que no puede objetarse. El juez es el realizador de la Justicia, según los parámetros constitucionales y del resto del Ordenamiento jurídico.

La idea ha de tener su proyección en Derecho penal, acaso con mayor fuerza que en el resto del sistema jurídico. La contradicción aparente de esta parte del Derecho: es un instrumento represivo y paralelamente es el máximo defensor de la persona humana, de tal manera que es el inculpaado y el delincuente quienes no sólo son protagonistas del sentido punitivo del Derecho penal sino también de su incuestionable carácter protector (leyes de procedimiento, sustantivas y penitenciarias), no ofrece dificultades.

De ahí, las normas que garantizan al detenido y al preso un "status" de libertad, dentro de la sujeción que tales situaciones presuponen y del respeto a la dignidad humana, la necesidad de un sistema probatorio con plenitud también de garantías

30. TOHARIA, Juan José: "Los españoles y la Administración de Justicia". *Rev. Poder Judicial*, 2.ª Época, núm. 1, pág. 41 y ss.

31. Memoria de la Fiscalía General del Estado 1986 sobre el Jurado.

32. GIMENO SENDRA, Vicente: *Ob. cit.*

33. RUIZ VADILLO, Enrique: *El Juez y el Jurado*. Conferencia de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en un Curso sobre el Jurado.

(prueba directa, excepcionalmente prueba indirecta o indiciaria, plural, plenamente acreditada y motivada, derecho a la información, a la práctica de contraprueba, carga de la prueba en quien acusa, sistema acusatorio, publicidad, contradicción, oralidad, libertad de la defensa en su actividad ante los tribunales, proscripción de toda indefensión, rechazo de las pruebas advenidas al proceso por cauces o con desarrollos no correctos, presunción de inocencia, etc.).

15. CONSIDERACIONES FINALES

El camino a recorrer es largo, tiene dificultades, existen obstáculos no fácilmente superables, pero al mismo tiempo la tarea a realizar no puede ser más atractiva. Los que ahora son jóvenes tienen en su mano conseguir un mundo mejor que sólo lo será sobre la base de construir unos cuerpos legales en los que impere el equilibrio, la sensatez y la racionalidad y de perfeccionar un cuerpo judicial que sea capaz de dar alma al sistema normativo.

Todavía hay más. Es indiscutible que nuestra incorporación a Europa exige una plenitud de integración y en este sentido son casi infinitas las posibilidades. El Consejo de Europa ha realizado y está llevando a cabo una tarea excepcionalmente valiosa. Para citar sólo algunas de sus realizaciones más recientes hemos de hacerlo respecto al octavo Coloquio Criminológico celebrado en Estrasburgo, del 23 al 25 de noviembre del pasado año 1987, sobre "Disparidades en el pronunciamiento de las penas (sentencing): causas y soluciones"³⁴.

Los ataques que se dirigen a la justificación de la existencia del Derecho penal como instrumento represivo de poder para la realización del orden jurídico resultan infundadas, ha dicho el Profesor Jescheck³⁵, en una sociedad libremente organizada ya que sólo la pena hace posible la protección de la paz jurídica en un marco de libertad al regular la actuación del individuo apelando a su sentido de la responsabilidad y no en base a la coacción directa ni acudiendo a un tratamiento coactivo. Y en igual sentido, sus anotadores, los Profesores Mir Puig y Muñoz Conde, afirman que lo único que puede justificar la intervención del Estado a través del Derecho penal es la protección de la sociedad, es decir, la protección de la convivencia humana en sociedad.

La norma penal, ha dicho Muñagorri³⁶, es un instrumento de protección de bienes jurídicos. La ejecución de la sanción debe tender a la protección social y a la protección individual del delincuente, como el Derecho ha de tender a la igualdad y al equilibrio³⁷.

34. Consejo de Europa: *Huitième Colloque Criminologique*, Strasbourg, 23-25 noviembre 1987. Rapport del Profesor Jareborg, (Suecia). Conclusiones y Recomendaciones.

35. JESCHECK, Hans Heinrich: *Tratado de Derecho penal. Parte General*. Traducción y adiciones de Derecho español por Mir Puig y Muñoz Conde, vol. 1, págs. 5 y 11.

36. MUÑAGORRI: *Ob. cit.*

37. La consecución del valor igualdad y libertad es también tarea de los Jueces, (Cfr. art. CE). La plena integración de la mujer en una situación de igualdad real, en la vida jurídica es otro tema importante aunque en él, por fortuna, se ha avanzado muy considerablemente. Según la Agencia Efe en comunicado de 25 de marzo de 1988, el Poder Judicial (se sobreentiende el Consejo General) informó favorablemente el plan de igualdad de la mujer.

Desde esta perspectiva, llena de aparentes contradicciones, que dejan de serlo en una profundización de sus respectivos contenidos bajo la inevitable soledad en la que el juez, en tribunal colegiado o unipersonal, se encuentra con su conciencia y con la ley para resolver sobre libertades que son trozos importantísimos que se arrancan a la vida, quiero recordar y agradecer otra vez las enseñanzas del Profesor Beristain que tantas veces se han constituido en puntos de luz para cuantos trabajamos en el Derecho penal y en su realización práctica³⁸.



De izda. a dcha.: J. Hernández, A. Beristain, E. Ruiz Vadillo, E. Giménez-Salinas y F. Bueno Artús.

38. Otras zonas del Ordenamiento jurídico también parecen exigir determinadas especialidades. Según el ABC de 21 de marzo de 1988 el Consejo General del Poder Judicial propone la creación del juez especialista en los asuntos de familia.

