

APORIA DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS EN EL NUEVO CODIGO PENAL

ENRIQUE GARCIA PONS

SUMARIO: I. CONTEXTUALIZACIÓN.—II. VÍAS PARA EL RESTABLECIMIENTO: 1. *El indulto*. 2. *La libertad condicional penitenciaria*. 3. *La no ejecución de lo fallado en la sentencia*. 4. *La ejecución de la sentencia que incorpora en su fallo la inejecución*. 5. *La reducción proporcional de la pena*. 6. *La atenuante*. 7. *La eximente*. 8. *La remisión condicional*. 9. *La prescripción por analogía*.—III. NECESIDAD DE SU REFORMA.

I. CONTEXTUALIZACION

El hecho de que los procesos penales son los que constituyen el grupo de materias que de forma más determinante inciden en los bienes jurídicos de la persona, por una parte, y el retraso estructural que aquejaba y aún hoy, en menor medida, aqueja al orden jurisdiccional penal, por otra, han producido como lógica consecuencia una variada gama de pronunciamientos de los órganos judiciales (1) tendentes a paliar en el propio proceso las lesiones causadas al justiciable por las dilaciones indebidas.

Los diferentes planteamientos que se contemplarán evidencian lo inadecuado del desarrollo del derecho fundamental, tanto en el antiguo Código

(1) STS, Sala 2.ª, de 7 de mayo de 1993: «La indebida dilación procedimental acarrea una desconexión en la coherencia jurídica y en la misma esencia de la política criminal que el binomio delito y pena lleva consigo.

Por de pronto, la justificación de la pena, la menor incriminación del hecho enjuiciado, la disminución de la culpabilidad o la ya también menor necesidad del *ius puniendi* constituyen cuestiones que se ven afectadas cuando se produce una tardía justicia, quizá porque si es tardía, injustificadamente, deja de ser justicia.»

Penal de 1848, como en el nuevo y vigente Código Penal (2), y lo vacío de contenido que el mismo se encuentra dado su no pertinente desarrollo legislativo, hecho significado por la doctrina (3), ya que en la práctica se deduce que la justicia (tutela judicial efectiva) no tiene *per se* competencias ni siquiera para hacer efectivo el derecho a la justicia (sin dilaciones indebidas) en los derechos y bienes jurídicos de los justiciables.

El TS (4), e incluso el TC, cuya jurisprudencia no se caracteriza precisamente por su especial sensibilidad hacia la efectividad del derecho fundamental, se ha visto en la necesidad de reconocerlo explícitamente en la Sentencia 35/1994, al afirmar que «esta doble trascendencia, social y personal, de las dilaciones indebidas debe, sin duda, tenerse presente al diseñar la política criminal y habrá de reflejarse no sólo en el tratamiento penitenciario, sino también en su caso en la respuesta legal a estas anómalas situaciones».

Lo anteriormente expuesto y, en último extremo, el hecho de que el contenido de las resoluciones a que nos estamos refiriendo no afectan negativamente a ningún poder político o grupo económico, público o privado, ha facilitado el que en el orden jurisdiccional penal se evidencie inquietud en los juzgadores por armonizar una inadecuada legalidad con la justicia (sin dilaciones indebidas) como valor superior de un ordenamiento jurídico en un Estado social y

(2) La inexistencia de jurisprudencia por razones temporales sobre el nuevo Código Penal remite el análisis jurisprudencial al contenido del Código antiguo, sin perjuicio de las reflexiones que efectúe personalmente el autor sobre la consideración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en el nuevo Código, que no ha mejorado ni tampoco variado sustantivamente la ineficacia, cabría decir, del derecho fundamental respecto al anterior texto legal, tanto en su expresión negativa en cuanto a las penas (faceta de abstención propia de los derechos de libertad) como en su manifestación positiva en lo relativo a la responsabilidad civil, en su caso (faceta de prestación característica de los derechos sociales o de igualdad).

(3) CARLOS CLIMENT DURÁN: «Sobre las dilaciones indebidas: el descarte constitucional de una determinada solución judicial. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 148/1994, de 12 de mayo (BOE, núm. 140)», *Revista General de Derecho*, núm. 598-599, 1994, pág. 7804: «Actualmente no existe una expresa regulación sobre el tema de las dilaciones indebidas, más allá del artículo 24.2 de la Constitución. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas exige, para su adecuada satisfacción, una expresa regulación.»

(4) STS, Sala 2.ª, de 12 de mayo de 1993: «Sería deseable que nuestras leyes penales previeran esta violación como un supuesto que permitiera rebajar la pena, una compensación que el propio Estado otorgaría en el momento de imposición de la sanción en consideración al mal que lleva consigo para el reo la existencia de una dilación indebida... Incluso sería posible una ampliación legal en relación con el ámbito de aplicación de la prescripción, para absolver en supuestos extremos en que se entendiera que una duración prolongada en demasía así pudiera justificarlo.»

democrático de Derecho, a fin de darle algún contenido real desde la justicia al derecho humano constitucionalmente positivizado como derecho fundamental a un proceso dentro de un plazo razonable (5).

Como ha significado Enrique Ruiz Vadillo (6), son numerosos y desgraciadamente frecuentes los supuestos de relevancia jurídica que podrían servir para ilustrar un caso concreto (7). Así, el de una persona víctima de joven de la heroína, reo por ello de un delito de robo con violencia o intimidación, que tras los hechos tuvo la fortuna de superar la drogadicción (otros muchos en idéntica situación pueblan cementerios y cárceles), rehacer su vida (trabajar, tener hijos, etc.) y años después (cinco, diez, o más años) tener el juzgador que enfrentarse a un fallo legal injusto (dilaciones indebidas) (8) de una pena de

(5) CARLOS GRANADOS PÉREZ: «Individualización de las penas: supuestos conflictivos», *Cuadernos de Derecho Judicial: la individualización y ejecución de las penas*, CGPJ, 1993, págs. 179 y sigs.: «Las dilaciones indebidas y sus efectos sobre las penas están siendo objeto de especial atención por la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, sin que pueda afirmarse que exista una doctrina pacífica sobre su alcance y valoración... Una vez que ha sido constitucionalizado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se hace preciso profundizar, en aras de lograr una más justa respuesta judicial, en el estudio de los posibles efectos que una dilación indebida en la tramitación de la causa puede producir sobre la pena y su cumplimiento.»

(6) ENRIQUE RUIZ VADILLO: «Algunas breves consideraciones sobre las dilaciones indebidas en el proceso penal español», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1690, 1993, pág. 117: «En la práctica pueden pasar diez o doce años en un proceso penal, cada vez menos, y no haberse producido prescripción aun siendo el delito o la pena no excesivamente graves, todo ello a pesar de la absoluta ajenidad en el retraso del inculpado... por exceso de trabajo, por falta de personal, etc, el tiempo pasa y cada equis meses se dicta una providencia, a veces nada justificada, y el proceso se interrumpe y vuelve a empezar como en el clásico mito griego. La vida, ya lo dijimos, ha podido cambiar definitivamente para el inculpado, la sociedad no alcanza ya a comprender la reacción tardía que más parece venganza que justicia y en tales circunstancias los que tienen la suerte de poder acceder a los medios de comunicación o la imaginación suficiente para exteriorizar esta penosísima situación, sensibilizan, y con razón muchas veces a la opinión pública, que reclama una solución inmediata al problema que, a mi juicio, y ya lo adelanto no puede ser el indulto, al menos no puede serlo como remedio general y sistemático del problema.»

(7) STC, entre otras, 381/1993.

(8) ENRIQUE RUIZ VADILLO: «Algunas breves consideraciones...», *op. cit.*, pág. 114: «Una decisión judicial tardía es, por este solo hecho, injusta. Si tiene naturaleza penal con mayor razón en la mayoría de los casos; incluso puede ser gravemente contraproducente porque puede ocasionar unas consecuencias que se sitúan en las antípodas de lo que la Constitución quiere y dispone: Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad, conforme al artículo 25.2 estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. Y pregunto ¿qué reeducación o reinserción se va a lograr cuando al cabo de los años de cometido el delito —si en el transcurso indebido del tiempo nin-

cuatro o cinco años de cárcel, y el justiciable a una situación humana injusta y dramática (9).

Es por ello que el juzgador penal, que conoce individualizada y hasta «personalmente» a la víctima de las dilaciones indebidas, ha buscado vías (10), en ocasiones verdaderos «encajes de bolillos», para adecuar la legalidad a la Constitución, a fin de otorgar al derecho a un proceso dentro de un plazo razonable desde el derecho a la justicia, atendida la finalidad constitucional de la

guna intervención tuvo el inculpado— se le llama para que cumpla la pena impuesta, si quien ha de sufrirla se ha conducido con normalidad en la vida familiar, profesional y social, es decir, cuando con una realidad insobornable está demostrando que se encuentra reinserto: ha contraído matrimonio, o se ha unido en pareja, tiene hijos, tal vez; cumple con su trabajo o, estando soltero, no vulnera ninguna norma de obligado cumplimiento de naturaleza penal, todo ello por vía de ejemplos que pueden multiplicarse hasta el infinito. ¿Para qué vale la pena en estos casos?».

(9) VICENTE ORTEGA LLORCA: «Individualización y determinación de la pena (aspectos jurídicos). Las recomendaciones del Consejo de Europa. Valoración de la reincidencia. Eximentes incompletas y medidas de seguridad sustitutivas de penas», *Cuadernos de Derecho Judicial: La individualización y ejecución de las penas*, CGPJ, 1993, pág. 55: «A nadie se le oculta que el transcurso del tiempo, en la medida que opera como elemento que permite la evolución, la consolidación y el cambio de la personalidad, tiene relevante importancia en la individualización de la pena, sobre todo cuando se trata de delincuentes jóvenes e inmaduros, en los que el mero paso del tiempo, la adquisición de experiencia personal, el enriquecimiento afectivo y la estabilidad laboral pueden alterar notabilísimamente la estructura interna y externa de su personalidad.»

(10) VICENTE ORTEGA LLORCA: «Individualización y determinación...», *op. cit.*, págs. 56 y sigs., distingue entre tres vías: primera, la que opta por la vía de la impunidad; segunda, la de aplicar la pena procedente y solicitar el indulto y, tercera, la que estima una reducción de la pena.

CARLOS GRANADOS PÉREZ: «Individualización de las penas...», *op. cit.*, págs. 188 y sigs., siguiendo a Vives Antón, distingue entre soluciones típicas —a) la nulidad; b) la indemnización, y c) el indulto— y atípicas —a) la atenuación; b) el «abono» del exceso de sufrimiento; c) la absolución, y d) la no ejecución de la pena.

ENRIQUE RUIZ VADILLO: «Algunas breves consideraciones...», *op. cit.*, págs. 118 y sigs., distingue entre soluciones de derecho constituido, es decir, de *lege data*, y soluciones de derecho constituyente, es decir, de *lege ferenda*.

PLÁCIDO FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ: *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Civitas, 1994, págs. 217 y sigs., analiza: a) la nulidad; b) la atenuante analógica, y c) la no ejecución de la pena impuesta.

ANTONIO GISBERT GISBERT: «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en el orden penal (notas al hilo de cierta jurisprudencia)», *Revista General de Derecho*, núm. 571, 1992, págs. 2582 y sigs., y CARMEN SENÉS MOTILLA: «La inexecución de las condenas penales bajo el prisma de la tutela judicial (Comentario a la STC 148/1994, de 12 de mayo)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 181, 1995, págs. 1 y sigs.

pena (11), algún contenido eficaz concreto en la ley, más allá de lo meramente retórico y vacío de contenido (12).

II. VIAS PARA EL RESTABLECIMIENTO

Así contemplaremos hasta nueve vías, a saber: 1. El indulto. 2. La libertad condicional penitenciaria. 3. La no ejecución de lo fallado en la sentencia. 4. La ejecución de la sentencia que incorpora en su fallo la inexecución. 5. La reducción proporcional de la pena. 6. La atenuante. 7. La eximente. 8. La remisión condicional. 9. La prescripción por analogía.

1. *El indulto*

El indulto, solución posibilitada de forma clara por el Código Penal antiguo y expresamente por el nuevo texto legal, constituye una fórmula plenamente asumida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (13) y mayoritariamente por los órganos jurisdiccionales (14).

(11) BARTOLOMÉ FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ: «Las dilaciones indebidas en el proceso y su incidencia sobre la orientación de las penas hacia la reeducación y reinserción social», *Poder Judicial*, núm. 24, 1991, págs. 37 y sigs., y *El derecho a un proceso sin...*, op. cit., págs. 251 y sigs.

(12) ENRIQUE RUIZ VADILLO: «Algunas breves consideraciones...», op. cit., pág. 123: «Cuando las gentes contemplando estas situaciones de dilaciones indebidas, en las que una persona debe ingresar en la cárcel después de muchos años de espera, por unas u otras circunstancias, si no les son imputables, exclaman: “no hay derecho”, “esto no es justo”, “es intolerable” están expresando, sin duda, movidas muchas veces por sentimientos hermosos de compasión y piedad, algo que nace del fondo del alma humana: el ansia de justicia en cuanto armonía, equilibrio y proporcionalidad.»

(13) STC 381/1994: «A este respecto no es ocioso recordar que el órgano judicial ha estimado que la ejecución de la Sentencia podía producir efectos indeseados, y ha utilizado el instrumento previsto a estos fines por el ordenamiento, el indulto y la remisión judicial de la pena, fórmulas que, sin desvirtuar la obligación constitucional de ejecutar lo juzgado y sin desnaturalizar el contenido del derecho a un proceso sin dilaciones, debe permitir obtener de manera jurídicamente correcta el fin de la no ejecución de la condena.»

En el mismo sentido, entre otras, SSTC 35/1994 y 8/1994.

(14) STS, Sala 2.ª, de 22 de septiembre de 1995: «En el orden penal esta Sala, ante supuestos de comprobada injustificación en la dilación de un proceso penal, alejándose notablemente la sentencia ultimadora de aquél de la fecha de perpetración del hecho criminal, ha optado, como medio de la paliar los efectos perjudiciales que puedan derivar de la expectación e incerti-

A partir de la legislación vigente y del principio de sumisión del poder judicial al imperio de la ley, sostiene que en los casos de dilaciones indebidas no cabe otra opción que imponer y posteriormente ejecutar la pena correspondiente conforme a las normas penales existentes, graduando la pena con arreglo a los preceptos legales y, a lo sumo, si se entendiera que la sanción pudiera ser excesiva, podría solicitarse del Gobierno indulto parcial, o total en los casos extremos (15), sin perjuicio de reservar al justiciable su derecho a reclamar del Estado lo que crea que pudiera corresponderle como consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de justicia (16).

La solución del indulto ha sido criticada, en ocasiones con dureza, tanto por algunas resoluciones de los órganos judiciales (17), como por Carlos Gra-

dumbre asaltantes del inculpado durante el tiempo de espera de la resolución del proceso, así como del cumplimiento tardío y aplazado de una pena que padece en su significación y fines ante su extemporaneidad aplicativa, por la fórmula del indulto, ordinariamente parcial, de aquélla (cfr. TS, SS de 28 de mayo de 1993 y de 18 de febrero y de 24 de marzo de 1994, y TC S 35/1994, de 31 de enero)».

(15) STS, Sala 2.ª, de 5 de junio de 1995: «En conclusión, esta Sala, no sin alguna excepción, se inclina por la aplicación del beneficio del indulto para mitigar las consecuencias de la lesión de tal derecho constitucional.»

(16) ANTONIO GISBERT GISBERT: «El derecho a un proceso sin...», *op. cit.*, pág. 2600: «Para evitar el cumplimiento de la pena, cuando el transcurso de mucho tiempo desde la ejecución del hecho haya producido una cierta invalidación de la valoración penal de la misma habrá que acudir a la vía del indulto.

Bien es verdad que la satisfacción al titular del derecho vulnerado no queda en este caso en manos del Poder Judicial, pero no olvidemos que los derechos fundamentales “vinculan a todos los poderes públicos” (art. 53 de la Constitución española), y que en definitiva lo que al titular del derecho importa es la satisfacción correspondiente independientemente de quien sea el órgano que en último término la conceda.

A nuestro entender la concesión del indulto no es necesariamente incompatible con la petición de una indemnización al amparo de los artículos 292 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Podemos ahora preguntarnos si esta situación es satisfactoria. Hemos de reconocer que no. El indulto y la indemnización, cuando se conceden, lo serán después de un cierto tiempo con lo que se dilatará todavía más el restablecimiento del derecho. En algunas cosas estos remedios quizá no lleguen o sean insuficientes.»

(17) Entre otras, STS, Sala 2.ª, de 2 de abril de 1993: «Es claro que la solicitud de indulto es sólo una esperanza de reparación, pero no una reparación por sí misma.»

Asimismo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección 1.ª, de 22 de febrero de 1989, de la que fue ponente Juan Alberto Belloch Julbe: «No resulta adecuado acudir al expediente de proponer indulto de la totalidad de la pena impuesta, con suspensión de la ejecución de la misma durante la tramitación del correspondiente expediente, mientras exista alguna posibilidad de reparación estrictamente judicial.»

nados Pérez (18), Joaquín Navarro Estevan (19), Juan Alberto Belloch Julbe (20) y la mayor parte de la doctrina (21), dado que no hay norma habilitante

(18) CARLOS GRANADOS PÉREZ: «Individualización de las penas...», *op. cit.*, págs. 191 y sigs.: «La solución del indulto supone, quierase o no, remitir al poder ejecutivo el posible restablecimiento del derecho constitucional vulnerado en sede judicial... ¿No estaremos los tribunales haciendo una dejación de lo que constituye nuestro principal compromiso constitucional: la tutela judicial efectiva y desatendiendo el derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas?... Históricamente el derecho de gracia se vincula a concepciones absolutistas del poder. Afirma MARTÍN PALLÍN («El derecho de gracia», *Ministerio Fiscal y Sistema Penitenciario*, Ed. Centro de Estudios Judiciales, págs. 309 y sigs.) que una institución como la que estamos analizando pone en cuestión el papel adjudicado por la Constitución a cada uno de los poderes del Estado. No es muy diferente la opinión de BLANCA LOZANO («El indulto y la amnistía ante la Constitución», *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II, Ed. Civitas, Madrid, págs. 1027 y sigs.), pues, a su juicio, la potestad de gracia va a sobrevivir hasta nuestros días como una de las varias quiebras del principio de separación de poderes.»

(19) JOAQUÍN NAVARRO ESTEVAN: *Manos sucias. El Poder contra la Justicia*, Temas de hoy, 1995, pág. 337: «El llamado “derecho de gracia” es una supervivencia del tiempo en que el soberano absoluto era máximo gobernante, máximo legislador y máximo juez. El ejercicio de la acción penal, el enjuiciamiento, el castigo y el perdón eran atributos del rey, que podía ejercerlos libérrimamente y a su capricho bien para fines políticos bien de festejo público o de carácter familiar.

Parece razonable que el derecho moderno —singularmente en los países democráticos— se contemple con profunda prevención la permanencia de este anacronismo. Representa un atentado contra el principio de separación de poderes en cuanto intromisión o invasión del Poder Ejecutivo en el Poder Judicial. No en vano “indultarse” significa “entrometerse”.

En realidad, supone la actuación del Poder Ejecutivo como Poder Judicial, cuyas sentencias firmes quedan vacías de contenido en virtud de la decisión de indultar. Después de un largo proceso con todas las garantías constitucionales, agotados todos los recursos e instancias, incluida la sentencia del Tribunal Supremo, el Gobierno, en nombre del Rey, concede el indulto sin apenas razonar o motivar el ejercicio de un poder judicial absoluto.

Decía Concepción Arenal que el indulto es una forma de arbitrariedad, pues no está sometido a normas preestablecidas. Es una “gracia”, es decir, un perdón otorgado gratuitamente. Se ha llegado a hablar, con toda corrección, de que muchas decisiones de indulto significan desgraciar el derecho de gracia.

En su favor se aducen razones difícilmente encajables en una realidad democrática: corregir la dureza de la ley penal —sobre todo cuando ésta permite la aplicación de la pena de muerte—; reparar en lo posible los errores judiciales y aplicar criterios de moralidad, equidad o utilidad que no fueron tenidos en cuenta por los tribunales. Pero si se quiere que la gracia cumpla objetivamente estos fines, sería necesario sujetar su ejercicio a cauces judiciales que la privaran de su sentido tradicional de magnánimo perdón del soberano para convertirla en un instrumento más de individualización y humanitarismo penal.»

(20) JUAN ALBERTO BELLOCH JULBE: «Las dilaciones indebidas», *Rev. Jueces para la Democracia*, núm. 7, 1989, pág.49: «La Sentencia rechaza el expediente aparentemente más obvio (acudir al mecanismo de proponer indulto de la totalidad de la pena privativa de libertad impuesta, con sus-

para ordenar la suspensión de la ejecución en espera de la concesión del indulto (22), y que la solicitud de indulto es sólo una esperanza de reparación, pero no una reparación por sí misma; el indulto es una gracia, que depende de la decisión más o menos arbitraria o discrecional del poder ejecutivo (23), que se concederá o no se concederá en función de la conveniencia o de las circunstancias concurrentes, mientras que la reparación por la vulneración de un derecho fundamental, el derecho a un proceso dentro de un plazo razonable, es un derecho cuya satisfacción no está ni puede estar condicionada por decisiones políticas de carácter discrecional (24), sujetas a una mayor o menor magnanimidad.

Se trata de un derecho, y no de un favor, y tampoco es una gracia, ni mucho menos una concesión libérrima o caritativa de quienes detentan el poder ejecutivo: Al tratarse de un derecho humano positivizado, constitucionalmente como fundamental, ha de ser reconocido y restablecido como tal derecho en el propio proceso por los órganos jurisdiccionales, aunque ello, ciertamente, no constituye una exigencia de la protección internacional (25), sino más bien una necesidad lógica de la congruencia constitucional.

pensión provisional de la ejecución de tal pena) por dos órdenes de razones: «no es adecuado acudir a tal expediente... mientras exista alguna posibilidad de reparación estrictamente judicial, por cuanto, primero, la vía del indulto, por definición, debe quedar reservada precisamente para tales supuestos y, segundo, la vinculación de los jueces y Tribunales a los mandatos constitucionales...»

(21) CARLOS CLIMENT DURÁN: «Sobre las dilaciones indebidas...», *op. cit.*, pág. 7798, y ENRIQUE RUIZ VADILLO: «Algunas breves consideraciones...», *op. cit.*, pág. 119.

(22) Dicha habilitación expresa ha sido introducida en el ordenamiento por el artículo 4.4 del nuevo Código Penal.

(23) En 1995 (*BOE*, núm. 30, de 3 de febrero de 1996) se aprobaron expedientes de indulto correspondientes hasta el Real Decreto 2.256/1995, es decir, cerca de un millar de indultos aproximadamente.

(24) Debe significarse, no obstante, la posición explícita del TC al respecto (*Providencia* correspondiente al recurso de amparo núm. 206/95): «Frente a lo que pretende el recurrente, en modo alguno la petición de indulto cursada por el órgano casacional como remedio al daño que le había ocasionado la real existencia de dilaciones indebidas en la causa obligaba con carácter necesario a su concesión. Por el contrario, como este Tribunal ya ha tenido ocasión de señalar, la petición de indulto no supone sino el ejercicio de una facultad relacionada con la puesta en marcha del derecho de gracia, sin que el hecho de que tal petición sea instada por los órganos jurisdiccionales goce de privilegio alguno respecto de la cursada por los ciudadanos, y sin que, por otra parte, determine un derecho a favor del condenado toda vez que su acogimiento es, ante todo, una manifestación del derecho de gracia que, por imperativo del artículo 62.i) CE, corresponde al Rey (*ATC* 521/1985, *Fundamento Jurídico 2.a*). Todo ello sin perjuicio de la indemnización que, por otras vías, pudiera reclamar el solicitante de amparo como medida reparadora de la declarada vulneración del indicado derecho fundamental.» Asimismo, *STC* 33/1995.

(25) PEDRO CRUZ VILLALÓN: «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989, pág. 42: «Los derechos fundamentales acaban con las constituciones. Ello es tanto como afirmar que acaban, hoy por hoy, con los Es-

2. *La libertad condicional penitenciaria*

La libertad condicional penitenciaria constituye una solución asumida tanto por los órganos jurisdiccionales (26) como por la doctrina constitucional, al afirmar en la STC 8/1994 que «a esta triple petición contesta la Sentencia del Tribunal Supremo afirmando que la reparación económica de los posibles perjuicios derivados de la lesión de ese derecho fundamental había de realizarse fuera del proceso penal, y que no procedía solicitar el indulto porque dada la edad del recurrente podía disfrutar de los beneficios de la libertad condicional en virtud de lo dispuesto en el artículo 60 del Reglamento Penitenciario. Añadiendo que la lesión del derecho fundamental no puede incidir en responsabilidades penales al no aparecer recogida en nuestras leyes como causa extintiva o modificativa de esa responsabilidad».

No obstante, a la libertad condicional penitenciaria resultan de aplicación buena parte de las críticas expresadas en relación con el indulto, aparte sus propias limitaciones temporales, porque, en último extremo, constituye una solución cuya decisión no corresponde al poder judicial (27), que nada hace *per se* para remediar los negativos e injustos efectos de la violación del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas que queda así vacío de contenido, sino a la administración penitenciaria.

tados, dentro de los Estados, en el interior del ordenamiento estatal. Sin duda alguna, el Convenio Europeo de Derechos Humanos supone hoy el punto culminante en la protección de los derechos en el ámbito europeo. Y ello ha tenido enormes implicaciones en el ámbito interno de los distintos ordenamientos estatales. Pero, para el Convenio, la norma constitucional es irrelevante. Al Convenio lo único que le importa es que el ordenamiento interno en su conjunto garantice los derechos, pero no la garantía normativa o el tipo de jurisdicción por medio del cual este resultado se obtenga. Puede que, como consecuencia de ello, y por motivos prácticos, al Estado le interese, por una u otra vía, dotar de relevancia constitucional a los derechos objeto del Convenio; pero nada de ello será consecuencia directa de aquél.»

(26) Entre otras, STS, Sala 2.ª, de 5 de junio de 1992.

(27) JOAQUÍN NAVARRO ESTEVAN: *Manos sucias...*, op. cit., págs. 349 y 251: «Como se ha visto, una de las preocupaciones esenciales de la oposición democrática durante la dictadura y la transición fue sustraer al Gobierno el régimen de ejecución de las penas privativas de libertad.»

Sin embargo, «la actitud pasiva y medrosa de algunos jueces de vigilancia penitenciaria, su insuficiencia numérica para atender debidamente la plenitud de sus funciones, la difícil conciliación del espíritu de la Constitución, de la Ley General Penitenciaria y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con ciertos preceptos legales y reglamentarios y, sobre todo, la singular determinación y resolutiveidad de los responsables ejecutivos de la Administración Penitenciaria han desembocado, en no escasas ocasiones, en exhibiciones de poder judicial del Gobierno en este ámbito».

3. *La no ejecución de lo fallado en la sentencia*

La no ejecución de lo fallado en la sentencia ha sido solicitado en ocasiones por el justiciable víctima de la violación del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas como forma de restablecimiento, pero tal alegación ha hallado nulo eco, una vez dictada sentencia firme, en nuestra jurisprudencia, tradicionalmente instalada en la «santidad de la cosa juzgada», principio en líneas generales «consagrado» por la doctrina del TC (28).

Así, entre otras (29), en la STC 35/1994 se expresa que «en el caso que aquí nos ocupa, el recurrente pretende incluir en el ámbito del artículo 24.2 CE, no la ejecución inmediata de la Sentencia, sino al contrario su inejecución, como medida para reparar las consecuencias negativas que para él ha tenido la dilación indebida en la tramitación del proceso, judicialmente declarada. Ante esta pretensión cabe avanzar ya que la medida propuesta ni puede incluirse en el ámbito del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, ni, en otro orden de consideraciones, está consagrada en nuestro ordenamiento como instrumento para reparar las consecuencias de su vulneración».

Sin perjuicio de lo expuesto y de su validez en términos generales, las resoluciones del TC no matizan desde el derecho a la justicia (motivación de las resoluciones) la imprescindible ponderación, vinculada al principio de proporcionalidad, ante la alegada colisión de dos derechos, ejecución de sentencia y sin dilaciones indebidas, tan fundamentales el uno como el otro, con independencia del sentido de la subsiguiente conclusión sobre la extensión del contenido esencial de ambos.

4. *La ejecución de la sentencia que incorpora en su fallo la inejecución*

La ejecución de la sentencia que incorpora en su fallo la inejecución (30) constituye una solución ocasionalmente estimada por los órganos judiciales para hacer efectivo desde el derecho a la justicia el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Así, entre otras (31), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao,

(28) Entre otras muchas, STC 185/1990.

(29) STC 381/1993.

(30) CARLOS GRANADOS PÉREZ: «Individualización de las penas...», *op. cit.*, pág. 198.

(31) Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 21 de Barcelona (procedimiento abreviado núm. 247/1991), de 26 de octubre de 1991, y Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección novena (rollo núm. 352/91), de 10 de enero de 1992.

Sección 1.^a, de 22 de febrero de 1989, de la que fue ponente Juan Alberto Belloch Julbe, argumenta que «la vinculación de los jueces y Tribunales a los mandatos constitucionales no se limita, necesariamente, a las consecuencias implícitas en el principio de jerarquía normativa (así, inaplicación al caso concreto de las normas preconstitucionales contrarias a la Constitución o planteamiento de la oportuna «cuestión de inconstitucionalidad» respecto de las postconstitucionales, por sólo limitarse a las normas jurídicas con rango de Ley formal) o las consecuencias derivadas de la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (basada en el principio de «conservación de la norma») en orden a la «reinterpretación constitucional» de la norma legal cuestionada o tachada de inconstitucional, sino que, además, supone la concreta obligación por parte de los juzgados y Tribunales de tener que optar, en el supuesto de pesar sobre él un doble mandato normativo incompatible (en el caso de autos, el mandato de hacer «ejecutar lo juzgado» —art. 117.3 de la Constitución española— y, por otro lado, el no dejar vacío de contenido un derecho público subjetivo de rango constitucional, el derecho a un «proceso sin dilaciones indebidas» —art. 24.2 de la Constitución española— que se reconoce violado, siquiera sus consecuencias más gravosas aún no se han producido, por depender, en lo esencial, precisamente de la ejecución de «lo juzgado»), por aquel mandato que implique una «vinculación más fuerte», lo que se traduce en la necesidad de respetar el *Higher Law*, por emplear una terminología clásica en el constitucionalismo americano, o derecho «más alto», cuya caracterización o definición no puede plantear problema alguno cuando, como en el caso de autos, uno de aquellos «mandatos normativos» es consecuencia directa y necesaria de uno de los derechos fundamentales (art. 24.2 de la Constitución española) recogidos en la Sección 1.^a del Capítulo II del Título I de la Constitución española, derechos que, desde luego (art. 53.1 de la Constitución española), «vinculan a todos los Poderes Públicos» y, por tanto, al Poder Judicial.

Lo anterior, por tanto, supone entender que este Tribunal, vinculado por el mandato normativo «más fuerte» está directamente obligado a impedir por sí mismo (y sin necesidad de acudir a otra instancia de Poder) que se produzcan las consecuencias gravosas más graves directamente derivadas de la vulneración del derecho del inculpado a un «proceso público sin dilaciones indebidas» y, en consecuencia, está obligado a declarar que no ha lugar a proceder a la ejecución de la pena impuesta».

La solución de las sentencias que incorporan en su fallo la inejecución ha sido contemplada por el STC 148/1994 con contrariedad, por discrepar de su argumentación, pero con impotencia, dada la inexistencia de trascendencia constitucional.

5. *La reducción proporcional de la pena*

La reducción proporcional de la pena³² ha sido aceptada, entre otras, por la STS, Sala 2.ª, de 2 de abril de 1993, al afirmar que «esta solución del problema, con independencia de la disposición legal concreta que se aplique, tiene el mismo fundamento que las normas que establecen el principio vicarial (art. 9.1 CP) y que computan la privación de la libertad sufrida durante el proceso descontándola de la pena aplicable al autor (art. 33 CP), es decir, los principios de proporcionalidad y, en su caso, de culpabilidad, que tienen su fundamento en el reconocimiento por el artículo 1 CE de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico. En estos supuestos se trata de una cancelación anticipada de, al menos, una parte de la deuda contraída por el autor con la sociedad como consecuencia del delito cometido, que se debe compensar para mantener la proporcionalidad entre el delito y el mal sufrido como consecuencia de él».

La reducción proporcional de la pena es la solución propugnada para restablecer en el proceso penal los supuestos no agudos o intensos de violación del derecho a un proceso dentro de un plazo razonable, entre otros (33), por Carlos Climent Durán (34).

6. *La atenuante*

La atenuante analógica, solución propugnada entre otros (35) por Carlos

(32) CARLOS CLIMENT DURÁN: «Sobre las dilaciones indebidas...», *op. cit.*, pág. 7800; ENRIQUE RUIZ VADILLO: «Algunas breves consideraciones...», *op. cit.*, pág. 119, y LUIS-ROMÁN PUERTA LUIS: «Reglas generales de determinación de la pena», *Cuadernos de Derecho Judicial: La individualización y ejecución de las penas*, CGPJ, 1993, págs. 97 y sigs.

(33) ENRIQUE RUIZ VADILLO: «Algunas breves consideraciones...», *op. cit.*, pág. 119: «En mi opinión, el principio de legalidad ha de interpretarse dentro de un contexto amplísimo, incorporando a él, la propia Constitución, Ley Fundamental y Fundamentadora de ella misma y del resto del Ordenamiento jurídico... El juez debe buscar, dentro del Sistema, con prudencia y reflexión, desde luego, esa Justicia, tomándola en cuanto sea hacedero de la propia Constitución, debiendo motivar porque elige un camino y no otro para obtener la verdad, en su expresión más absoluta la Justicia, sin dejar de tener en cuenta que en materia penal la analogía *in bonam partem* no sólo no está prohibida sino que es o puede ser, en determinadas circunstancias, una fuente importante del Ordenamiento jurídico en este sector y con esta matización... La pena ha de ser proporcional a la gravedad de la culpabilidad, como ha puesto de relieve el profesor Jescheck.»

(34) CARLOS CLIMENT DURÁN: «Sobre las dilaciones indebidas...», *op. cit.*, pág. 7800.

(35) ENRIQUE RUIZ VADILLO: «Algunas breves consideraciones...», *op. cit.*, pág. 120.

Granados Pérez (36), ha sido estimada, entre otras, por la STS, Sala 2.^a, de 14 de diciembre de 1991, afirmando que en los procesos en que se haya reconocido la existencia de dilaciones indebidas y «se llegue a una decisión condenatoria, los Tribunales carezcan de toda posibilidad de reparación. Por el contrario, pueden y deben tomar en cuenta en la determinación de la pena el peso que la dilación indebida ha tenido sobre la persona del acusado, reconociendo de esta manera una atenuación de la pena legalmente establecida. El fundamento de esta compensación, como es claro, es consecuencia del principio de culpabilidad, según el cual las consecuencias del delito deben ser proporcionales a la gravedad de la culpabilidad y por lo tanto, si el acusado ya ha sufrido un mal con la excesiva duración del proceso, éste debe serle computado en la pena (SS del BGH alemán antes citadas) (37)».

La vía de la atenuación expuesta ha sido criticada, entre otras (38), por la STS, Sala 2.^a, de 14 de octubre de 1992, afirmando que el precedente razonamiento en principio correcto, podría ser útil de *lege ferenda*, pero de *lege data* carece de posibilidades de aplicación.

7. La eximente

La eximente no ha hallado hasta ahora acogida en la jurisprudencia del TS.

(36) CARLOS GRANADOS PÉREZ: «Individualización de las penas...», *op. cit.*, pág. 203.

(37) STS, Sala 2.^a, de 14 de diciembre de 1991: «La base legal para proceder a esta compensación está dada por el artículo 9.10.^a CP, dado que a las circunstancias atenuantes previstas en dicho artículo 9 CP responde, básicamente, a la reducción de la culpabilidad, toda circunstancia derivada del proceso y que tenga sobre los derechos del acusado efectos de carácter aflictivo, importa una anticipada retribución que, paralelamente, se debe reflejar en la pena que se imponga.

En el presente caso, dicha compensación no entra en consideración en esta instancia, dado que el Tribunal *a quo* ya ha fijado la pena en el mínimo legalmente establecido.»

(38) STS, Sala 2.^a, de 28 de enero de 1994: «El Tribunal sentenciador, después de reconocer que la causa se ha oído fuera de un plazo razonable con infracción del derecho constitucional del artículo 24.2 aplica una solución —la de la atenuante analógica— que, además de no haberse seguido por la doctrina jurisprudencial posterior (véanse SS 26-1, 11-2, 5-3, 12-5, 30-6, 22-7, 11 y 18-10-1993), no conduce a una solución penológica proporcionada en el caso planteado, concretamente el de un robo con fuerza de efectos valorados en 59.380 ptas. en un chalé por un sujeto —drogadicto rehabilitado— y un delincuente primario. La jurisprudencia calendarada acude al indulto como medio corrector de la dilación indebida a fin de acomodar la pena a la situación del delincuente —que el tiempo transcurrido ha dotado de nuevas circunstancias personales, familiares, profesionales y sociales— con el propósito de no impedir o turbar el proceso de su reinserción social.»

Sin embargo, es propugnada, entre otros, por Carlos Climent Durán (39) para restablecer en el proceso penal los supuestos más graves de violación del derecho a un proceso dentro de un plazo razonable, afirmando que no existe «obstáculo para llegar a la absolución del acusado, al menos en las dilaciones indebidas más agudas, por faltar un presupuesto procesal, cual es el de que el proceso se haya tramitado en un plazo razonable».

8. *La remisión condicional*

La remisión condicional (40) de la pena (41), solución plenamente asumida por el TC (42) y por los órganos jurisdiccionales, tiene a su favor constituir una vía pacífica de solución aplicable desde la justicia en el propio proceso, pero tiene el inconveniente de su limitación determinada en el ámbito temporal de la pena.

9. *La prescripción*

La prescripción (43) por analogía, o aplicación de efectos extintivos a las dilaciones indebidas como a la prescripción, fue contemplada y desestimada, entre otras, por la STS, Sala 2.^a, de 12 de mayo de 1993 (44), argumentando

(39) CARLOS CLIMENT DURÁN: «Sobre las dilaciones indebidas...», *op. cit.*, pág. 7800.

(40) Artículos 92 a 97 del antiguo Código Penal y 80 a 87 del nuevo Código Penal.

(41) LUIS-ROMÁN PUERTA LUIS: «Reglas generales de determinación...», *op. cit.*, pág. 95, y MARIANO SERRANO PASCUAL: «Suspensión de la ejecución de la pena y reglas de conducta en el nuevo Código Penal», *TAPIA*, núm. 86, 1996, págs. 65 y sigs.

(42) STC 35/1994: «En este mismo orden de consideraciones, tampoco cabe descartar la aplicación de otras medidas legalmente previstas para paliar los efectos del retraso producido, desde la petición de indulto, hasta la remisión condicional de la pena.»

En el mismo sentido, entre otras, SSTC 381/1994 y 8/1994.

(43) STS, Sala 2.^a, de 22 de septiembre de 1995.

(44) STS, Sala 2.^a, de 12 de mayo de 1993: «Asimismo, se ha barajado la tesis que patrocina una sentencia absolutoria por aplicación analógica de la institución de la prescripción, porque, se dice, la analogía se apreciaría en beneficio del reo y ello siempre es posible en el Derecho penal. Pero esta solución parece olvidar que la aplicación de la prescripción en el ámbito del Derecho no obedece a razones de justicia, sino simplemente de seguridad jurídica, apareciendo como un supuesto excepcional en el cual el transcurso del tiempo como mero hecho produce unos determinados efectos jurídicos que, en principio, han de reputarse anómalos o extraños al mecanismo propio de la institución jurídica de que se trate, de modo que aparece siempre como una excepción a aquello que ordinariamente se produce en el ámbito de las correspondientes relaciones jurídicas, siendo tal carácter excepcional el que impide la posible aplicación por analogía de la prescripción.»

que la prescripción no obedece a razones de justicia, sino simplemente de seguridad jurídica, razonamiento desfasado aunque de *lege data* posible.

Desde el Estado social y democrático de Derecho debe entenderse que en toda situación procesal de prescripción concurre la existencia de un proceso con dilaciones indebidas, como contenido mínimo del derecho fundamental (45), porque si no cabría preguntarse qué contenido tiene el derecho humano fundamental, si hasta se le niega el contenido negativo o extintivo atribuido a la prescripción procesal por el Estado liberal; aunque, indudablemente, la implementación legal y jurisprudencial de tal planteamiento constitucional, que conlleva una relectura de todas las positivaciones relacionadas con los efectos del paso del tiempo sobre las acciones ejercitadas en el proceso, requerirá de notables esfuerzos de todo tipo, incluidos en primer lugar los de la doctrina, dado que en la práctica existe una inercia de resistencia por parte del Estado a admitir la obligación prestacional que implica su contenido social y que, precisamente por ello, le corresponde asumir en un ordenamiento jurídico, en el que la justicia constituye uno de sus valores superiores, incardinado en un Estado social y democrático de Derecho, no teórico e ilusorio, sino efectivo en su obligación prestacional, no de un derecho cualquiera, sino de un derecho que alcanza la categoría de derecho humano positivizado, constitucionalmente como fundamental, y cuya quiebra, como derecho y como valor, puede llegar a implicar la negación real del Derecho, al menos en la medida en que el mismo es humanamente realizable en un espacio (aquí) y un tiempo (ahora) determinados y, por ello, por los ciudadanos exigible.

Así, pues, de las nueve vías concretamente contempladas se deducen los ímprobos esfuerzos realizados en ocasiones para dotar en el propio proceso desde la justicia (46) de algún contenido más allá de lo retórico al derecho humano positivizado por la CE como derecho fundamental a un proceso dentro de un plazo razonable o sin dilaciones indebidas (47).

(45) En sentido contrario, STC 255/1988.

(46) FRANCISCO RUBIO LLORENTE: *Derechos Fundamentales...*, op. cit., pág. XVI: «La posibilidad de apelar a los principios para moderar la aplicación de las leyes, acomodarla al caso concreto, e impedir que el aseguramiento del grado medio de orden y de justicia que las leyes persiguen se haga a costa de injusticias notorias, no plantea por lo demás grandes problemas teóricos, como evidencia la práctica de todos los países occidentales. Ni siquiera cuando con apoyo en los principios, se excepciona la aplicación de la ley al caso concreto.»

(47) ENRIQUE RUIZ VADILLO: «Algunas breves consideraciones...», op. cit., pág. 121: «El problema con toda obviedad radica en saber si en los argumentos que utilizo hay o no sofismas o rupturas del orden lógico que impera y debe imperar en el Derecho. Veamos, cuando es el propio juez o tribunal penal quien tiene en sus manos jurídicas hacer justicia, conforme a principios eternos que la Constitución apoya y reafirma, no me parece procedente que se desplace la solu-

III. NECESIDAD DE SU REFORMA

En cualquier caso, no debe olvidarse que la obligación de dar cumplimiento a la Constitución alcanza no sólo a los órganos jurisdiccionales sino a todos los poderes públicos (48).

En primer lugar, al legislativo, que de *lege ferenda* (49) viene inducido a

ción nada menos que hacia la búsqueda de una indemnización económica —que va a pagar toda la sociedad y que no va a resolver el problema— o hacia el indulto que tampoco es vía apropiada o por lo menos que no es la vía más apropiada. Es decir, en estos casos nos encontramos con situaciones kafkianas. El juez reproduciendo el ejemplo que antes recogíamos dice al que va a condenar: usted ha sufrido la vulneración de un derecho constitucional muy importante, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, en mis manos está reparárselo de manera tan inmediata y tan eficaz como es el impedir que entre en la cárcel o decidiendo que permanezca en ella un tiempo inferior al que le correspondería si tal situación no se hubiera producido en compensación al indebido sufrimiento por el aplazamiento de la decisión final. Pues bien, este camino no lo voy a utilizar (sin duda porque creo que no puedo hacerlo) y por consiguiente le voy a imponer toda la pena que marca la ley, como si la vulneración constitucional no se hubiera producido, pero como la solución me parece injusta le invito a que solicite una indemnización por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, conforme al artículo 121 de la Constitución y a la Ley Orgánica del Poder Judicial, y yo mismo, juez, voy a proponer al Gobierno que le conceda un indulto, cuya suerte obviamente ignoro.»

(48) ANTONIO GIBERT GIBERT: «El derecho a un proceso sin...», *op. cit.*, pág. 2601: «El poder legislativo para cumplir aquel objetivo vendrá obligado a realizar las correspondientes reformas procesales que permitan un proceso ágil, adecuado a su objeto, donde la producción de dilaciones sea menos probable... El poder ejecutivo, dentro de su ámbito de competencia vendrá obligado a dotar a la Administración de Justicia de la infraestructura y medios suficientes, ya que en no pocas ocasiones es atribuida la dilación a las deficiencias de éstos.»

(49) ENRIQUE RUIZ VADILLO: «Algunas breves consideraciones...», *op. cit.*, págs. 122: «Se me ocurren estas fórmulas:

A) Modificar el artículo que se refiera en el futuro a las circunstancias atenuantes (actual 9 del CP) en el siguiente sentido: cualquier otra que atendida la analogía con los principios que informan el Derecho penal, conforme a la Constitución y con las establecidas en los números anteriores hagan por razones de justicia necesaria la reducción de la pena que, en todo caso, habrá de motivarse expresamente por el juez o tribunal.

En esta situación, con la atenuante si tiene la condición de calificada se puede bajar hoy (y muy probablemente en el futuro) (véase Proyecto de Código Penal de 1992) la pena en uno o dos grados lo que conduce a obtener una decisión absolutamente justa y, a veces, a la imposición de una pena puramente simbólica. Por ejemplo, una pena de prisión mayor puede quedar sustituida por otra de prisión menor o de arresto mayor, es decir, se puede imponer la pena de un mes y día y frente a una pena de prisión menor se puede llegar a la multa. En los casos de penas más graves, así la reclusión menor y la reclusión mayor hay que considerar que, por regla general, la investigación es más compleja y dilatada y que, en general también el presunto responsable estará privado de libertad.

B) Modificar la regulación de la prescripción estableciendo: a) que los llamados tiempos

adecuar la legislación, tal como viene solicitando la mayoría de la doctrina, a fin de dotar al derecho fundamental en el propio proceso o en sede jurisdiccional de algún contenido efectivo concreto más allá de lo meramente retórico e ilusorio (50), que en la práctica es la situación en que el ordenamiento penal interno se encuentra.

Sin ánimo excluyente, sino meramente indicativo e ilustrativo de entre otras posibles medidas (tales como las relacionadas con la prescripción y la ejecución), en el ámbito penal y en cuanto a las penas, tres añadidos puntuales en el anterior Código Penal en relación con las eximentes (51), las atenuantes (52) y la remisión condicional (53) hubieran bastado, desde la con-

muerdos (como sucede en el baloncesto) se suman y si con la suma se alcanza el tiempo fijado en la ley penal, incrementado, si se quiere en una mitad, o en una tercera parte se entenderá prescrito el delito o, en general, la infracción penal; b) llevar a cabo una corrección técnica al instituto de la prescripción en el sentido siguiente: cuando sin haber cumplido por completo los plazos establecidos en el Código Penal, hayan corrido éstos en una parte importante, siendo a ello absolutamente ajeno el procesado —o inculpado— el juez o tribunal podrán, motivadamente, reducir la pena en la extensión que en función de las circunstancias, sea procedente hasta el límite máximo de la mitad de la que legalmente le correspondiera (cfr. Código penal suizo citado, por ejemplo).»

ANTONIO GISBERT GISBERT: «El derecho a un proceso sin...», *op. cit.*, pág. 2601: «En un futuro Código Penal al lado del indulto y la condena condicional deben regularse instituciones como la suspensión del fallo (*probation*) y la sustitución de la pena y el “indulto” o “perdón judicial”, que podrían tener aplicación al supuesto a que ahora nos estamos refiriendo.»

(50) Aunque sólo sea por agravio comparativo con la prescripción extintiva, derecho de inferior categoría jurídica que si goza de protección de legalidad.

(51) Hubiera bastado añadir al artículo 8 del antiguo Código Penal un nuevo supuesto, el 13.º, del siguiente tenor: «El que, habiéndose admitido en el propio proceso previamente la existencia de violación del derecho humano positivizado como derecho fundamental a un proceso dentro de un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, debiera resultar condenado y la condena, por concurrir circunstancias personales y temporales muy excepcionales debidamente motivadas por el tribunal sentenciador, resultare radicalmente contraria a los fines de las penas y al valor superior de la justicia en el ordenamiento jurídico.»

La estimación del derecho fundamental no afectará en ningún caso a las responsabilidades civiles, debiendo proseguir el proceso penal hasta la determinación y realización de las mismas.»

(52) Hubiera bastado añadir al artículo 9 del antiguo Código Penal una nueva circunstancia, pasando la redacción actual de la 10.ª a ser la 11.ª, y teniendo la nueva 10.ª la siguiente redacción: «La de haberse estimado en el proceso la existencia de violación del derecho humano positivizado como derecho fundamental a un proceso dentro de un plazo razonable o sin dilaciones indebidas.»

(53) Hubiera bastado añadir al final del artículo 93 del antiguo Código Penal un nuevo párrafo del siguiente tenor: «Asimismo, el tribunal sentenciador podrá ampliar el beneficio de la condena condicional a los reos condenados por cualquier pena, siempre que en el propio proceso se haya admitido previamente la existencia de violación del derecho humano positivizado como derecho fundamental a un proceso dentro de un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, si así

gruencia del ordenamiento jurídico y desde la preeminencia de la justicia en una sociedad democrática, para dotar de contenido adecuado en el propio proceso al derecho fundamental.

En segundo lugar, al Tribunal Constitucional, que en congruencia con la predicada interpretación extensiva de los derechos fundamentales, debería preocuparse más por llenar de contenido el derecho fundamental desde la inadecuada legislación poniendo el hecho en evidencia del legislador, que no de vaciar de contenido el derecho fundamental desde la legislación vigente (54).

En tercer lugar, a los órganos judiciales (55), a fin de avanzar hacia interpretaciones en las que en los supuestos de colisión entre un derecho funda-

lo estimare procedente en atención a las circunstancias concurrentes y a los fines de reeducación y reinserción social de las penas contemplados en el artículo 25 de la Constitución, en resolución expresa y motivada.»

(54) Pese a constituir la interpretación de las eximentes y las atenuantes una cuestión de legalidad ordinaria que corresponde enjuiciar a los órganos judiciales, el TC no pierde oportunidad de pronunciarse al respecto, aunque no haya sido alegado, no ya restrictivamente, sino vaciando de contenido el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas.

STC 295/1994: «Ni la inexecución de la Sentencia ni la extinción o atenuación de la responsabilidad criminal pueden deducirse, pues, del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.»

STC 35/1994: «Ni la inexecución de la Sentencia ni la extinción o atenuación de la responsabilidad criminal pueden deducirse, pues, del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas... Constatada judicialmente la comisión de un hecho delictivo y declarada la consiguiente responsabilidad penal de su autor, el mayor o menor retraso en la conclusión del proceso no afecta en modo alguno a ninguno de los extremos en los que la condena se ha fundamentado, ni perjudica a la realidad de la comisión del delito ni a las circunstancias determinantes de la responsabilidad criminal.»

STC 8/1994: «Constatada judicialmente la comisión de un hecho delictivo y declarada la consiguiente responsabilidad penal de su autor, el mayor o menor retraso en la conclusión del proceso no afecta en modo alguno a ninguno de los extremos en los que la condena se ha fundamentado, ni perjudica a la realidad de la comisión del delito ni a las circunstancias determinantes de la responsabilidad criminal.»

STC 381/1993: «Constatada judicialmente la comisión de un hecho delictivo y declarada la consiguiente responsabilidad penal de su autor, el mayor o menor retraso en la conclusión del proceso no afecta en modo alguno a ninguno de los extremos en los que la condena se ha fundamentado, ni perjudica a la realidad de la comisión del delito ni a las circunstancias determinantes de la responsabilidad criminal.»

(55) JUAN ALBERTO BELOCH JULBE: «Las dilaciones indebidas», *op. cit.*, pág. 46: «No existe, desgraciadamente, cuerpo jurisprudencial que en sede judicial ordinaria, caracterice este derecho constitucional y, más importante aún, defina los mecanismos de reacción a utilizar para tratar no ya de impedir tales vulneraciones, sino, muy especialmente, tratar de “reparar” las consecuencias dañosas derivadas o que puedan derivarse de la vulneración de tal derecho constitucional, muy especialmente en el ámbito del proceso penal, cuando la causa de tales dilaciones radique, precisamente, en el comportamiento de las autoridades, ya sea por negligencia judicial ya sea por los defectos estructurales del aparato de justicia.»

mental y otro legal, la ponderación se resuelva en el propio proceso en favor de un «juicio justo», desde el derecho a la tutela judicial efectiva y a la finalidad de las penas, y en atención al valor y preeminencia de la justicia en la Constitución y en toda sociedad democrática, aunque para estos últimos, e igualmente aunque en menor medida para la jurisprudencia constitucional, si en el antiguo Código el margen hermenéutico para ello era escaso, en el nuevo texto legal prácticamente es inexistente.

En el nuevo Código Penal (56), de forma incomprensible dado todo lo expuesto, de *lege data* se viene (57), en contra de lo apuntado por la mayoría de la doctrina y en ocasiones por la jurisprudencia, a legalizar de forma expresa una solución, la del indulto del Gobierno (58), a la infracción del derecho a un

(56) ENRIQUE RUIZ VADILLO: «La justicia penal en España frente al siglo XXI», *La Ley*, núm. 4.000, de 21 de marzo de 1996, pág. 10: «A otras zonas conflictivas no se llegó. Por ejemplo, a que los supuestos de dilaciones indebidas se corrigieran, en la medida de lo posible, por los jueces y tribunales penales, idea mantenida entre otros por el magistrado y profesor Bacigalupo y por quien firma este trabajo. Pero si así no se hizo estoy seguro que la razón estaba entonces de parte de la mayoría y quién sabe si, andando el tiempo, el criterio, en razón a las nuevas circunstancias concurrentes, varía.»

(57) JUAN ALBERTO BELLOCH JULBE: «Las dilaciones indebidas», *op. cit.*, pág. 48: «Distinta cuestión es, sin embargo, la que se plantea cuando de lo que se trata es de determinar si cabe o no una reparación integral (o prácticamente integral) y directa de las consecuencias lesivas derivadas de la dilación, por cuanto tales consecuencias gravosas se van a producir, precisamente, a raíz de la propia resolución que detectó la vulneración. Cuestión ésta que, por su propia naturaleza, es típica del proceso penal. Un dato esencial es comprender que tal forma de reparación sólo puede ser acordada precisamente en la propia sede jurisdiccional penal, al menos de manera plena, por cuanto no cabe, desde luego, acudir a cualquier otro procedimiento judicial ordinario para tratar de obtener una reparación de tal clase y por cuanto, por lo que se refiere a las sedes de la jurisdicción constitucional o internacional, los remedios que, en su caso, pudieran recaer siempre serían, cuando menos, tardíos y seguramente parciales. Amén de que, es importante subrayarlo, resultaría absurdo que detectada la violación de tal derecho constitucional por el correspondiente Tribunal Penal y conocedor este Tribunal de que las “consecuencias dañosas” derivadas de tal dilación se iban a producir, en lo esencial, por una cierta clase de pronunciamiento judicial, en tal sede ordinaria, el propio Tribunal procediera a dictar tal resolución y a producir, en consecuencia, tales resultados lesivos, a la espera de una ulterior intervención por parte del TC o del TEDH que, subsidiariamente, repara los perjuicios o daños causados.»

(58) Artículo 4 del nuevo Código Penal:

1. Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.
2. En el caso de que un juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal.
3. Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o

proceso sin dilaciones indebidas ajena al propio proceso y a la resolución de los órganos jurisdiccionales, solución graciable que cuando menos no se incardina armoniosamente en el derecho genérico a la justicia y en atención a la preeminencia de ésta en un Estado de Derecho, por lo que cabe continuar entendiendo, desde una perspectiva crítica pero fundada que coadyuve a la efectiva realización del derecho a un proceso dentro de un plazo razonable, que resulta más conforme al ordenamiento jurídico, en caso de infracción del derecho fundamental, su reparación en el propio proceso, tanto en su efecto sobre las penas (faceta de abstención del derecho) como en la tutela efectiva para las víctimas en la responsabilidad civil (faceta de prestación del derecho), por los propios órganos jurisdiccionales.

Lo expuesto constituye una posición doctrinal congruente que mantiene plena validez en cuanto al nuevo Código Penal en las tres propuestas concretas apuntadas, entre otras plausibles, en cuanto al antiguo texto legal en relación con las eximentes (59), las atenuantes (60) y la remisión condicional (61), sin perjuicio de explorar otras posibilidades susceptibles de consideración ya apuntadas en relación con la prescripción y la eficacia de la cosa juzgada (62) en el contexto del nuevo Código Penal (63).

modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo.

4. Si mediara petición de indulto, y el juez o Tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada.

También podrá el juez o Tribunal suspender la ejecución de la pena, mientras no se resuelva sobre el indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria.

(59) La eximente propuesta para el antiguo Código Penal podría pasar a integrar en el nuevo texto legal el punto 8.º del artículo 20.

(60) La atenuante propuesta para el antiguo Código Penal podría pasar a integrar en el nuevo texto legal la causa 7.ª del artículo 21.

(61) La remisión condicional de la pena propuesta para el antiguo Código Penal podría pasar a integrar en el nuevo texto legal el punto 5 del artículo 80.

(62) JUAN ALBERTO BELLOCH JULBE: «Las dilaciones indebidas», *op. cit.*, pág. 49: «La conclusión de la sentencia no puede ser ya a estas alturas más clara y supone entender que este Tribunal, vinculado por mandato normativo más fuerte, está directamente obligado a impedir por sí mismo... que se produzcan las consecuencias lesivas más graves directamente derivadas de la vulneración del derecho del inculpaado a “un proceso público sin dilaciones indebidas” y, en consecuencia, está obligado a declarar que “no ha lugar a proceder a la ejecución de la pena impuesta”.

La Sentencia que les he comentado y analizado supone, según entiendo, un primer esfuerzo,

En palabras de Juan Alberto Belloch Julbe (64), que pese al tiempo transcurrido desde el año 1989 en que fueron escritas puede entenderse que todavía mantienen su vigencia (65): «Casi todo, en esta materia, está, según entiendo, por analizar y construir. Piénsese, por ejemplo, en la nueva lectura que es preciso dar al sentido constitucional de las penas (particularmente de las privativas de libertad), a su función rehabilitadora y resocializadora, en todos aquellos supuestos en los que, precisamente por violación del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas, la ejecución de las mismas haya, supuestamente, de hacerse efectiva cuando ya no pueden cumplir tal finalidad constitucional, precisamente porque, entre tanto, el condenado ha logrado, por otras vías, su plena integración personal, familiar y social. No pueden ignorarse tampoco las insinuaciones realizadas por el TEDH sobre la eventual oportunidad de proceder al

en sede jurisdiccional ordinaria, para tratar de llenar de contenido un derecho fundamental que, hoy por hoy, en la vida diaria judicial no pasa de ser una invocación retórica. Supone también una implícita invitación a los jueces y magistrados a que comencemos a construir, entre todos, una caracterización precisa de tal derecho fundamental y, sobre todo, de los mecanismos de reparación y restablecimiento de tal derecho.»

(63) ENRIQUE GARCÍA PONS: *Ejecución de sentencia*, PPU, 1995.

El nuevo Código Penal avanza en una dirección contraria a la preponderante hasta la fecha en cuanto a ejecución de sentencia (en especial en atención a la STC 185/1990 y a las hasta el nuevo texto legal puntuales excepciones legales a su ejecutoriedad, tales como las contempladas en los recursos de audiencia al rebelde, de revisión y de amparo), es decir, de un concepto extensivo del contenido fundamental de la intangibilidad de la cosa juzgada (únicamente modificable en supuestos especiales como los indicados y, aun en ellos, tras el trámite de un procedimiento específico) de *lege data* se evoluciona hacia posiciones restrictivas, que en cualquier caso no afectan a su contenido esencial.

Así, en los artículos del nuevo Código Penal 55 (si después de la sentencia, el penado empeorare su fortuna, el juez o Tribunal, excepcionalmente y tras la debida indagación de la capacidad económica de aquél, podrá reducir el importe de las cuotas) y artículo 60.1 (cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, se suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le haya impuesto garantizando el juez o Tribunal que aquél reciba la asistencia médica precisa).

En tal contexto, una posible vía de reparación en cuanto a la pena la hubiera podido constituir un precepto del siguiente tenor: «Cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie motivadamente que la ejecución de las penas resulta contraria a la finalidad constitucional de las mismas en atención al plazo transcurrido podrá el Juez o Tribunal, ponderando motivadamente la colisión de derechos fundamentales (a la ejecución de sentencia y a un proceso sin dilaciones indebidas), declarar no haber lugar a proceder a la ejecución de las mismas en todo o en parte».

(64) JUAN ALBERTO BELLOCH JULBE: «Las dilaciones indebidas», *op. cit.*, pág. 49.

(65) Una visión globalizada del ordenamiento jurídico desde el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas puede encontrarse en ENRIQUE GARCÍA PONS: *Responsabilidad del Estado: la justicia y sus límites temporales*, Bosch, noviembre 1996.

«sobreseimiento de las actuaciones» como medio reparador cuando, ya en la fase de instrucción, se ha violado gravemente tal derecho protegido por el Convenio de Roma. En esta línea se hace preciso recordar el voto particular que el juez Zekia hizo a la Sentencia del TEDH —caso Neumeister— de 27 de junio de 1968, cuando afirmó que «es deseable... que los Tribunales se esfuercen en conocer la verdad... especialmente en una causa penal pero... si se producen grandes retrasos, se deban o no al interés de la Justicia, sería preferible, llegado el caso, zanjar la cuestión resolviendo las dudas en favor del interesado», posibilidad procesal que, por cierto, prevé el ordenamiento interno alemán, como, de igual modo, la posibilidad al menos, de que tales dilaciones en el enjuiciamiento puedan llegar a poder constituir una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal. Se trata de una materia, en todo caso, que por su propia construcción doctrinal siempre requerirá de una particularizada y atenta valoración judicial, pero, con todo, un adecuado cumplimiento por parte del Poder Legislativo de sus responsabilidades internacionales contraídas en el marco europeo requeriría no solamente —como explícitamente ha puesto de relieve el TEDH— de un incremento de plantillas orgánicas y medios personales al servicio de la Justicia (lo que, obviamente, está en curso), así como la introducción en nuestros Códigos procesales de las reformas oportunas «tendientes —como dice Gimeno Sendra— a la consagración del principio de aceleración del procedimiento» del derecho constitucional vulnerado, tanto por la vía de «generalizar» la posibilidad legal de que el juez pueda proceder a la no ejecución de las penas impuestas, cuando tal mecanismo sea el único viable para reparar las consecuencias dañosas directamente derivadas de la violación de tal derecho, como por la vía de la introducción del instituto de la caducidad de la acción penal. Lo anterior no es obstáculo, sin embargo, para que, entre tanto, los jueces y fiscales, cada uno en sus respectivos ámbitos, traten de vitalizar este derecho constitucional en su práctica diaria».

CRITICA DE LIBROS

