

IN SPRAV DE ET PRO

Revista

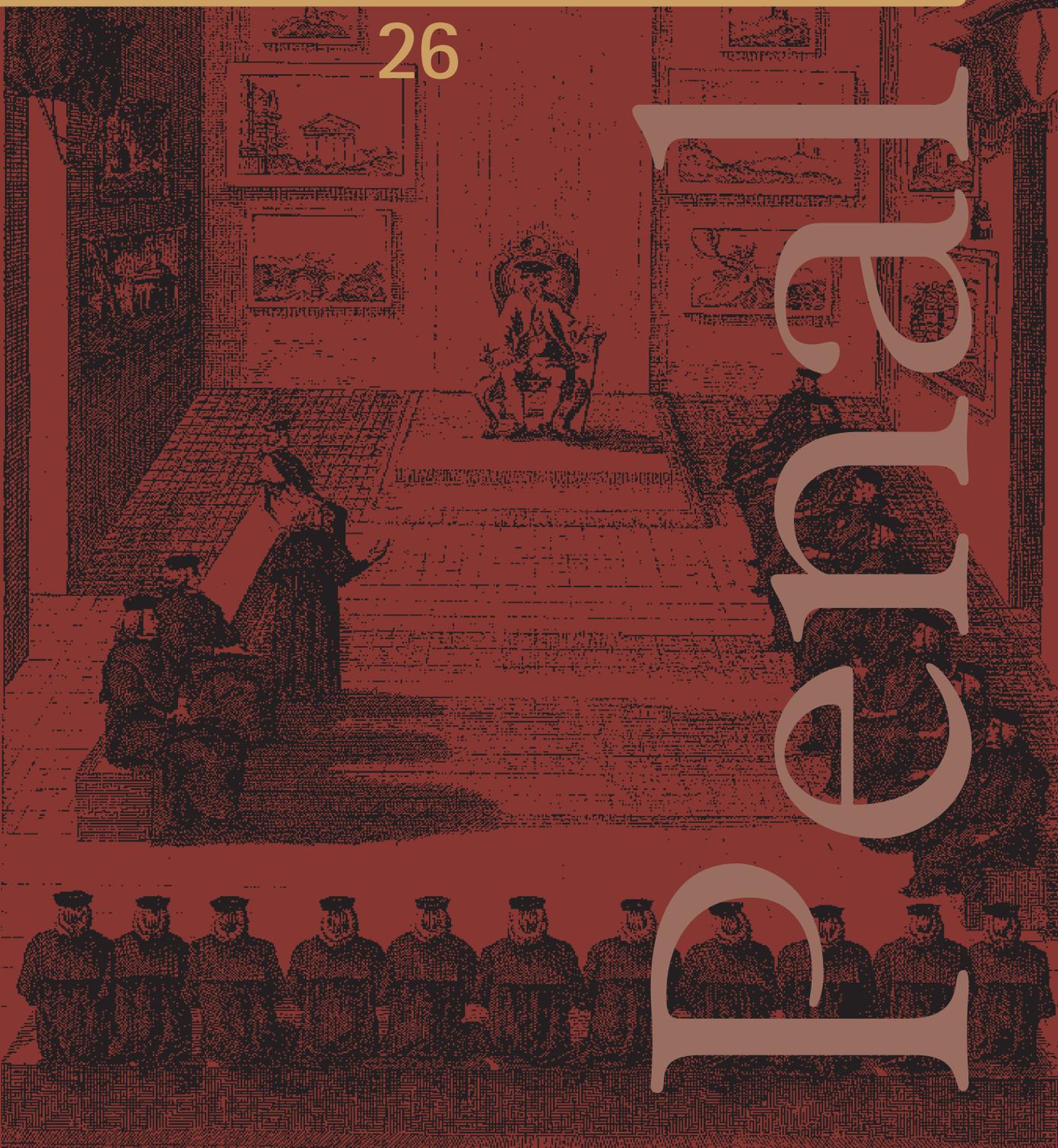
Julio 2010

26

Revista Penal

Julio 2010

Penal



Revista Penal

Número 26

Sumario

Doctrina

- Responsabilidad penal de los entes colectivos: una revisión crítica de las soluciones penales por *Manuel A. Abanto Vásquez* 3
- ¿Qué significa «intención de destruir» en el delito de genocidio?, por *Kai Ambos* 46
- Una explicación criminológica del genocidio: la estructura del crimen y el requisito de la «intención de destruir» por *Kai Ambos* y *María Laura Böhm* 65
- Derechos Humanos y Derecho Penal. Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones por *Ignacio Berdugo Gómez de la Torre* y *Ana Isabel Pérez Cepeda* 79
- La corrección de los padres a los hijos: consecuencias jurídico-penales de la reforma del art. 154 del Código Civil por *Miguel Díaz y García Conlledo* 101
- La reforma procesal penal francesa en curso. El informe de la Comisión Léger por *Iñaki Esparza Leibar* 130
- Los orígenes ideológicos del Derecho penal del enemigo, por *Francisco Muñoz Conde* 139
- Denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios (artículo 196 del C.P.): discusiones doctrinales y jurisprudenciales, por *Pedro Ángel Rubio Lara* 151
- Deconstruyendo la culpabilidad, por *Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro* 164
- La responsabilidad por actos riesgosos de gestión en las sociedades de capital: Un estudio de derecho comparado por *Stanisław Tosza* 177
- **Sistemas penales comparados:** Principio de Justicia Universal 187
- **Bibliografía:** Notas bibliográficas, por *Francisco Muñoz Conde* y *Juana del Carpio Delgado* 235
- **Crónica**
- VII. Seminario Internacional del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, por *Salvador Herencia Carrasco* 257
- **Fe de erratas** 263



Universidad de Salamanca

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
ferreolive@terra.es

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha
David Baigún. Univ. Buenos Aires
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca
Wilfried Bottke. Univ. Augsburg
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra
George P. Fletcher. Univ. Columbia
Luigi Foffani. Univ. Módena
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha
Vicente Gimeno Sendra. UNED
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense
José Luis González Cussac – Univ. Jaume I^o
Winfried Hassemmer. Univ. Frankfurt

Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Enzo Musco. Univ. Roma
Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Claus Roxin. Univ. München
José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
John Vervaele. Univ. Utrecht
Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer y Lars C. Berster (Alemania)
Luis Fernando Niño (Argentina)
William Terra de Oliveira y Alexis Couto de Brito (Brasil)
Felipe Caballero Brun (Chile)
Shizhou Wang (China)
Alvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)
Walter Antillón y Roberto Madrigal (Costa Rica)
Adán Nieto Martín y (España)
Dimitris Ziouvas (Grecia)
Alejandro Rodríguez Barillas (Guatemala)
Angie Andrea Arce Acuña (Honduras)
Luigi Foffani (Italia)

Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Carlos E. Muñoz Pope (Panamá)
Victor Prado Saldarriaga (Perú)
Barbara Kunicka- Michalska (Polonia)
Federico de Lacerda Da Costa Pino (Portugal)
Ana Cecilia Morún (República Dominicana)
Svetlana Paramonova (Rusia)
Baris Erman (Turquía)
Wolodymyr Hulkevych (Ucrania)
Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Rincón Rincón (Venezuela)

ISSN: 1138-9168

Dep. Legal: B-28.940-1997

www.revistapenal.com

Suscripciones: Marcial Pons
Departamento Suscripciones
revistas@marcialpons.es
Tel: 0034 913043303
Fax: 0034 913272367



La reforma procesal penal francesa en curso. El informe de la Comisión Léger¹

Iñaki Esparza Leibar

Catedrático de Derecho Procesal, UPV/EHU



Revista Penal, n.º 26.— Julio 2010

RESUMEN: En su camino de modernización del proceso penal —presupuesto de la futura y necesaria globalización— Francia ha dado el primer paso, superando así el punto de inflexión que hace la reforma irreversible. El informe de la Comisión Léger, que supone un análisis integral de los problemas esenciales del proceso penal, es el resultado de un compromiso directo del Presidente de la República Nicolas Sarkozy. Las páginas que siguen son la síntesis de dicho documento, cuya completa implementación supondrá el abandono definitivo del modelo procesal penal basado en la figura del juez de instrucción.

PALABRAS CLAVE: Proceso penal. Comisión Léger — Globalización del sistema legal.

ABSTRACT: On its way to modernization of the criminal procedure —condition of the future and necessary globalization of the legal system— France has taken the first step, reaching a tipping point that makes the reform irreversible. The report of the Léger Commission, representing a comprehensive analysis of key issues in the criminal process, is the result of a direct commitment from the President of the Republic Nicolas Sarkozy. The following pages are the summary of this document, whose whole implementation will mean the definitive abandonment of the model based on the figure of the juez de instrucción.

KEY WORDS: Criminal procedure — Léger Commission — Globalization of the legal system.

SUMARIO: I.- Introducción.- II. El procedimiento preliminar. Propuestas: 1. Transformación del juez de instrucción actual en juez de la investigación y de las libertades, con funciones exclusivamente jurisdiccionales. 2. Simplificación del procedimiento preliminar, instituyendo un modelo único de investigación. 3. Instauración de un juez de la investigación y de las libertades con relevantes poderes. 4. Garantizar y reforzar a todo lo largo de la investigación los derechos del imputado y de la víctima. 5. Reforzamiento del respeto de los derechos y libertades individuales en la fase preparatoria del proceso penal. En particular las medidas cautelares personales. 6. Supresión del secreto de la investigación y mantenimiento del secreto profesional. - III. El juicio oral. Propuestas: 1. El presidente del tribunal como árbitro del debate judicial. 2. Desarrollo del jurado escabinado. 3. Reforzamiento de los derechos de las partes civiles en la fase de enjuiciamiento. 4. Armonización de plazos en el curso del procedimiento. - IV. La ejecución.

¹ Este trabajo ha podido ser realizado con motivo de una estancia en la École Nationale de la Magistrature francesa, en su sede principal de la ciudad de Burdeos, durante los meses de agosto y septiembre de 2009. Queremos expresar nuestro agradecimiento a sus responsables y al resto del personal del centro por su valiosa ayuda. La posibilidad de materializar la mencionada estancia ha sido también posible gracias a los recursos procedentes de los siguientes proyectos de investigación cuyos equipos integramos:

1. Proyecto titulado «El Derecho penal frente a las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación», financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia. Referencia: SEJ2007-64691.
2. Proyecto titulado «Derechos Fundamentales y Unión Europea», financiado por el Gobierno Vasco. Referencia: GIC07/86-IT-448-07.

I. Introducción

La razón que nos impulsa a escribir las páginas que siguen es que consideramos de suma importancia lo que en relación con la reforma procesal penal está ocurriendo en Francia. Pensamos que bien podría servir de modelo y acicate para los responsables políticos españoles situados ante análoga tesitura histórica, que requiere inaplazablemente, en nuestra opinión, el impulso político que permita canalizar y dar fruto a las reflexiones que durante muchos años se han realizado —por parte de los diversos actores comprometidos con el modelo procesal penal— previamente a la toma de decisiones.

Veremos a continuación cuáles son las cuestiones que más preocupan, y por qué razones, a los responsables de realizar, al otro lado de los Pirineos, las propuestas nucleares del nuevo modelo de proceso penal. Conoceremos también las soluciones que para su óptima implementación, en el marco de una justicia eficiente y de calidad, se proponen. Todo ello podría, o debería, proporcionarnos una valiosa pauta, útil en cualquier caso para el momento en el que nos hallamos.

La secuencia se inicia en septiembre de 2009, cuando se hizo público un informe realizado por diversos expertos sobre las líneas maestras de la reforma procesal penal en Francia, de cuyos contenidos más relevantes me dispongo a dar cuenta, aunque sea de forma sintética².

Hay una advertencia que siempre debe —en mi opinión— hacerse cuando nos referimos al Derecho Comparado, de cuya utilidad, por otra parte, no albergo duda alguna. La advertencia es que no es posible encontrar instituciones y conceptos idénticos (aunque se denominen de la misma manera), incluso aunque el origen sea común, la evolución en cada uno de ellos es característica, en desarrollo de una perspectiva nacional (aunque eso está cambiando ahora, a favor de la globalización de los valores esenciales). Quizá el caso francés sea de los que, aparentemente al menos, nos ofrece un mayor número de similitudes, conceptuales, institucionales, etc., por lo que nos hace sentir inmediatamente cómodos, pero también hay sensibles diferencias que no podemos dejar de considerar, bajo riesgo de deficiente comprensión de la realidad.

El Code de Procédure Pénale³ (en lo sucesivo CPP) francés, tiene su origen en el Código de Instrucción Criminal de 1808, que entró en vigor el primero de enero de 1811. Incesante e intensamente modificado, el CPP vigente, entró en vigor el 2 de marzo de 1959, una vez acomodado a la vigente Constitución francesa de 1958 que, a diferencia de lo que ocurre en España, no se refiere sino muy excep-

cionalmente a los derechos fundamentales y a las garantías procesales en torno a las que se construye el proceso penal. El texto vigente consta de más de mil artículos (contando los que han sido duplicados) gran cantidad de los cuales han sido modificados, muchos de ellos en varias ocasiones.

El CPP diseña un proceso penal estándar para la época y el continente, un proceso que, en la actualidad, no plantea fricciones con las exigencias del TEDH, que por tanto preserva todos los derechos y garantías exigibles al proceso penal de un estado de derecho, como es Francia. Se trata en suma de un proceso respetuoso con el principio del proceso debido, algunos de cuyos aspectos esenciales son:

1. Monopolio en el ejercicio de la acción penal, por parte del Ministerio Fiscal (en lo sucesivo MF).
2. Existencia de un juez instructor, encargado de la investigación, previa a la fase de juicio oral. Juicio oral a cargo de distinto órgano jurisdiccional.
3. Presunción de inocencia, derecho a la defensa.
4. Principios de contradicción, igualdad, celeridad, publicidad.

Considerando esta situación y su difícil acomodo con la realidad y las tendencias contemporáneas en la materia, el actual Presidente de la República, N. Sarkozy, incorporó a su programa electoral una oferta de profunda reforma en el ámbito procesal penal. De la primera fase de ejecución de dicho compromiso es fruto el Informe Léger, que constituirá el elemento nuclear de estas páginas.

Con el reinicio de la actividad política tras la pausa electoral, el pasado 1 de septiembre se presentó (con un ligero retraso en relación con el plazo inicialmente concedido, que era antes del primero de julio) al Presidente francés el llamado informe Léger —denominado así por ser el apellido del presidente de la comisión que lo ha elaborado, Philippe Léger antiguo abogado general en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas— las 59 páginas del documento recogen las líneas maestras de la gran reforma procesal penal que el Presidente francés ya anunció en su programa y desea vivamente materializar. Dicha presentación supone de hecho el pistoletazo de salida de la reforma⁴.

El procedimiento subsiguiente y la agenda para impulsar dicha reforma quedan, a partir de ahora, en manos de la, en la actualidad, Ministra de Justicia (Madame le Garde des Sceaux) quien ya ha anunciado una intensa actividad al respecto, lo que permitiría contar, en el mejor de los casos previstos, con un borrador de texto articulado para principios de 2010, de manera que para la primavera de 2010 pudiera ser presentado ante el Parlamento el correspondiente Proyecto de Ley. En este preciso momento se está trabajando en ello en el país vecino, se está preparando

² El contenido de estas páginas ha sido objeto de una conferencia dictada dentro del programa del Congreso Internacional sobre «Nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal y sistema adversarial», dirigido por el Prof. Dr. Juan-Luis Gómez Colomer y celebrado en la UJI de Castellón los pasados 17 y 18 de diciembre de 2009.

³ Vid., RENUCCI, J.F., «Code de Procédure Pénale», 51ª ed., (Édition 2010) Éditions Dalloz, Paris 2009. Puede ser consultada también la traducción del Code de Procédure Pénale, a cargo de Esparza Leibar, I., en: www.legifrance.gouv.fr

⁴ Resulta llamativa la constatación de que de los 19 integrantes de la Comisión, sólo 2 son profesores universitarios de disciplinas jurídicas.

en Francia un borrador de texto articulado con fundamento en las propuestas del Informe Léger.

El contenido en lo relativo al derecho procesal (también se ocupa de cuestiones de derecho penal) del informe Léger —cuya elaboración, como no podía ser menos según una correcta metodología, ha precisado de la consulta por parte de la Comisión a numerosas instituciones, organizaciones y personalidades con directa implicación en la materia (entre las que no figura la universidad)— ha suscitado vivas discusiones, para empezar en su propio seno, entre los 19 miembros que la han integrado. El documento se refiere, entre otras cuestiones de gran relevancia —acortamiento de los plazos de la prisión provisional y fomento de alternativas, una detención más aquilatada, un modelo único de instrucción, etc., en general, podríamos decir que se persigue un refuerzo sistemático de las garantías procesales y de la eficiencia— a una reforma de enorme calado, se pretende introducir en el Código Procesal Penal francés un elemento que de fructificar hará, final y completamente, cambiar el modelo que durante prácticamente dos siglos ha regido en los tribunales del orden penal, y que ha sido exportado a otros países, incluido España, y también a otros continentes, fundamentalmente América, y no meramente de manera anecdótica.

Pero vayamos por partes. Los trabajos de la Comisión se han realizado con la conciencia de la vastedad del campo de reflexión, a lo que hay que añadir lo particularmente delicado de sus contenidos, y de la consiguiente necesidad de centrarse en lo esencial y de formular al respecto propuestas eficaces, innovadoras, coherentes y factibles. «La justicia penal es —se afirma en el informe— el espejo de nuestra sociedad».

Considera la Comisión que la justicia y la libertad dependen menos de la definición del delito que de los procesos seguidos para llevar a un presunto delincuente ante los tribunales, por lo que se centra en el proceso penal, que debe sintetizar y conciliar el interés de la sociedad (represión rápida y segura de las infracciones) con el interés del individuo y el respeto de sus derechos fundamentales. Aspecto que en ningún momento se pierde de vista.

El informe encara sucesivamente las tres grandes fases del proceso penal, el procedimiento preliminar, el juicio oral y la ejecución. Respecto de las dos primeras formula distintas propuestas.

II. El procedimiento preliminar. Propuestas:

Es el principal campo de estudio de la Comisión y objeto a su vez de 6 propuestas que buscan rediseñar el control jurisdiccional en el desarrollo de la investigación, además de reforzar los derechos de los imputados y las víctimas, subrayando que la investigación debe dejarse en manos del MF y ser tanto de cargo como de descargo. Se busca además simplificar el procedimiento.

En los últimos años esta fase procesal ha sido objeto en Francia de más de 20 reformas legales que generan una sensación de inseguridad jurídica en un contexto de confusión, que alimenta denuncias por ineficiencia. Segura-

mente como consecuencia de ello se constata con claridad un desapego y una nítida incompreensión social en relación con el funcionamiento de los tribunales.

1. Transformación del juez de instrucción actual en juez de la investigación y de las libertades, con funciones exclusivamente jurisdiccionales

Considera la opinión mayoritaria en la Comisión que se atribuye al juez de instrucción, de forma ambigua, una doble función, acumula las tareas de un juez con las de un investigador, no siendo plenamente ni una cosa ni la otra. («a la vez Maigret y Salomon» R. Badinter). En su origen fue concebida la figura del instructor como un auxiliar del MF y sólo en 1959 sus prerrogativas jurisdiccionales son incrementadas y su independencia materializada. Todo ello no puede finalmente garantizar su estricta neutralidad, generando además confusión de roles, de manera que según el procedimiento que resulte adecuado para tramitar un asunto, prácticamente las mismas funciones se ejercerán bien por un juez de instrucción, bien por un representante del ministerio fiscal o incluso por la policía judicial, que actúa bajo la autoridad del juez de instrucción o del representante del ministerio fiscal.

Al respecto y a manera de resumen, reza el informe: «En definitiva, la mayoría de los miembros de la comisión estima que el procedimiento de instrucción —que apenas tiene equivalente en Europa— ya no está adaptado a nuestro tiempo y que ni mejora la eficacia de la investigación, ni la protección de los derechos fundamentales de los imputados ni de las víctimas. No obstante, una minoría de miembros expresa, con variantes, opiniones diferentes.»

La cuestión esencial en lo que a la polémica se refiere es la supresión de la figura del juez instructor, de tal manera que en lo sucesivo la instrucción de los sumarios recaería en un representante del ministerio fiscal —la modificación de cuyo estatuto no se propone, de hecho se rechaza, en el informe Léger— supervisada su actuación durante la investigación, especialmente en la medida en que suponga la afectación de derechos fundamentales (interceptación de comunicaciones, registros, intervenciones corporales, etc.), por un juez de las libertades. Lo que literalmente reza la propuesta es «transformar el juez de instrucción en juez de la investigación y las libertades, investido exclusivamente de funciones jurisdiccionales». Lo cierto es que el resultado no será, de producirse de ésta manera, nada inédito en el mundo, es una de las variantes que podríamos encuadrar en el modelo anglosajón, sistema acusatorio, que ya tiene una larga implantación en países europeos que nos son próximos como Alemania o Italia, pero rompe con una tradición largamente asentada.

Esta propuesta generó un notorio debate en los medios de comunicación, inmediatamente se esgrimieron argumentos, yo diría que sobre todo se han visualizado los formulados en contra, siendo el principal de ellos que la nueva situación supondrá, de facto, el desembarco del ejecutivo en el proceso penal, de la mano del ministerio fiscal. Ya que mientras los jueces de instrucción son, precisamente

por ser jueces, independientes (lo que les permite resistir las presiones que eventualmente pudieran producirse) no ocurre lo mismo con el ministerio fiscal que tiene una manifiesta dependencia del ejecutivo, vía ministerio de justicia. Se ha llegado a hablar, en términos metafóricos, por parte del eximio jurista y político R. Badinter, de «un primer acto de una OPA del ejecutivo sobre los asuntos más importantes de la Justicia.»

Una cuestión interesante y digna también de ser tenida en cuenta en este momento, es que en la actualidad, en Francia, sólo un 5% de los asuntos, los delitos más graves o «sensibles», son instruidos por un juez de instrucción, según los datos estadísticos más recientes. Existe por tanto un modelo de transición implementado, pero la cuestión cualitativa, el símbolo, permanece al menos por ahora.

Otra cuestión relevante y característica del ordenamiento francés, es la relación entre magistrados y representantes del ministerio fiscal. Hay que tener en cuenta que en su seno, la magistratura francesa agrupa con naturalidad —de hecho su formación, acceso, capacitación en la École Nationale de la Magistrature (ENM), juramento, etc., son idénticos, incluso se computan todos ellos como magistrados a todos los efectos— a dos categorías de profesionales del derecho, que en nuestro sistema están mucho más alejadas, claramente separadas tras superar la oposición. Por un lado los magistrados propiamente *magistrats du siège*, y por otro los representantes del ministerio fiscal/ *magistrats du parquet*. Los primeros ejercen la función jurisdiccional y, en consecuencia, dictan resoluciones desde una posición de independencia. Son además garantes del correcto desarrollo del proceso. Los segundos (aproximadamente un tercio en cada promoción de la ENM) no resuelven litigios; en lo esencial, gestionan el ejercicio de la acción penal (en régimen de monopolio) y velan por la defensa de los derechos de las personas más vulnerables, se ocupan también de la defensa del interés colectivo. No se hallan en una posición de independencia sino que jerárquicamente dependen, en última instancia, del ministro de justicia. Es destacable que en la práctica y en ambos casos, magistrados y representantes del ministerio fiscal, a lo largo de su carrera profesional cambian, en ambas direcciones y frecuentemente no en una sino en varias ocasiones, de función.

2. Simplificación del procedimiento preliminar, instituyendo un modelo único de investigación

En la actualidad existen dos modelos de investigación, en ambos casos llevada a cabo por los servicios de policía judicial, pero bajo la dirección del ministerio fiscal uno y bajo la dirección del juez de instrucción el segundo. Lo que la Comisión propone al respecto es la supresión de la instrucción judicial, de manera que se produciría una unificación del procedimiento preliminar, otorgando plenamente al MF el papel que, desde su perspectiva naturalmente le corresponde, es decir dirigir la investigación en su condición de autoridad de persecución, en ambos casos en régimen de monopolio.

La opción planteada elimina los inconvenientes derivados del relativamente frecuente cambio en la dirección, para acomodarse al procedimiento adecuado, en los asuntos más complejos (v. gr., plural interlocución de los servicios de investigación, interrupciones en la tramitación, etc.).

Estima la Comisión que el ministerio fiscal es la «autoridad natural» de persecución. De manera que será una resolución de su representante la que determinará el archivo o la continuación de la investigación. En caso de que se produzca una decisión de archivo, las víctimas deberán poder acudir al juez para, eventualmente, oponerse a la misma.

Se desea, como lógico corolario de la propuesta que nos ocupa, que la ley procesal establezca con meridiana claridad, expresamente, que la investigación dirigida por el representante del MF es tanto «de cargo como de descargo», principio que en el CPP vigente sólo se impone al juez de instrucción.

Para completar las reglas del juego, la Comisión entiende (tras considerar la alternativa consistente en la aplicación del principio de legalidad) que debe mantenerse el principio de oportunidad en la persecución. En el mismo sentido y en relación con el estatus de la policía judicial, concluye la comisión que no es conveniente su dependencia exclusiva de la autoridad judicial, ni la creación de un cuerpo único de policía judicial que agrupe a la policía y a la gendarmería (la primera de carácter civil y la segunda de naturaleza militar). Por tanto se mantendría la doble dependencia, judicial (control) y del MF (funcional), quien podrá elegir en cada caso, entre ambos cuerpos, su servicio de investigación.

Finalmente, con respecto a la cuestión de modificar el estatus de los miembros del MF, la Comisión concluye, de manera unánime, que es conveniente y necesario el mantenimiento del vínculo entre el ministerio fiscal y el poder ejecutivo, es decir, la situación actual.

El verdadero contrapeso en el proceso ante la nueva situación del MF, vendrá de un nuevo equilibrio basado en:

- La instauración de un juez dotado de amplias prerrogativas de control del MF.
- El significativo refuerzo de los derechos del imputado.
- El aumento de los derechos de la víctima.
- La supresión del secreto de la investigación.

3. Instauración de un juez de la investigación y de las libertades con relevantes poderes

No es concebible, en opinión de la Comisión, un incremento en las competencias del MF como el descrito, sin la correlativa instauración de un juez dotado de prerrogativas que le permitan controlar o supervisar las medidas limitadoras de derechos y libertades que se adopten en el curso de la investigación, asegurando así el respeto a la integridad de los derechos de las partes, durante el procedimiento preliminar.

De tal suerte que las medidas más intrusivas, interceptación de las comunicaciones, registros fuera de situaciones

de flagrancia y sin acuerdo del interesado, etc., sólo podrán ser acordadas por un juez, como en la actualidad. Por ello, el MF deberá dirigirse al juez de la investigación y de las libertades, cuando necesite realizar dichos actos de investigación. Igualmente requerirá de la intervención judicial, la adopción de medidas cautelares personales como la detención o la prisión provisional.

Corresponderá al juez de la investigación y de las libertades, realizar un juicio de necesidad y proporcionalidad, desde la perspectiva de la licitud de la limitación de las libertades individuales, en relación con las medidas que eventualmente se adopten en esta fase procesal.

Las partes podrán dirigir peticiones al juez cuando el MF rechace su toma en consideración, y éste podrá imponer al MF su cumplimiento. En tales casos, la publicidad y la contradicción del debate ante el juez de la investigación y de las libertades, se constituye como una garantía suplementaria, en relación con cuestiones especialmente sensibles. De esta manera actuará como garante de la lealtad (limpieza) de la investigación. Sus resoluciones serán además apelables.

4. Garantizar y reforzar a todo lo largo de la investigación los derechos del imputado y de la víctima

Manifiesta la Comisión que la supresión de la instrucción no debe en ningún caso entrañar una minoración de los derechos del imputado o de la víctima durante el procedimiento preliminar; es más entiende ésta que un proceso penal moderno y equilibrado justifica un respeto acrecentado del fundamental principio de contradicción, por lo que se propone un proceso en el que las partes puedan beneficiarse con mayor amplitud de los derechos derivados de dicho principio.

En relación con el imputado, la Comisión plantea que el procedimiento preliminar se rija por un modelo de investigación único, sin que ello suponga que los derechos del mismo vayan a ser garantizados en la misma medida en todos los procesos, al contrario, se modularán según las situaciones. Es preciso hallar un equilibrio entre el principio de contradicción, la eficacia de la investigación y el tratamiento en un plazo razonable, breve (verdadero empeño de los últimos años). Para ello se proponen dos regímenes distintos:

- a) Simple, aplicable a toda persona incurso en un procedimiento preliminar consecuencia de una infracción menos grave.
- b) Reforzado, en el que el imputado dispondrá de forma integral de los derechos derivados de la contradicción. El acceso al régimen reforzado puede solicitarse por el propio imputado, lo que deberá otorgarse, v. gr., en caso de serios indicios de participación, también podrá el MF asignarle de oficio el beneficio del régimen reforzado.

En suma, la Comisión desea, en relación con esta cuestión, que sean conciliadas en el futuro CPP, la flexibilidad de un procedimiento poco caracterizado por el formalismo con una amplia protección de los derechos del imputado.

Propone igualmente la Comisión que cualquier persona a la que se haya tomado declaración como imputada, en el régimen simplificado, sea informada de que puede solicitar el beneficio del régimen reforzado, en el caso de que la investigación deba continuar.

En relación con la víctima, entiende la Comisión que sus derechos deben ser igual e integralmente protegidos. Al respecto es cardinal la posibilidad para toda víctima de desencadenar una investigación —y la correlativa de acudir a la jurisdicción si la investigación no se inicia por la fiscalía, pudiendo el Juez ordenar al representante del MF que investigue— que será dirigida, eso sí, por el MF, con derecho a impugnar la resolución del mismo cuando ésta sea, tras la investigación, de archivo.

La víctima podrá constituirse como «parte» en la investigación y beneficiarse de los mismos derechos derivados de la plena contradicción y del derecho a la defensa.

En suma, los derechos de las partes se verán así reforzados dado que podrán interponer sus pretensiones con facilidad ante un Juez ajeno a la dirección de la investigación, cuyas resoluciones podrán imponerse al MF y, a su vez, ser objeto de apelación ante un tribunal colegiado.

5. Reforzamiento del respeto de los derechos y libertades individuales en la fase preparatoria del proceso penal. En particular las medidas cautelares personales

a) La detención es la típica medida en la que se dan cita, ilustrándola, las tensiones que caracterizan al proceso penal en la medida en que debe conciliar las libertades individuales con la eficacia de las investigaciones penales.

Legalizada en 1958, a pesar de las garantías que rodean su adopción, no permite un despliegue integral del derecho a la defensa. Por otra parte es constatable un incremento en su uso.

La Comisión considera que es necesaria una reforma de la detención, siguiendo tres directrices principales:

- 5.a.1. El incremento de los derechos del detenido.
- 5.a.2. La restricción en el uso de la medida.
- 5.a.3. La creación de una medida cautelar de menor duración.

5.a.1. Como pauta se adopta la posición del abogado del detenido en el curso de la misma y la eventualidad de su acceso al expediente (obligatorio, facultativo, permanente, ocasional) en Derecho Comparado

Se considera necesario reforzar la presencia del abogado durante la detención, de tal forma que le permita desarrollar realmente su función de defensor. Ello significa —aunque no es opinión mayoritaria en el seno de la Comisión— su presencia desde el primer momento y de forma integral durante las declaraciones del detenido. La mayoría se opone con el argumento de que perjudicaría la eficacia de la investigación, ya que las primeras investigaciones son, a menudo, determinantes.

Las reglas para fortalecer la posición del abogado durante la detención, preservando la eficacia de la investigación, serían:

- a) Garantizar la intervención del abogado desde la adopción para una breve entrevista (1/2 hora aproximadamente).
- b) Posibilidad de una nueva entrevista transcurridas 12 h., habiendo podido el abogado acceder a las actas de las declaraciones realizadas.
- c) Posibilidad de presencia del abogado en las tomas de declaración, si se prolonga la detención o transcurrida la vigésimo cuarta hora.

Estas reglas se limitarían para casos de grave criminalidad, para los que se mantendrían las regulaciones específicas existentes, evitando así que la justicia quede en una peligrosa situación de impotencia. No obstante, la mayoría considera que sería deseable que la intervención del abogado en estos casos pueda adelantarse de las 72 actuales a las 48 horas.

Finalmente, los miembros de la Comisión valoran positivamente la grabación obligatoria de toda la secuencia de actuaciones consecuencia de la detención.

5.a.2. *La restricción en el empleo de la medida cautelar*

En los últimos años, el número de detenciones acordadas por los servicios policiales, regulada con liberalidad por el vigente CPP, se ha incrementado. Esto es un hecho estadísticamente constatable. La Comisión considera que se impone una reflexión al respecto.

Debe ser expresamente recordado que la detención es una medida cautelar, por lo que nadie debe ser detenido si la coacción no es absolutamente imprescindible, en caso contrario debe prevalecer la libertad. Por ello y para el caso de que se regulara en un nuevo CPP, la Comisión propone que sería oportuno precisar que la adopción de dicha medida será sólo posible en relación con infracciones para las que se prevea una pena privativa de libertad. Además se impone una restricción adicional, ya que la detención de 24 horas, prolongable hasta 48 horas, puede ser una medida cautelar potencialmente desproporcionada para procesos iniciados en relación con determinados delitos levemente penados. Por ello la Comisión propone la prohibición de adoptar la detención de una persona sospechosa de haber cometido un delito por el que puede ser sancionado con una pena de prisión inferior a un año.

No obstante y para garantizar la eficacia de la actividad policial en relación con dichas infracciones, la Comisión desea completar la propuesta de restringir el uso de la detención, con la de crear una nueva medida cautelar personal, de menor duración que la detención.

5.a.3. *La retención judicial*

El análisis del Derecho Comparado en este punto ha dado como resultado que los miembros de la Comisión se hayan fijado en el derecho holandés, en el que una persona

puede ser retenida durante 6 horas, antes del eventual inicio de la detención.

Tomando dicho modelo, la Comisión propone que cualquier persona sospechosa de haber cometido una infracción que comporte una pena privativa de libertad inferior a 5 años como máximo —se excluye por lo tanto para las infracciones más graves— pueda ser, si la coacción es imprescindible, puesta en situación de retención judicial, con una duración máxima de 6 horas. Desde el inicio podrá entrevistarse con su abogado. Sólo excepcionalmente podrá ser adoptada por el oficial de policía judicial. Podrá, en función de las circunstancias, transformarse en detención, con las garantías ya mencionadas, grabación y plenitud de derechos. Finalmente, las horas transcurridas en situación de retención se descontarían del plazo de detención.

b) La prisión provisional, esta medida permite privar de libertad a una persona que es presumida inocente, por lo que es frecuente fuente de debate. Se desea subrayar la excepcionalidad de esta medida. La Comisión desea fomentar la ruptura con la práctica actual, y fomentar la cultura de la libertad, como regla, durante el procedimiento preliminar. Ello es posible en la actualidad debido a la existencia de la vigilancia electrónica —fija o móvil— que permite el control de una persona sin necesidad de adoptar frente a ella la medida de la prisión provisional.

En consecuencia, la Comisión propone la modificación de los criterios, los plazos, las condiciones y el régimen penitenciario de la persona provisionalmente privada de libertad.

En síntesis, la Comisión entiende que la verdadera reforma de la prisión provisional pasa por una importante simplificación de la regulación relativa a su duración, que hoy en día es excesivamente compleja y casuística. De la misma manera se deben reducir los plazos de la prisión provisional. Al respecto se entiende por parte de la Comisión que los plazos límite extremadamente reducidos, son la mejor garantía de cambio cultural en relación con la práctica de la prisión provisional. El mínimo actual es de 10 meses y el máximo (siempre en relación con la gravedad de las infracciones y de las correspondientes penas) podría llegar a los 6 años y 8 meses, para los supuestos de mayor gravedad.

La Comisión propone unos plazos máximos de entre 6 meses para los casos de mayor levedad, y hasta 3 años para los supuestos de terrorismo o criminalidad organizada. Si transcurrido dicho periodo el imputado no ha comparecido ante el tribunal enjuiciador, deberá ser puesto en libertad. Podrá ser, no obstante, objeto de control judicial, eventualmente combinado con medidas de vigilancia electrónica.

Habida cuenta de la notable reducción de los plazos y de la inexistencia de posibilidad de prolongación de los mismos, una parte de la Comisión desea la implementación de un mecanismo que impida las peticiones mero dilatorias realizadas por el imputado cuyo único fin sea la puesta en libertad del mismo previa a su enjuiciamiento. No obstante

otra parte de la Comisión, que se muestra dividida en este punto, entiende que un mecanismo así menoscabaría el derecho a la defensa.

La Comisión propone además algunas garantías adicionales en cuanto a la constitución y mantenimiento de la prisión provisional:

La cuestión relativa a la autoridad competente para adoptar esta medida cautelar en relación con una persona es crucial. La Comisión desea preservar cierta flexibilidad en el procedimiento, en consecuencia y en relación con la adopción, propone que sea —facultativamente, si el imputado o el propio juez así lo solicitan— una autoridad judicial colegiada, de la que forme parte el juez de la investigación y de las libertades, quien lo haga. En el caso de que no se solicitara la intervención de dicha autoridad colegiada, sería el juez de la investigación y de las libertades el competente para adoptar la medida.

A la vista de lo ya dicho no será necesario prever una resolución de renovación de la medida cautelar. Lo que sí debe preverse es que tanto el imputado como el MF puedan en cualquier momento solicitar la puesta en libertad. Con previsión de impugnación por medio de apelación en caso de resolución desfavorable. Como consecuencia de la petición de una parte, el juez podrá de oficio poner en libertad a cualquier otra persona en situación de prisión provisional en el mismo proceso.

En cualquier caso, la víctima será informada de cualquier decisión de puesta en situación de prisión provisional, o en libertad, que se haya adoptado en un proceso en el que sea parte.

Las condiciones de ejecución de la resolución de prisión provisional (hasta ahora competencia en gran medida del juez de instrucción) quedarán, con la reforma propuesta, como prerrogativa del MF, con posibilidad integral (hoy hay excepciones) de recurso ante el juez de la investigación y de las libertades.

c) La orden de entrega, permite en ocasiones la detención de la persona objeto de la misma durante un máximo de 24 horas, lo que supone una afectación de las libertades individuales. En consonancia con lo visto en relación con las medidas cautelares personales, y con el fin de respetar el principio de proporcionalidad, la Comisión propone que sólo pueda dictarse esta orden cuando los hechos investigados y reprochados al imputado lleven aparejada una pena de prisión.

6. Supresión del secreto de la investigación y mantenimiento del secreto profesional

El CPP vigente prevé en su artículo 11 el secreto de la investigación y de la instrucción y precisa además que cualquier persona que intervenga en el procedimiento está obligada a guardar el secreto profesional, incurriendo en responsabilidad penal en caso de violación.

Inicialmente concebido como una protección del imputado y de su presunción de inocencia, el secreto del sumario es percibido en la actualidad como un obstáculo a

la libertad de información, derecho que ha sido especial objeto de atención y refuerzo por parte del TEDH.

Dicho secreto es frecuentemente considerado ficticio o inexistente, habida cuenta de las numerosas filtraciones que, con regularidad, se producen llegando a los medios de comunicación en proporcional medida a la gravedad y sensibilidad del asunto. Y todo ello sin que los autores de las mismas sean identificados, ni mucho menos perseguidos y, en su caso, sancionados.

Sin embargo, la Comisión no puede pasar por alto la contradicción original en la que incurre el secreto del sumario. Al proclamar el principio del secreto, el legislador ha exonerado de él a las personas que no intervienen directamente en el proceso, el imputado, la víctima, y también los medios de comunicación.

Desde otra perspectiva y desde hace ya algunos años, el legislador ha organizado las llamadas ventanas de publicidad *fenêtres de publicité*, cuyo objeto es proporcionar información fiable al público. El MF puede también, de oficio o a petición del instructor o de las partes, hacer públicos elementos objetivos extraídos del proceso.

Con la finalidad de clarificar la situación, la Comisión propone por mayoría, suprimir el secreto de la investigación, pero manteniendo el secreto profesional, y las correspondientes sanciones vinculadas a su vulneración, en relación con las personas que directamente concurren en el proceso.

III. El Juicio oral. Propuestas:

Pese a su primordial importancia, o quizá precisamente por ello, la fase de enjuiciamiento —que es la que determina el desenlace del proceso penal, y la que es además más visible y solemne— ha sido relativamente poco modificada a lo largo de los últimos años, en los que las reformas se han concentrado en el procedimiento preliminar. La Comisión elabora al respecto algunas propuestas, basándose en la constatación de que los principios fundamentales en torno a los que se construye esta fase procesal están sólidamente anclados, desde hace tiempo, en el ordenamiento y correlativamente plasmados en el proceso penal. Se refieren en particular al principio de contradicción, el respeto a los derechos de la defensa, la publicidad, la oralidad de los debates y la indisponibilidad del proceso penal.

Se planteó entre los debates de la Comisión, el de modificar las reglas de valoración de la prueba penal, llegando a la supresión de la noción «íntima convicción» profundizando más en la protocolización del proceso de decisión del juez. Finalmente se rechaza, por mayoría, dicho planteamiento conservando la libertad como criterio de valoración de la prueba y la íntima convicción como materialización del mismo. No obstante, la Comisión propone que se formalice explícitamente en el futuro CPP, el principio *in dubio pro reo* para todo el orden jurisdiccional penal.

Para mejorar la fase de juicio oral, la Comisión propone la intervención en los siguientes ejes:



- a) Afirmar el rol del juez mediante el fortalecimiento de la imparcialidad por medio del fomento de la neutralidad.
- b) Acercar la justicia a los ciudadanos. Ampliación de la competencia del tribunal del jurado (modelo escabinado).
- c) Reforzar la contradicción y los derechos de las partes, en especial de la víctima.

1. El presidente del tribunal como árbitro del debate judicial

En la misma línea seguida en relación con la instrucción, se propone la modificación del rol del presidente de la sala de justicia, además de reforzar la contradicción en esta fase.

El CPP es muy preciso en cuanto que numerosos preceptos (más de cien) se ocupan de la dirección de los debates ante los tribunales. Corresponde al presidente con carácter general, la policía de estrados y la dirección de los debates. Además es competencia suya el interrogatorio del acusado y de los testigos. Habida cuenta del carácter inquisitorial del proceso, el juez participa activamente en la búsqueda de la verdad, especialmente en la fase de instrucción, pero también durante el juicio oral, donde el presidente actúa como juez y, en cierta medida, como investigador.

La mayoría de los miembros de la Comisión considera perjudicial esta acumulación de funciones, tanto durante el procedimiento preliminar como en el juicio oral, ya que impide, o al menos dificulta, al presidente mantener su imparcialidad, lo que puede llevar a la defensa a cuestionar su actuación, perjudicando también el desarrollo del juicio oral. También el principio de contradicción puede verse afectado por dicha concepción en el sentido del art. 6 CEDH, derecho a un proceso penal contradictorio y a un tribunal imparcial, tanto objetiva como subjetivamente.

Por ello, la Comisión cree necesario reforzar la neutralidad del presidente, en la línea del modelo anglo-americano, en el que el presidente no participa en la elaboración de la prueba sino que actúa como un árbitro que debe garantizar la regularidad y lealtad para con la actividad procesal. La Comisión propone en consecuencia que el presidente actúe, prescindiendo de la dirección de los debates, como un árbitro que debe velar únicamente por el correcto desarrollo de la audiencia. Adquiriendo el MF el rol de la dirección de los debates, en consecuencia con las modificaciones propuestas en sede del procedimiento preliminar. El sistema debe asegurar la neutralidad del presidente, garantizando a la vez que éste quede plenamente ilustrado antes de dictar una resolución.

Una reforma en parecidos términos se produjo en 1993, sin que su aplicación pudiera calificarse de exitosa, por lo que fue derogada. Pese a ello y en el contexto de una reforma integral, la Comisión insiste en su necesidad, por lo que su aplicación deberá, antes de la efectiva entrada en vigor, acompañarse de una acción formativa específica.

2. Desarrollo del jurado escabinado

Con diferentes composiciones, desde 1791 existe en Francia el jurado escabinado en materia penal, para el enjuiciamiento de los delitos más graves, conformando así un modelo de tribunal mixto. Desde 1945 también los menores son juzgados por órganos jurisdiccionales de composición mixta. En 2005 se extendió el modelo escabinado a la jurisdicción correccional, con una composición de 2 magistrados profesionales y un juez de proximidad. En este caso y a diferencia de las regulaciones sectoriales anteriores, prevalecen en su composición los magistrados profesionales.

La mayoría de los miembros de la Comisión son partidarios del jurado escabinado por considerar que es un sistema que aproxima a los ciudadanos a su justicia, y a los magistrados profesionales los lleva a estrechar el contacto con la sociedad civil, a través de los ciudadanos. Se desea desarrollar el modelo existente de jurado, a la vista de su escasa utilización. El Consejo Constitucional francés resolvió en enero de 2005, que «la proporción de jueces no profesionales debe permanecer minoritaria», por razones de independencia y de capacidad. La Comisión aparece dividida en este punto, ya que algunos de sus miembros plantean un escabinado con prevalencia de jueces no profesionales para la jurisdicción correccional, tal y como ocurre con la jurisdicción criminal o la de menores, donde los jueces no profesionales son mayoría, sin que ello haya planteado problemas.

Finalmente, la Comisión se pronuncia contra la introducción de tribunales mixtos en segunda instancia.

3. Reforzamiento de los derechos de las partes civiles en la fase de enjuiciamiento

La víctima tiene un estatus real en el proceso penal, a todo lo largo de su desarrollo. Durante el juicio oral la víctima puede constituirse como parte civil, asistida por un abogado, pudiendo intervenir en tal calidad de forma integral. Por el contrario, le está vedado recurrir las disposiciones de las resoluciones que se refieran a aspectos penales, cuestión criticada por diversas asociaciones de víctimas, que lo califican de vulneración del principio de igualdad de armas.

La Comisión se plantea la ampliación del derecho a apelar de la parte civil en relación con las disposiciones penales de una resolución. No obstante, se estima que ello constituiría un profundo cambio que vendría a alterar el equilibrio existente en el proceso, planteando graves problemas prácticos. Por ello, la mayoría de los integrantes de la Comisión rechaza dicha posibilidad, constatando (al comparar la situación francesa con la de otros sistemas europeos) que la legislación francesa ya garantiza un estatus relevante a la víctima, solamente superado por el sistema español en el que el estatus de la víctima es aún más completo ya que se puede constituir también como parte penal.

La justicia penal francesa se fundó inicialmente en un sistema acusatorio en el que el derecho de acción pertenece

cía al lesionado por el hecho delictivo. La evolución histórica ha llevado a un sistema inquisitivo basado en el ejercicio de la acción penal exclusivamente por parte del MF a quien corresponde la defensa del interés general (art. 1 CPP). En dicho sistema, a la víctima le queda, como parte en el proceso penal, el ejercicio de la acción civil y un rol, que sólo cabe calificar de secundario o residual, en relación con la acción pública.

No obstante, la Comisión formula algunas propuestas, que podríamos calificar de menores, tendentes a incrementar los derechos de la víctima tras la fase de juicio oral. V. gr., la obligación de informar a la parte civil de la fecha de la vista del recurso de apelación, aunque el contenido civil de la resolución recurrida no haya sido objeto de impugnación.

4. Armonización de plazos en el curso del procedimiento.

Existen en el CPP una multitud de plazos distintos tanto en su duración como en su cómputo, lo que hasta cierto punto tiene justificación, dado que se refieren a situaciones diferentes. No obstante la multiplicidad no es en ocasiones más que la consecuencia de una evolución, quizá incluso sea sólo el resultado de la sedimentación legislativa, no siendo por tanto necesaria. Los ejemplos son muy numerosos en el CPP.

En un contexto de reforma global del CPP, la búsqueda de una armonización del conjunto de plazos procedimentales es percibida como una oportunidad de cara a reforzar la seguridad jurídica y la eficiencia. En un intento de simplificación, se piensa en un plazo único estándar de 10 días para la mayoría de las actuaciones, con excepciones justificadas.

Igualmente, los miembros de la Comisión lamentan la pluralidad de reglas de cómputo de plazos, algunos en días, otros en días hábiles, o en días *francs*. Por ello, consideran que debería aplicarse una regla única para el cómputo de plazos procedimentales, así como para la fijación indubitada del *dies a quo*.

IV. La ejecución

La Comisión decide no formular propuestas en relación con la fase de ejecución de las penas, debido a las recientes modificaciones legislativas producidas al respecto, en 2005, 2007 y 2008, principalmente relativas a la reincidencia; además de a otras reformas en curso.

La Comisión subraya, en consecuencia y en relación con la ejecución, la necesidad de que sea realizado un balance de la aplicación de dichas leyes en un plazo de en torno a dos años, de manera que puedan ser detectadas con nitidez situaciones o aspectos susceptibles de mejora.