

La imperiosa necesidad de reformar integralmente el proceso penal español

*Juan Luis Gómez Colomer**

Resumen: Es absolutamente necesario reformar integralmente nuestro sistema de enjuiciamiento criminal, para lo que España necesita una Ley de Enjuiciamiento Criminal totalmente nueva. En este artículo se abordan qué reformas orgánicas y qué reformas procesales serían necesarias para acomodar nuestro proceso penal a la realidad práctica que las complejas circunstancias actuales exigen.

Palabras claves: España, Proceso Penal, Código Procesal Penal, reformas de la organización judicial, reformas de instituciones del proceso penal.

Abstract: A comprehensive reform of our criminal prosecution system is absolutely necessary, which is why Spain needs a completely new Criminal Procedure Act. In this article, we will discuss what organic reforms and procedural reforms would be necessary to adapt our criminal procedure to the practical reality that current complex circumstances demand.

Keywords: Spain, Criminal Procedure, Criminal Procedure Act, reforms to judicial organization, institutional reforms to criminal prosecution.

Introducción

Colombia hace tiempo inició una profunda reforma de su proceso penal. Un acto, la reforma, que se considera permanente, pero que requiere de un gran paso inicial, la aprobación de un código procesal penal totalmente nuevo. El Código de Procedimiento Penal de 2004 (Ley 906) hizo ese necesario movimiento. Con todas sus virtudes y sus defectos (para una

* Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Jaime I de Castellón (España). Correo de contacto: colomer@dpu.uji.es

crítica constructiva, Gómez, 2015b, pp. 371-407), cambió el sistema de enjuiciamiento criminal hasta entonces vigente en ese amado país. La meta para un triunfo total está todavía muy lejana, pero se va encaminando aunque lentamente y no siempre en línea recta, hacia ella. España, en cambio, todavía está en la senda que se trazó la entonces nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal en 1882, que también cambió el sistema, solo que ahora ya no sirve, está obsoleto. Muchas reformas se han dado, pero seguimos sin dar ese paso necesario inicial para hablar realmente de cambio, porque todavía no tenemos el justamente reclamado nuevo código procesal penal.

Ha habido, por supuesto, intentos serios de superar la situación, sobre todo en 2011 y 2013. En el momento de cerrar estas líneas (cuatro de noviembre de 2020) está anunciada la conclusión de la redacción de un borrador de Anteproyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, redactado por un grupo *ad hoc* nombrado por el Ministerio de Justicia de España. Sin embargo, nadie tiene el texto, salvo un círculo de personas muy cercanas al Ministerio, intuyo. Yo no lo conozco ni lo he podido conseguir. Solo se han hecho públicas las líneas generales, una información muy parca a mi juicio. De esta manera, las opiniones que a continuación expongo deben considerarse fruto de la reflexión sobre la situación actual de nuestro proceso penal, totalmente desvinculadas de los que podrían ser contenidos concretos de la reforma que ahora se propone (véase, Gómez, 2020c, *passim*; y, mucho más ampliamente, Gómez, 2020d, pp. 333-475).

Expongo a continuación qué razones explican nuestro retraso y qué debería hacerse para superarlo definitivamente, es decir, qué contenidos debería abordar una nueva ley de enjuiciamiento criminal española, para ser realmente el motor de la nueva modernidad procesal penal en mi país.

La permanente crisis de la justicia penal

El proceso penal vigente en España en 2020 es, en esencia y considerando la estructura básica de su proceso principal y modélico para los demás, el previsto

para enjuiciar en única instancia delitos castigados principalmente con pena de prisión superior a 9 años. Se regula básicamente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM) de 1882, hija querida del *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, fundada directamente en los principios transformadores de la Ilustración aceptados por la Revolución Francesa de 1789, que evoluciona desde el proceso inquisitivo a un proceso acusatorio mixto, o reformado como se le conoce en Alemania, en el que los derechos esenciales del ser humano acusado de haber cometido un crimen, especialmente su vida, su integridad, su libertad y su dignidad, deben ser respetados por las autoridades públicas de persecución hasta la firmeza de la condena.

Es evidente que desde 1882 se han producido numerosas reformas para adaptar el proceso en la práctica a la realidad, al progreso conceptual y al transcurso del tiempo, sobre todo tras la Constitución democrática de 1978 (CE). Ha habido numerosas transformaciones garantistas desde entonces, muchas de ellas acertadas, pero se sigue echando en falta un aprovechamiento total de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los preceptos de la Constitución plenamente aplicables en el proceso penal, a la par que una interiorización de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que nos une jurídicamente a la Europa tradicionalmente democrática. Tengo la impresión de que, en vez de luchar por conseguir de una vez, en el plano dogmático y en el práctico, un proceso penal realmente constitucionalizado, vamos más hacia lo pragmático, a apagar fuegos concretos que necesitan ayuda urgente.

Ello nos está llevando hacia un alejamiento insoportable entre el Derecho Procesal Penal y el Derecho Penal español, que en 1995 logró concretar su apuesta por un sistema dogmático del delito y de la pena, aplicando una política criminal razonable, mediante un Código Penal (CP) moderno y válido para la época, aunque hoy ya no sea reconocible después de tantas y tan profundas reformas, que se encontró con un proceso penal, en el que necesariamente tenía que aplicarse, muy lejano a su concepción ideológica y por tanto no preparado para afrontar los nuevos tiempos. A ese alejamiento no es ajeno tampoco el hecho de que la base natural de aplicación de las

leyes procesales, la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), sea de 1985, aunque profundamente reformada en varias ocasiones, pero, en cualquier caso, muchísimo más moderna que nuestra LECRIM.

Tenemos pues, como mínimo hoy ante nosotros un proceso penal anticuado, estructural y realmente, ineficaz, ineficiente, largo, tedioso y caro. No hace falta probar exhaustivamente estas afirmaciones. Los teóricos y prácticos del proceso, así como también y curiosamente las autoridades políticas que pueden cambiar la situación, hace años que lo afirman en mi país (baste consultar las certeras palabras de Montero, 2008, pp. 19-24). Tampoco hay que justificar las causas, pues esos mismos profesionales y esas mismas autoridades así lo entienden, con poca discusión al respecto: Pocas inversiones en Justicia y escaseces presupuestarias evidentes, falta de jueces, de fiscales y de personal de apoyo, falta de voluntad política en la reforma de nuestro proceso penal, incapacidad parlamentaria para llegar a acuerdos en este tema, que es de Estado sin duda alguna, vacilaciones sobre el modelo a seguir, discusiones partidistas inasumibles, etc. (para una mayor profundización, Gómez, 2016, pp. 1449 y ss.).

En definitiva, y como observación introductoria clara, nuestro proceso penal está en crisis, que ni es ligera, ni débil, ni fácil de resolver. No solo el proceso penal español, por cierto, pues corren malos tiempos para el enjuiciamiento criminal en todos los países democráticos, sobre todo frente a los horrores que estamos viendo, con una criminalidad organizada desaforada y una corrupción insostenible. Por ello, en España existe una clara y positiva voluntad de reformar integralmente el proceso penal, muy ambiciosa, desde hace años, incluso desde antes de la Constitución, aunque solo tras ella adquiere pleno sentido. Pero en ninguna legislatura se ha logrado hasta ahora. Ciertamente, en los últimos tiempos, antes del último de 2020 citado al principio, ha habido dos intentos importantes, pero no sabemos qué habría pasado si se hubieran aprobado, es decir, no sabemos si hubiese respondido bien a la cuestión central de si realmente ello habría servido para poner a nuestra Justicia Penal a la altura de lo que los españoles exigimos.

El Gobierno socialista español aprobó en Consejo de Ministros el día 22 de julio de 2011 el proyecto de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal basada en el sistema acusatorio (adversarial). Un acto por cierto puramente testimonial porque el texto de referencia ni siquiera pudo superar el trámite parlamentario inicial al haberse disuelto las Cámaras el día 27 de septiembre de 2011, por adelanto de las elecciones al día 20 de noviembre de 2011. Se publicó en forma de libro (Ministerio de Justicia, 2011, pp. 19 y ss.). Por su parte, como la necesidad de organizar un nuevo sistema de enjuiciamiento criminal y, por tanto, de aprobar una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal seguía entonces y sigue siendo ahora también insoslayable e imperiosa, el Gobierno del Partido Popular redactó también su Propuesta de Texto Articulado de un nuevo Código Procesal Penal, de febrero de 2013, en la que se recogió un proyecto orientado igualmente hacia el sistema adversarial, modernizando su regulación (Ministerio de Justicia, 2013). Pero tampoco pudo ser aprobado al ganar el Partido Socialista la moción de censura el día 1 de junio de 2018. Ahora lo que se pretende, al parecer, es recuperar el Anteproyecto de 2011, modernizarlo, y presentarlo como anteproyecto en las Cortes cuanto antes.

La situación no es ni fácil ni favorable, y no me refiero para lograr una reforma excelente ni a la pandemia del COVID-19, pues todo eso pasará, tampoco pienso ni en España, ni en su gobierno, ni en su doctrina jurisprudencial y científica, sino más bien en el contexto internacional y sus circunstancias actuales, porque estamos en un momento ambiguo. Las confusiones se producen a mi juicio por las siguientes razones:

1.º) Se consideran hoy fines del proceso penal a aspectos que no son verdaderos fines: Tradicionalmente se ha dicho que los fines del proceso penal son hallar la verdad material y castigar al culpable. Modernamente, se añaden los fines de respetar en el enjuiciamiento los derechos fundamentales del acusado y proteger y reparar a las víctimas; el fin que hoy aparece como el más importante es el de respetar en su desarrollo la validez constitucional del procedimiento (*Due Process of Law*, proceso justo, proceso equitativo o proceso con todas las garantías, con relevancia constitucional, art. 6 CEDH y art. 24.2 CE). Hasta tal punto es ello cierto que, según esa óptica de análisis, el proceso

ha cumplido su fin (debido) si se condena a un inocente, pero se han respetado todos sus derechos constitucionales aplicables en el proceso penal.

No se habla mucho, sin embargo, lo que es de lamentar, del que debería ser el principal fin del proceso penal propio de una democracia, que es el hoy vigente en España: Absolver al inocente. La declaración de inocencia como fin prioritario del proceso penal debe estar fuera de toda duda, y el proceso debe articularse para que la prueba de la inocencia sea siempre posible. No es lo mismo ser inocente que ser tratado como inocente. No me estoy refiriendo a la presunción de inocencia, por tanto.

2.º) Se contemplan principios del proceso penal ineludibles que se acaban esquivando, de manera tal que postulados sagrados del Derecho Procesal Penal están hoy absolutamente desacralizados. La clave son los principios porque conforman el esqueleto del sistema. Sin ellos no podemos construir el cuerpo ni pretender que tenga vida, ni mucho menos que camine. Pienso en el proceso equitativo (debido), el principio de igualdad, el principio de imparcialidad del juzgador, el principio de contradicción (englobando a los derechos de confrontación y de defensa), o el principio de oralidad (comprendiendo los principios de inmediación y publicidad), y observo debilidades muy relevantes. Está en peligro no el sistema, sino el mismo proceso penal democrático. En este sentido, destaco:

a) La inutilidad del principio de legalidad cuando se aplica la garantía jurisdiccional: El principio de oportunidad tiene un enorme desarrollo, atendidas sus tres variantes, a las que me referiré desde otro punto de vista *infra*, cada una de ellas con entidad propia, a saber: Alternativas a la persecución penal, la justicia negociada (*Plea Bargain*) y la justicia restaurativa, destacando aquí una institución prohibida hasta ahora en el proceso penal sin paliativos, de repente bendecida por todos, la mediación penal; y ya legal en España (art. 15 del Estatuto de la Víctima del Delito, Ley 4/2015, de 27 de abril), aunque todavía no desarrollada legalmente (sobre sus bases dogmáticas, ancladas en la Justicia Restaurativa, v. Barona, 2011, pp. 117 y ss.). Lo que importa hoy no es tanto hallar la verdad, cuanto la declaración de culpabilidad; con eso el Estado se conforma, se ahorra un dineral y satisface a todo el mundo, menos

a quien se ve forzado a ello siendo inocente, claro. El 5% de los delitos acaba en juicio oral en Estados Unidos, luego eso quiere decir que en el 95% el principio de oportunidad ha triunfado (Gómez, 2013, pp. 204-206).

b) La quiebra del principio de necesidad (oficialidad) cuando la economía exige soluciones más expeditivas. Para ello se dota a los órganos principales de investigación del crimen, la Policía y el Ministerio Fiscal de la suficiente discrecionalidad, de manera tal que en sus manos se deja, y no en las de la ley, que se incoe la causa. Si la investigación no vale la pena o cuesta mucho más dinero del tolerable, el delito no se investiga. Esto es ya evidente en los llamados delitos bagatela.

c) La quiebra en numerosos países democráticos del principio de reparación de la víctima, porque al negarle ser parte, no puede defender adecuadamente sus derechos. El sistema adversarial juega a esta exclusión de la víctima. No parece que debamos tomarlo como modelo, como consideraré *infra*, porque en España, dejando ahora de lado los avances del citado Estatuto de la Víctima del Delito de 2015, la participación de ella en el proceso penal como parte plena está garantizada por la Constitución y, por tanto, ese problema no lo tendríamos, pero debemos permanecer atentos, pues hay intentos de excluirla en determinados casos, v.gr., cuando intervenga el Fiscal Europeo.

d) Los continuos ataques al derecho de defensa en la lucha contra la criminalidad organizada, se ven como un «castigo» social obligado por los horribles crímenes cometidos por estos grupos. Así, es constitucional en España que a sus miembros presos incomunicados se les imponga un abogado de oficio (art. 527, a) LECRIM); hace mucho que denuncié este tema, sin éxito alguno como es natural (Gómez, 1988, pp. 123 y ss.; con base en la S TC 196/1987, de 11 de diciembre). Pero si estuviéramos en los Estados Unidos de América, la patria insistimos del moderno sistema adversarial, esto no sería posible por inconstitucional.

e) La pérdida de valor del acto más sagrado del proceso, el juicio oral, porque se quiere evitar a toda costa llegar a él (el fin del proceso penal es el «no juicio»).

f) Por último, quiero destacar en el marco de los principios del proceso penal la quiebra de los principios probatorios más importantes en caso de producirse la conformidad, porque al declararse culpable el acusado la prueba carece de sentido ya que no se puede practicar al evitarse el juicio oral. Y yo me pregunto: ¿Dónde queda entonces el principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, dónde queda el principio de la presunción de inocencia, y qué pasa con el principio *in dubio pro reo*? (véase con detalle y mucha bibliografía, para Alemania, pero también aplicable en España en lo esencial, Roxin & Schünemann, 2017, pp. 96-106). Todos en el aire, evanescentes, impracticables.

3.º) Finalmente, estamos ante un proceso penal irreal: Hoy el mundo está globalizado, se han suprimido prácticamente las fronteras. Esto ha significado negativamente un aumento extraordinario de la criminalidad organizada que se ampara en ello para realizar todas las acciones delictivas que convienen a sus intereses, garantizándose obviamente impunidad. Nos hemos transformado de sociedad del bienestar en sociedad del riesgo. El problema es que, como he afirmado *supra*, el Derecho Procesal Penal camina en la actualidad en dirección, si no opuesta, al menos bastante alejada a la del Derecho penal sustantivo. Las preocupaciones actuales del Derecho Penal para controlar su enorme expansión tienen reflejo en el proceso solo de forma indirecta (he trabajado esta cuestión en Gómez, 2009, pp. 753 y ss.; y Gómez, 2020d, pp. 39 y ss.).

4.º) A ello recordemos problemas estructurales casi atávicos, que impiden que nuestro proceso penal pueda funcionar bien. Me limito a citar:

a) La antigüedad del esquema instructor, pues lo cierto es, aunque sea un tema muy discutible que trataremos aquí, que no está de moda que instruya un juez, sino un fiscal;

b) Actos de investigación no garantizados regulados con normas hoy claramente superadas (escena del crimen, identificación del autor, protocolos de la Policía Judicial); y,

c) El grave problema de tener que manejarnos en la práctica con varios procesos ordinarios y varios especiales, siendo inconcebible que no se haya procedido hace ya tiempo a una verdadera simplificación procesal penal:

1.- Ordinarios: Son seis (el originario por delitos más graves; en 1988 se introducen dos procesos abreviados arts. 757 a 794; en 2002 el enjuiciamiento rápido, arts. 795 a 803; y en 2015, dos modalidades de proceso por delitos leves, arts. 962 a 977); y,

2.- Especiales: Ante el Tribunal del Jurado (LO 5/1995), en caso de aforamientos, aceptación de decreto (2015, arts. 803 bis a) a 803 bis j), por injuria y calumnia (arts. 804 a 815), contra ausentes (arts. 834 a 846), de imprenta (arts. 818 a 813 bis), más seguridad vial y violencia de género (que por esa razón deberían serlo dada su frecuencia y la alarma social que causan).

Todo ello lleva a una enorme ineficacia e ineficiencia del proceso penal, cuyas características principales, antes apuntadas, son hoy su extraordinariamente larga duración y su carestía, demasiado costosos para los ciudadanos normales, pues a los pagos de honorarios y aranceles de la defensa y representación procesales se suma el lucro cesante o la imposibilidad de percibir reparaciones e indemnizaciones, después de muchos años, como consecuencia del acto ilícito que es el delito.

La reforma no puede ser por tanto puntual, es necesario crear un nuevo sistema de enjuiciamiento criminal que nos lleve a un nuevo proceso penal.

¿Debe inspirarse España para la reforma de su proceso penal en algún modelo extranjero?

La reforma integral de nuestro sistema de enjuiciamiento criminal a través de una totalmente nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal puede hacerse de dos maneras distintas en cuanto al modelo: Buscar en el panorama internacional, entre los más eficaces y eficientes, el que más éxito tenga, o hacer un análisis profundo de las instituciones que han funcionado y de las que han fracasado

en el propio y, en una patente evolución, redactar un nuevo texto que elimine toda norma que haya llevado a una mala práctica, incorporando aquéllas que se sabe seguro que cambiarán para bien el sistema.

En la primera vía, la búsqueda del modelo se orienta hacia los países de *Common Law* (hacia su sistema adversarial de enjuiciamiento criminal); en la segunda, se trataría de perfeccionar el sistema acusatorio formal de la Revolución Francesa desarrollado a lo largo de los años por los países de *Civil Law*.

1.º) El sistema adversarial se caracteriza por los siguientes aspectos (tomo como base el proceso penal federal de los Estados Unidos de América; sobre este proceso penal he coordinado recientemente dos libros: a) El primero, la traducción del *Case Book* de Israel, Kamisar, LaFave & King (Gómez, 2012); b) El segundo, Gómez (coord.), 2013. A ellos deben añadirse sobre este tema otros libros como autor único: Gómez, 2012; Gómez, 2015b; y Gómez, 2018a):

A) En cuanto a los sujetos procesales: a) El Juez juzga con el jurado en perfecta simbiosis; aquél fija el derecho al veredicto sobre culpabilidad o inocencia dictado por éste. b) La dirección de la investigación está a cargo del ministerio fiscal, órgano público que representa a la administración (es decir, al gobierno) en el proceso penal como único acusador posible. Goza de amplios poderes, entre los que destaco sus extensas facultades discrecionales. c) La Policía está a las órdenes de la Fiscalía. Goza igualmente de un amplísimo poder discrecional y conduce y practica realmente los actos de investigación del delito, tanto los proactivos como los reactivos. d) Es un proceso penal de partes. El acusado y su abogado defensor son tan importantes como la acusación pública (el Fiscal). En los dos descansa la realización del proceso, son los actores principales en el escenario (de ahí el nombre «adversarial»). Ambos negocian sobre la declaración de culpabilidad si es procedente, ambos presentan sus argumentos y sus pruebas y ambos intentan convencer al Jurado sobre su posición fundada. e) La víctima no es parte en el proceso. Sus funciones procesales, insignificantes hasta hace bien poco, van aumentando

paulatinamente, pero siempre como tercero procesal (testigo) como máximo (una detallada explicación en Gómez, 2015a, pp. 41-127).

B) En cuanto a los principios más importantes: a) La estructura esencial del proceso descansa en dos grandes principios, del que surgen los fuertes pilares que sostienen el sistema. Los principios son: El *Due Process of Law* y la *Fairness*, de las que se derivan a su vez especialmente cuatro grandes columnas: La igualdad procesal, el derecho de defensa, la contradicción entre las partes y la imparcialidad del tribunal. b) El procedimiento se basa en una auténtica oralidad, inteligente y razonablemente dispuesta, desde la acusación inicial formulada en una audiencia. c) El recurso de apelación, único admisible en principio, solo está disponible para el acusado en caso de condena.

¿Por qué se ha convertido el proceso penal federal norteamericano en el único modelo posible a la hora de considerar una reforma integral del sistema de enjuiciamiento criminal en los países que pretenden una reforma integral, incluido España? Una breve respuesta tras un somero análisis nos lleva a fijar las razones en su sencillez, plasticidad y pragmatismo, así como en una práctica deslumbrante de la oralidad y la rapidez que conlleva, que hacen de este proceso un modelo de eficacia.

C) Es característica muy relevante también la base constitucional del sistema adversarial: La Constitución de los Estados Unidos de América es de 1787, la más longeva y breve del mundo. Dado que su preocupación máxima fue construir una federación independiente, no dedicó mucho espacio a los principios procesales. De esta cuestión se preocuparon inmediatamente las diez primeras Enmiendas a la Constitución, ratificadas en 1791 (para un análisis detallado de la constitucionalización del proceso penal v. LaFave, Israel & King, 1984, pp. 44 y ss.), de las que cuatro, a saber, IV, V, VI y VIII, inciden directamente en el proceso penal. Los derechos que se comprenden en estas Enmiendas se promulgaron con la finalidad de limitar el poder del Gobierno federal (Israel, Kamisar, LaFave & King, 2011, p. 3 (trad. p. 37)). En 1868, poco después de acabar la guerra civil, se añadió la Enmienda XIV que regula la conducta de los gobiernos estatales y prevé el derecho

al proceso debido (un análisis pormenorizado de este principio en Estados Unidos en Esparza, 1995, pp. 70 y ss.).

El proceso penal federal estadounidense, y con él el de los Estados, no es hoy solo la aplicación práctica de una serie de sentencias y de un conjunto de leyes y disposiciones ordinarias de naturaleza procesal penal, y en parte penal, que lo han ido configurando a lo largo de los años, sino también ante todo una concreción de la fuerza real de la Constitución federal cuando tiene un campo de aplicación propio en el mismo proceso penal.

2.º) El sistema alemán, al contrario, representa una evolución interna, tampoco exenta de problemas, que empezó con una gran reforma en 1975. Desde una posición propia evolucionó hacia un sistema más respetuoso con el principio acusatorio, sin copiar a nadie ni incorporar cuerpos extraños a la propia tradición. Parece el sistema adversarial, pero no lo es, es sencillamente el sistema alemán. Se caracteriza (véanse las explicaciones pertinentes en Gómez, 1985, pp. 29 y ss.):

a) Por el poder que tiene el presidente del tribunal, quien puede interrogar, ordenar la práctica de pruebas y adoptar cualquier otra medida que contribuya al esclarecimiento de la verdad. b) Por acogerse a un sistema de escabinos, en el que los jueces legos dictan la sentencia, tanto respecto a los hechos como respecto a las consecuencias jurídicas del delito en caso de declarar culpabilidad del acusado, conjuntamente con los jueces profesionales. c) Por dirigir la investigación el ministerio fiscal, pero no por imitar al sistema adversarial, sino por razones prácticas (no reiterar actos procesales como interrogatorio de testigos) y dogmáticas (el control de los actos de instrucción debe realizarse por un juez, lo cual es imposible si él mismo los ordena). d) Por la obligación de la defensa de contribuir a la verdad y justicia.

3.º) Los sistemas italiano y portugués, con sus reformas integrales de 1988, hacen patente en la Europa democrática que es posible introducir un proceso penal adversarial manteniendo las instituciones propias que han funcionado (para Italia, v. Villagómez, 1989, pp. 13 y ss.; y para Portugal, Simas, Leal-Henriques & Simas, 2010, pp. 17 y ss.). El italiano ha sufrido

numerosas reformas, muchas de ellas motivadas por la Corte de Casación o por la Corte Constitucional, interpretando más localmente el nuevo sistema (Illuminati, 2010, pp. 150 y ss.).

4.º) Francia todavía espera la ansiada reforma integral de su proceso penal; me remito al *Rapport Léger* (Léger, 2009).

En resumen, por tanto, es una decisión muy importante la de optar por el modelo adversarial, tener que crear un nuevo órgano jurisdiccional (el juez de garantías), pensar en ampliar las competencias del jurado, tener que decidir el cambio de dirección de la investigación en favor ahora del ministerio fiscal, otorgar una mayor discrecionalidad a la policía, potenciar el derecho de defensa, llegando incluso a crear la figura del defensor público, estructurar el proceso en audiencias, introduciendo una audiencia de acusación y el *Discovery*, o llegar a establecer un sistema de recursos nuevo, con las reformas constitucionales que todo ello implicaría. Sería más fácil apostar por una evolución propia, porque no habría esa sujeción dogmática a las esencias adversariales, sin perjuicio de tener que decidir si va a dirigir la investigación el fiscal, si se va a aumentar la discrecionalidad de la policía, si se va a evolucionar del jurado al escabinato, y qué papel ha de corresponder exactamente a la defensa en el nuevo proceso.

Al hilo de estas últimas reflexiones, expongo a continuación las cuestiones más graves, tanto orgánicas como procesales, que en mi opinión debe afrontar una totalmente nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La necesidad de reformar el Derecho Procesal Penal orgánico

Me detengo en este apartado en las reformas necesarias que, en mi modesta opinión, habría que hacer en nuestra estructura judicial y, como consecuencia de ello, en la fiscal, en la policial y en la defensa.

El juez comarcal.

Una de las acciones a emprender para aliviar, incluso eliminar, la sobrecarga judicial es crear más juzgados y promocionar a más jueces. Esto es indiscutible. Pues bien, para que funcionara realmente en un nuevo código procesal penal la nueva estructura de investigación que vamos a considerar, la base del sistema en su primer contacto judicial debería recaer en jueces locales, que podrían llamarse de comarca, de municipio, de distrito, de departamento o de ciudad, como se quiera –creo que sería más comprensible en España la denominación de «juez comarcal» –, creando dos niveles, una de jueces comarcales de garantías, organizados no en todos los partidos judiciales sino en una agrupación de los mismos (por ejemplo, en las poblaciones de más de 5000 habitantes, que no fueran capitales de provincia, o en grandes ciudades provinciales actualmente con juzgado de lo penal), con competencia en los partidos adscritos, y otra de jueces comarcales de conocimiento y fallo, organizados en todas las cabezas de los partidos judiciales con exclusión de la capital de la provincia, sin que pudiesen coincidir personalmente ambas figuras.

Estos jueces, que habría que crear de nuevo, pues ya los tuvimos desde 1944 hasta 1985, colmarían mejor la ansiada proximidad (ya intentada en 2006 por el gobierno al pretender una reforma de la LOPJ que no salió adelante, v. Armenta, 2006, pp. 9 y 10), y serían los jueces que conocerían sin escabinato de todos los delitos leves y menos graves (hasta 5 años de prisión, pena de multa hasta cierta cuantía y penas alternativas hasta 10 años), instruidos por los fiscales comarcales; todas las sentencias y otras resoluciones relevantes dictadas por ellos deberían ser recurribles en apelación ante la AP. Al respecto, recuérdese que tras la guerra civil –en 1944– se reconfiguró la hasta entonces existente justicia municipal española, creando los jueces municipales y comarcales, que en 1977 desaparecieron, transformándose en jueces de distrito, siendo suprimidos del organigrama judicial español definitivamente por la LOPJ vigente en 1985. Para detalles, entre otras normas, véase la Ley 19/1967, de 8 de abril, sobre modificación de determinados preceptos de la Ley de Bases de 19 de julio de 1944 y de rectificación de plantillas del

personal auxiliar de la Administración de Justicia y de Justicia Municipal; y Real Decreto 2104/1977, de 29 de julio, por el que se aprueba el texto articulado parcial de la Ley de Bases 42/1974, de 28 de noviembre, Orgánica de la Justicia, en virtud de la autorización contenida en el Real Decreto-ley 24/1976, de 26 de noviembre.

También ellos deberían tener competencias para resolución de conflictos, en forma coordinada con las diferentes posibilidades que ofrece la ADR. Finalmente, debería estudiarse si su creación y una buena demarcación no implicarían, dada la facilidad de comunicación que existe hoy en día entre poblaciones y las inmensas posibilidades de la inteligencia artificial, la desaparición de los Jueces de Paz, que, quiérase o no, son hoy una reliquia histórica poco práctica.

El juez provincial de garantías.

Esta función la deberían ser los jueces de instrucción actuales que decidiesen no reconvertirse en fiscales. Actuarían en todos los procesos penales instruidos por delitos graves y más graves castigados con pena de prisión (superiores a 5 años), pena de multa cualquiera que fuese su cuantía o pena alternativa superior a 10 años. Tendrían su sede en la cabeza de los partidos judiciales y en la capital de la provincia. Sus decisiones serían apelables ante la Audiencia Provincial.

Dado que proponemos la simplificación procedimental (*v. infra*), no puede mantenerse la actual estructura del proceso penal abreviado que distingue para el fallo entre Jueces de lo Penal y las Audiencias Provinciales (AP), pues instruyendo el fiscal, los Jueces Penales pueden conocer de todos los delitos graves y más graves en única instancia, con Escabinato o sin él, reservando a la AP solo para las apelaciones. Habría que reforzar evidentemente el grado de experiencia y sabiduría de estos Jueces Penales para afrontar el enorme reto de juzgar individualmente los crímenes más graves. Ampliar la competencia del escabinato sería por ello una buena decisión.

Del jurado al escabinato.

Es el momento también de plantearse si nuestro actual modelo de jurado es el más útil a la sociedad. Toda la Europa continental democrática ha abandonado hace muchísimos años el sistema anglosajón de jurado para evolucionar hacia un modelo de tribunal de escabinos, en el que los jueces legos participaran conjuntamente con el tribunal en las deliberaciones para decidir los hechos probados y las consecuencias jurídicas del delito si declaran la culpabilidad del acusado.

Propongo que evolucionemos hacia el mismo sistema que tienen Alemania (*Schöffengericht*), Italia (*Corte d'Assise*), Francia (*Cour d'Assises*) y Portugal (*Tribunal do Júri*) (Gómez, 1999, pp. 59 y ss.). No es cierto que el jurado puro (anglosajón) sea más democrático que el escabinato; al revés, el juez escabino participa más y mejor en la función de juzgar y por tanto se cumple mejor el deseo constitucional de que los ciudadanos participen en la administración de justicia (art. 125 CE), porque tienen más competencias y actúan con mejor calidad, asistidos y ayudados por los jueces profesionales.

Por ello, creo que es necesario cambiar de perspectiva ante la ambivalencia del sistema de participación de legos en el Poder Judicial: El tribunal del jurado es una institución pública positiva porque permite acceder al pueblo al tercer poder del Estado, lo que hace que nuestra vida cívica sea democráticamente plena, por eso es acorde con ello que el ciudadano participe totalmente en el juicio oral y en la sentencia, lo que implica que debe evolucionarse hacia el escabinato (o tribunal mixto). En esos países, la formación cívico-jurídica del ciudadano-escabino lleva a la justicia del veredicto, y esto es un punto fuerte del sistema.

Piénsese también que los complejos problemas de las instrucciones y la recurribilidad del veredicto dejan de existir con el escabinato. La LOPJ se reformaría para asumir el estatuto orgánico de los jueces escabinos y su sistema de designación, incorporando las normas de la Ley del Jurado que fuesen aplicables y hayan funcionado en la práctica. También se regularía de forma específica la deliberación y votación de la sentencia.

Su competencia es variable en cada país. En general conocen de delitos graves y más graves, no de delitos menos graves y leves (en Alemania, hasta 4 años de pena de prisión –§ 24 ap. 2 de la Ley de Organización de los tribunales-GVG–). Pensando en España, es obvio que no se puede establecer un escabinato para todos los delitos, pero sí sería posible para los graves y más graves, por ejemplo, todos aquellos penados en abstracto por el Código Penal con pena de prisión superior a 5 años, pena pecuniaria en cualquier cuantía, o alternativa superior a 10 años. Si parece un cambio demasiado drástico y sin perjuicio de pensar en una ampliación gradual de competencias, podría empezarse por todos los que conforman el Derecho penal clásico (piénsese en delitos contra la vida, delitos contra la salud e integridad física y psíquica, delitos contra la indemnidad sexual, delitos contra el honor y delitos contra la propiedad). Se excluirían solo los procesos que son competencia de la Audiencia Nacional (para que no conocieran ni de los delitos de terrorismo ni los cometidos por la criminalidad organizada).

Debería llegar el día en el que el derecho del pueblo a juzgar cualquier delito y el derecho del acusado a ser enjuiciado por un tribunal del jurado (escabinato), implicaran la extensión sin límites de sus competencias. Poner como excusa el dinero que costaría sería un atentado contra la dignidad de la Justicia, porque esto es mucho más importante que los dispendios y malgastos públicos de los que continuamente somos informados, por ejemplo, es irracional que en un país como España algunas autopistas y todas las autovías sean gratuitas.

El fiscal instructor.

Sin duda alguna sería la decisión orgánica más importante, porque implicaría privar de competencias judiciales a los jueces y darle esas competencias a los fiscales, que dejarían de ser por ello judiciales. Por tanto, significaría la desaparición del juez instructor en nuestro país, después de siglos de vigencia de esta figura tan arraigada en nuestra sociedad. No es una decisión tan simple como pueda parecer, sin embargo –aunque en España instruya un

Juez Instructor todas las causas penales, el Fiscal, en procesos penales en los que el delito esté castigado con pena privativa de libertad no superior a 9 años (llamados «procesos abreviados»), puede instruir dados los requisitos del art. 773.2 LECRIM. También instruye en el proceso penal especial de menores—. En efecto, he escrito en varios lugares que, si bien creo que la instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal es constitucional, pues el art. 117.1 se refiere únicamente a «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» como función jurisdiccional, e instruir una causa penal no es enjuiciarla ni fallarla (juzgar), también creo que con el actual modelo de fiscalía no me parece una decisión acertada, porque no es absolutamente independiente del poder político, de hecho se incardina administrativamente en el Ministerio de Justicia, de quien depende económicamente, se organiza bajo los principios de unidad y dependencia, y el Fiscal General del Estado es nombrado por el Gobierno (Gómez, 1997, pp. 481 y ss.; y 2018b, pp. 157 y ss.).

La propuesta de cambio de la competencia para instruir a favor del Ministerio Fiscal, opinión mayoritaria en la doctrina procesal penal española, se basa en un nuevo entendimiento del principio acusatorio, considerándose incompatible la instrucción (inquisitiva) por parte del juez con el modelo de proceso acusatorio. El argumento principal es que no puede ser la misma persona la que considere necesario un acto de instrucción y la que valore su legalidad, de ahí que se entienda que el Ministerio Fiscal debe asumir la instrucción, atribuyéndole el poder de investigar el delito, mientras que el Juez debe quedar como controlador de la legalidad de los actos procesales que ha realizado el Fiscal. Mi opinión contraria, por el momento, es minoritaria, y soy plenamente consciente de ello, pero debo honradamente decir que, si la nueva LECRIM dispusiera la instrucción por el MF sin haber modificado la dependencia política de la Fiscalía Española, cometeríamos un error que lamentaríamos.

La inserción de la Fiscalía Europea.

Un reglamento europeo, creador de la Fiscalía Europea, nos obliga, si no corremos rápido hacia una nueva LECRIM, a una revisión profunda de nuestro sistema de enjuiciamiento criminal y de su cauce natural para hacerlo efectivo, la estructura orgánica (véase con detenimiento Gómez, 2020e); hago referencia al REGLAMENTO (UE) 2017/1939 DEL CONSEJO de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, Diario Oficial de la Unión Europea, L 283/1, de 31.10.2017 –en adelante abreviado Rto.FE–. Además, ella tendrá que estar en funcionamiento antes del 12 de diciembre de 2020, cuando se cumplan tres años del plazo dado para su incorporación a los países firmantes de la cooperación reforzada (art. 120.2, III Rto.FE). Dado cómo están las cosas en el momento de redactarse este escrito (en plena efervescencia de la segunda ola de la pandemia del coronavirus), parece un plazo difícil de cumplir, aunque nos consta que el Gobierno está preparando desde hace tiempo un proyecto de ley al respecto, a presentar en las Cortes en cuanto esté terminado y sea posible.

La Fiscalía Europea (en adelante FE) se ha creado para proteger los intereses financieros de la Unión Europea, frente a delitos que «cada año causan daños financieros significativos» (Considerando 3 del Rto.FE); ella nace como órgano de la Unión, con personalidad jurídica propia. Es independiente e imparcial. Todas las instituciones, órganos y organismos de la Unión, deben respetar la independencia de la FE y no intentarán influir en ella en el ejercicio de sus funciones (art. 6 Rto.FE). Se dice que en el período 2010–2018 los daños significaron casi siete mil millones de euros; la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) desempeña un papel fundamental en su detección. Por eso la interacción de la FE con ella es obligada (art. 101 Rto.FE).

En cuanto a los cambios estructurales de naturaleza orgánica, el principal problema es la inserción de la FE al lado de la Fiscalía española, pues al no ser parte integrante del Ministerio Fiscal español, no puede integrarse en

el mismo, sino que debe coexistir con él, exclusivamente en los procesos penales abiertos por delitos que sean competencia de Europa; aunque el art. 13.3 Rto.FE permita que los Fiscales europeos puedan seguir siendo jueces y fiscales internos también, me parece una mala posibilidad porque atenta contra la necesaria objetividad e imparcialidad de la fiscalía, antes reflejada. Opto, al menos en España, por su dedicación exclusiva. Por ello las reformas afectarán a la LOPJ y al EOMF, principalmente, y en concreto a la extensión y límites de la instrucción europea; a la competencia fiscal, antes judicial, para instruir; al aforamiento de los Fiscales Europeos Delegados; a la creación de los Jueces de Garantías; a los recursos, etc., entre otros temas menos relevantes.

Respecto a la inserción procesal, destaco que los cambios procesales penales deben ser muchos y muy variados, pues afectarían al proceso penal considerado como un todo compacto. Por ejemplo, ¿será necesario crear en la nueva LECRIM un proceso penal especial en el que se regulasen las especialidades en el enjuiciamiento de los delitos que son competencia para instrucción de la FE? Si la respuesta fuese positiva, los temas a regular en ese proceso penal especial, teniendo en cuenta que allí en donde el Rto.FE sea claro y determinante deberían poder aplicarse sus normas directamente sin necesidad de modificar la legislación interna (por eso sería aconsejable modificar lo mínimo posible y dejar que el Rto.FE se aplicara por sí mismo en todo su contenido), serían los siguientes: Fijar su competencia objetiva y territorial; establecer las reglas de la avocación competencial; regular la conexidad de delitos; decidir qué hacemos con la acusación particular y la acusación popular y qué pasa con la acción civil; resolver cómo vamos a regular las medidas cautelares que pueda acordar; mejorar la regulación de los actos de investigación no garantizados y garantizados; prever la interacción con el juez de garantías como controlador de la legalidad de la investigación; mejorar la justicia negociada; y adecuar la preparación del juicio oral y acusación, entre otros temas.

La Policía de Investigación del Crimen (PIC).

Creo que el sistema en el que se está pensando ahora se merece una policía científica muy especializada, un órgano de investigación del crimen realmente eficaz y eficiente, es decir, una auténtica policía judicial, dependiente exclusivamente del Ministerio Fiscal, sin tantos poderes discrecionales como los que dispone la policía anglosajona y muy comprometida con el principio de legalidad; los actuales preceptos 547 a 550 LOPJ y el RD 769/1987, de 19 de junio, son claramente insuficientes, porque la policía que investiga el crimen no se dedica en exclusiva a esta función.

Sin perjuicio de las reformas orgánicas en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de la propia LOPJ, la nueva LECRIM debe articular, en la fase de investigación del crimen, sus funciones, deberes y obligaciones, con absoluta precisión (Gómz, en Ambos, Gómez & Vogler, 2003, pp. 1 y ss.; Gómez, en Gómez, 2013, pp. 433-444). No me voy a detener en este tema, es importante puesto que es realmente quien investiga el delito, pero a efectos prácticos –también de Política Criminal y de Dogmática procesal penal–, la Policía es solo el brazo ejecutor de las órdenes de la Fiscalía.

¿La creación de una defensa pública?

Nuestro derecho a la defensa letrada tiene rango constitucional. La Constitución lo regula en dos preceptos: En el art. 17.3 se garantiza la asistencia letrada al investigado durante la detención policial, y en el art. 24.2 se le garantiza la asistencia letrada durante el proceso penal posterior.

El derecho de defensa es probablemente el más importante y más desarrollado para el investigado (antiguo imputado) o acusado, de todos los derechos fundamentales procesales de que goza. Ese derecho se materializa en que el investigado o acusado pueda designar ante todo al abogado de su confianza que desee (llamado defensor de confianza o de elección), al que paga sus honorarios, o pedir que se le nombre uno a cargo del Estado

(llamado abogado de oficio). No siempre es operativa esta designación, pues tanto España, como Alemania, excluyen al abogado defensor de confianza en caso de peligro de connivencia en la lucha contra la criminalidad organizada (art. 527, a) LECRIM, antes citado, y § 138a del Código Procesal Penal-StPO). Los colegios de abogados son los encargados de organizar la defensa de oficio o gratuita, tanto en la modalidad de asistencia letrada al detenido como para asistencia de oficio, recayendo sobre sus miembros la obligación de defensa gratuita de acuerdo con el cumplimiento de determinados requisitos estatutarios.

Las razones por las que entro en esta cuestión aquí son dos:

a) La primera afecta a las continuas reformas que sufre este derecho constitucional. En efecto, desde la entrada en vigor de la Constitución, el derecho constitucional a la defensa técnica de los arts. 17.3 y 24.2 ha sido varias veces modificado. No vale la pena entrar en las numerosas reformas, solo diré que en el año 2015 fue reformado dos veces, con ello es suficiente. Pues bien, desde hace tiempo se habla de la necesidad de una nueva reforma, nada menos que a nivel de ley orgánica especial, en donde todo su articulado se ciña exclusivamente a desarrollar el derecho de defensa previsto en esos preceptos constitucionales.

Me parece totalmente innecesario y superfluo, y además causará confusión, seguro, cuando no contradicciones insalvables, también seguro. Como está regulado actualmente en España el derecho de defensa es de los más desarrollados de los muchos países democráticos que como comparatista he estudiado, es el más amplio (desde el principio hasta el final del proceso, en Alemania, por ejemplo, solo cuando la defensa es necesaria, en Estados Unidos solo cuando es constitucionalmente relevante), el que conlleva más garantías (obsérvense con detenimiento los arts. 118, 118 bis y 520 de nuestra LECRIM), y el que con más cuidado observan nuestros tribunales a la vista de la jurisprudencia constitucional. ¿Para qué otra reforma?

Parece ser que el motivo verdadero es la defectuosa configuración de la defensa de oficio y las dificultades para percibir los honorarios, escasos

ciertamente, de los letrados y letradas que forman parte del turno de oficio. ¿No se puede resolver ese problema de otra manera, por ejemplo, reformando la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, sin perjuicio de las normas pertinentes de los estatutos generales de la Abogacía y Procuraduría? ¿No está suficientemente garantizado el ejercicio del derecho de defensa de los investigados y acusados? ¿No es acorde, como está regulado ahora, con las demás normas constitucionales, sobre todo con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1?

El problema más importante va a ser regular las relaciones entre la defensa y la Fiscalía, si ésta finalmente instruye el proceso. Presentación de solicitudes probatorias y ofrecimiento de pruebas, ejercicio de una contradicción real, posición de igualdad procesal verdadera, recursos frente a actuaciones y denegaciones del Ministerio Público, etc., esos van a ser los verdaderos problemas. ¿Hace falta una ley especial para ello, no es capaz la nueva LECRIM de regular acertadamente esta cuestión? En mi opinión no es necesaria una nueva reforma de este derecho, y menos adaptar ninguna directiva europea al ser nuestras normas, hoy por hoy, de mejor calidad.

b) La segunda afecta a la defensa de oficio: El sistema anglosajón, en general, presenta una gran diferencia aquí, pues ha creado un cuerpo público de letrados para hacerse cargo de los investigados y acusados que carezcan de recursos económicos para poder proporcionarse un abogado de confianza, la defensoría pública. ¿Podría trasladarse esta idea a España? Es probable que los colegios de abogados sean contrarios a su instauración, pero, ¿no valdría la pena estudiar su implementación? Liberaría a los abogados de una pesada carga y, dado que lo que paga el Estado es muy poco en concepto de honorarios, no se notaría tanto en la economía privada de los interesados.

La supresión, de una vez, de todos los aforamientos, con propuesta de reforma constitucional.

El aforamiento existe en Colombia, en España también. Refiriéndome exclusivamente a mi país, entiendo que es un atentado directo a la política

criminal y a la dogmática procesal penal porque significa la vulneración más clara del principio de igualdad procesal (art. 14 CE) que nuestro ordenamiento todavía permite. Y la igualdad, como la justicia, es un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) (v. por todos Gómez & Esparza, 2009, *passim*).

Para entender qué son los aforamientos es necesario remontarse al derecho constitucional con el fin de averiguar qué se tutela exactamente en el proceso a través de esa institución. En la búsqueda de los conceptos adecuados, observamos ante todo que el derecho sustantivo regula la inviolabilidad y la inmunidad parlamentarias como punto de referencia necesario, aunque no único, del aforamiento. De ahí debemos, pues, partir, de la institución que –con mayor precisión lingüística– se conoce genéricamente como inmunidad parlamentaria. La inmunidad en sentido genérico comprende tanto la inviolabilidad como la inmunidad parlamentaria, dos institutos que, en principio, tienen la misma naturaleza. En este sentido, la inviolabilidad y la inmunidad parlamentarias son privilegios de determinadas instituciones públicas y de determinados altos cargos, autoridades y funcionarios públicos, electos o no, por tanto, de carácter objetivo y subjetivo, que impiden el desarrollo normal del proceso penal en determinados casos.

Pero el origen de la institución tal y como hoy se entiende, al menos en sus aspectos esenciales, está en el Estado liberal, en la Revolución Francesa. La evolución histórica refleja una profunda remodelación conceptual que sufre el Parlamento con la aprobación de las constituciones europeas, sobre todo a partir del siglo XIX, pero con confirmación en el XX, en virtud de las cuales se entiende que los privilegios parlamentarios afectan tanto objetivamente al Parlamento como institución, como subjetivamente a quienes forman parte del mismo, es decir, en nuestro caso a los diputados y senadores de las Cortes (Congreso y Senado).

Este cambio explicaría una doble protección de la inmunidad en sentido muy amplio:

a) De la autonomía institucional del Parlamento: La inmunidad protege en primer lugar al Parlamento frente a los otros poderes del Estado (rey, gobierno, administración, jueces, judicatura), de manera que éste pueda cumplir con sus funciones, siendo la principal la elaboración y aprobación de las leyes, sin influencia ni injerencia externa alguna, de forma totalmente libre. Como tal es una institución jurídica de protección, un privilegio constitucional objetivo (inviolabilidad).

b) De la labor constitucional del parlamentario: La inmunidad protege en segundo lugar también a quien ha sido elegido para que pueda desarrollar su trabajo en forma totalmente independiente, de manera que no pueda ser perseguido ni por el poder ejecutivo ni por el poder judicial por las opiniones que dé o los votos que emita en el ejercicio del cargo. Como tal es un derecho público del que es titular el parlamentario electo, un privilegio constitucional subjetivo (inmunidad en sentido estricto).

La primera de esas funciones modernas antedichas, la que se atribuye al Parlamento como institución, recibe en el Derecho Constitucional español el nombre de inviolabilidad; mientras que la segunda, la que se refiere a los parlamentarios, es propiamente la inmunidad. La protección más consistente la proporciona en primer lugar nuestra Constitución, pero no es la única norma, pues numerosas leyes toman como modelo las disposiciones constitucionales para establecer variadas protecciones. El aforamiento es en principio consecuencia de la inmunidad constitucional, porque es predicable de todas las personas inmunes. Significa una alteración competencial, en concreto de las reglas de la competencia objetiva, funcional y territorial, en virtud de la cual un tribunal fijado legalmente y solo él es competente para enjuiciar a personas que gozan de inmunidad, aunque en realidad para los diputados y senadores entra en juego precisamente cuando se levanta la misma por la cámara correspondiente.

El aforamiento se configura además legalmente como derecho del imputado, manifestación del principio del juez legal del art. 24.2 CE, a ser sometido exactamente ante ese juzgado o tribunal y a ser enjuiciado solo

por él, que es el contenido esencial de este concepto. Se dice en cuanto a su fundamento que las elevadas funciones políticas que cumplen los altos cargos y funcionarios públicos aforados no pueden quedar a merced del capricho o irresponsabilidad de los ciudadanos, sobre todo de sus «venganzas políticas», por lo que es necesaria una protección especial de su función, máxime si se tiene en cuenta la amplitud del art. 24.1 CE que hace posible la judicialización de cualquier conflicto prácticamente sin excepción.

Los aforamientos previstos en la legislación permiten la siguiente clasificación: Políticos, profesionales e instrumentales. En España destacan, en especial, los políticos por ser los de mayor trascendencia pública; el Tribunal Constitucional ha construido su doctrina al respecto teniendo en cuenta, sobre todo, la inmunidad parlamentaria estatal.

a) Aforamientos políticos: Los beneficiarios son los siguientes: La Familia Real, el Gobierno y su Presidente, los Diputados y Senadores del Estado, los Diputados Autonómicos, y los Diputados españoles en la Unión Europea. Al respecto, propongo que la nueva LECRIM contemple la supresión tanto de los aforamientos del Presidente y de los miembros de su Gobierno, como de los Diputados y Senadores españoles en los términos previstos por el Informe del Consejo de Estado de 15 de noviembre de 2018 (Consejo de Estado, 2018), lo que implica ciertamente la reforma constitucional de los arts. 71.3 y 102.1 de la Constitución. Respecto a la decisión política de no suprimir el aforamiento tanto para los miembros del Gobierno, incluido su Presidente, como para los diputados y senadores, cuando se trate de delitos cometidos con ocasión del ejercicio de las funciones propias del cargo, creo que la frase «ejercicio de las funciones propias del cargo» no siempre es nítida y que requerirá de jurisprudencia casuística cuando no estemos ante uno de los delitos comprendidos en ella o existan dudas sobre ello y, por tanto, no proceda el aforamiento. No es posible suprimir los aforamientos de los parlamentarios europeos al no ser competente España para la promulgación de legislación al respecto.

b) Aforamientos profesionales: Los beneficiarios son los siguientes: Los Presidentes del Congreso y del Senado, el Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, los Vocales del Consejo General del Poder Judicial, los Magistrados del Tribunal Supremo, Magistrados, Jueces, el Fiscal General del Estado y miembros del Ministerio Fiscal, el Presidente y Magistrados del Tribunal Constitucional, los defensores del Pueblo y sus adjuntos, el Presidente y los Consejeros del Tribunal de Cuentas, el Presidente y Consejeros del Consejo de Estado, los Diputados autonómicos y autoridades determinadas en los Estatutos de Autonomía, los Magistrados, jueces y fiscales militares, y la Policía.

Todos estos aforamientos deben ser suprimidos, reformando la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la Ley del Tribunal de Cuentas, la Ley del Consejo de Estado, la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y las leyes que afectan a los defensores del pueblo estatal y autonómicos. La reforma, sin embargo, no puede consistir en una simple derogación de los aforamientos, porque la absoluta desprotección de los miembros del Poder Judicial, de los Magistrados del Tribunal Constitucional y de los altos funcionarios y cargos públicos aquí citados no es aconsejable, al menos en una primera fase de cambio verdadero hacia un pleno espeto del principio de igualdad.

Por ello propongo que la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, al mismo tiempo que suprime el aforamiento, determine:

1.º) Establecer que la persecución de esos aforados sea posible únicamente mediante la interposición de una querrela formal (no de una denuncia equivalente a querrela, ni tampoco de ratificación de denuncia *apud acta*), del Ministerio Fiscal o del ofendido por el delito, en este caso firmada por letrado y procurador, presentada ante el Juez Instructor ordinario competente territorialmente, siempre que se trate de delitos cometidos en el ejercicio de las funciones propias del cargo (para los demás delitos no existiría ninguna protección específica).

2.º) Establecer a continuación como protección específica de todas esas autoridades determinados requisitos especiales. Ciertamente, el Juez Instructor debe decidir en primer lugar conforme a los criterios generales de admisibilidad de las querellas, pero además debe observar si se cumplen determinados requisitos específicos para evitar la proliferación de querellas infundadas contra estas altas autoridades. El texto propone: No permitir la querella contra persona todavía desconocida o innominada; acreditar *prima facie* mediante principio de prueba, la comisión de un delito por el imputado o imputados, cometido en el ejercicio de las funciones propias del cargo; que el instructor pueda informarse correctamente antes de admitir la querellas para analizar si los hechos que el querellante considera delictivos tienen relevancia penal y la imputación resulta verosímil; y prohibir el ejercicio inmediato de la acción popular (con fianza si se admite a trámite la querella).

3.º) Establecer, finalmente, un recurso de apelación para que el tribunal competente decida definitivamente si la querella es admisible o no.

c) Aforamientos instrumentales, la Policía: Es el más numeroso. Propongo que los delitos cometidos por la Policía en el ejercicio de su función únicamente puedan ser perseguidos mediante querella, en los mismos términos que la persecución de las altas autoridades y cargos públicos antes citados, con recurso de apelación.

La supresión de los aforamientos es posible legalmente, es real para la sociedad, es beneficiosa para la justicia, y es necesaria para restablecer el principio constitucional de igualdad. Con ello, de más de 250.000 aforados en España, pasaríamos a cerca de 600 si se protege el ejercicio de las funciones, y a menos de 30 si el delito no cabe en este concepto.

El último gran peligro: Juez Robot, inteligencia artificial e independencia judicial.

Para finalizar con los aspectos orgánicos me preocupa un tema muy actual, cada vez con mayor proyección, que puede trastocar cualquier planificación

de Política Criminal y de Dogmática procesal penal que se precie de correcta. Me refiero a la inteligencia artificial, pero no a la misma considerada globalmente, no estoy en contra del progreso, sino a una de sus consecuencias que puede afectar gravemente a la clave de bóveda de todo el sistema judicial, su independencia.

Sin jueces verdaderamente independientes no hay democracia. Permítanme partir de una afirmación que no por obvia debe dejarse a un lado: La independencia judicial es claramente un principio político constitucionalizado, de naturaleza jurisdiccional orgánica, en una democracia, sin duda alguna. Es un pilar básico para que el proceso sea justo, se celebre en donde se celebre y se desarrolle, en cualquiera de sus fases, en donde se desarrolle. El único presupuesto para que su aplicación sea plenamente eficaz es que el Estado sea una democracia; da igual si es un Estado federal, que centralista, regionalista o autonomista. Sin el Estado de Derecho, la independencia judicial es una verdadera quimera. No debe olvidarse que en origen la independencia judicial fue uno de los muchos postulados antimonárquicos y revolucionarios de principios del siglo XIX (Simon, 1985, pp. 9-11).

La Constitución española, y dejamos conscientemente fuera la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y las leyes procesales particulares, proclama el principio de la independencia judicial en varios preceptos (artículos 117.1, 117.2, 124.1 y 127.2, entre otros), configurándola como uno de los pilares básicos de la nueva democracia española surgida después de 1978. Por tanto, la cuestión esencial es que sin independencia judicial, ni puede existir un proceso debido, un proceso justo, o un proceso con todas las garantías, ni puede existir un verdadero poder judicial, ni en definitiva puede desarrollarse la propia democracia. La independencia judicial es un principio político predicable del conjunto orgánico jurisdiccional, no solo de un juez individual o de un grupo de tribunales, porque aun relativo únicamente a los jueces y magistrados, su concurrencia afecta a todos los actos procesales que se celebren desde el principio hasta el final del proceso, actos cuyos destinatarios principales son las partes del proceso.

Estas ideas forman parte esencial de la cultura jurídica actual del mundo más avanzado política, legal, social y económicamente a fecha de hoy. Tanto el sistema continental (países de *Civil Law*), como el anglosajón (países de *Common Law*), hacen de la independencia judicial uno de los pilares básicos del sistema de Justicia aunque, curiosamente, en el *Common Law* no tenga reconocimiento constitucional como principio (Taruffo, 2009, p. 99). Todo lo afirmado podría defenderse en España jurídicamente. No sé por cuánto tiempo, pero hoy es defendible. El problema no viene sin embargo por cuestiones nacionales concretas como, por ejemplo, los ataques que ha sufrido en España ese principio por el gobierno y parlamento de alguna comunidad autónoma. El problema es mucho más general, no solo conceptualmente, también territorialmente, y peligroso. Viene por la creación del Juez Robot, es decir, por la utilización de la inteligencia artificial para suplantar al ser humano en la función de juzgar.

Así es. Cada vez con mayor amplitud se empieza a hablar en ámbitos jurídicos de la conveniencia de que, en los casos menos complejos jurídicamente, y sobre todo en reclamaciones de poca cuantía o casos penales de gravedad mínima, según estemos ante un incumplimiento civil o ante un hecho delictivo, la resolución del conflicto se deje en manos de una máquina, a la que ya se le ha puesto un nombre: Juez-Robot. A estos pensamientos se llega por el desarrollo que en estos momentos tiene una manera de trabajar que, yendo más allá del ser humano, confía su trabajo, su forma de analizar los problemas, e incluso las mismas soluciones a esos problemas, a «máquinas inteligentes», denominadas así porque realizan funciones lógicas de manera mucho más rápida y segura que la mente humana, a la que imitan. Esas máquinas, gobernadas por programas informáticos de un nivel cada vez más elevado, forman parte de una estructura moderna que representa una nueva organización del tratamiento de la información: La Inteligencia Artificial (IA).

La aplicación de la IA afecta desde hace tiempo a toda la actividad humana, por tanto, era evidente que pronto se iba a abrir camino en el mundo del Derecho, porque inmediatamente se comprendió que dominar

la información jurídica (legislación, jurisprudencia y doctrina científica) era clave para controlar la situación, es decir, para poder ganar el caso o para poder resolverlo mejor, según la perspectiva del agente. Ahora se intenta, dando un salto cualitativo muy significado, que la máquina emule el razonamiento jurídico en la toma de decisiones jurídicas sobre todo administrativas y procesales. Si nos fijamos en la aplicación de la IA en el derecho procesal, podemos hablar, tanto en el proceso penal como en el proceso civil, de varios campos de actuación. Ahora nos interesan los propios del proceso penal, que serían los siguientes: 1.º investigación tecnológica del crimen; 2.º fijación del perfil del sospechoso/investigado/acusado; 3.º apoyo en instituciones de justicia negociada; 4.º apoyo en constatación de presupuestos en medidas cautelares; 5.º medios tecnológicos de prueba; 6.º criterios de valoración de la prueba; y, 7.º evitación de reincidencias en ejecución de condena, etc.

Pero además la IA se utiliza ya en la motivación de resoluciones (autos y sentencias). Éste es el punto clave. El problema se plantea al pretenderse mediante la IA introducir la «figura» del Juez-Robot, es decir, la construcción de una máquina inteligente que dicte sentencia con base en los algoritmos introducidos en ella y en los hechos y datos del caso real producido. La máquina no puede razonar, no puede argumentar, no puede explicar por qué decide absolver o condenar, simplemente absuelve o condena, una única palabra sale de su boca digital. Evidentemente, una decisión de un Juez-Robot no es ni puede ser una decisión motivada. Toda la doctrina está de acuerdo en afirmar que nunca llegaremos a tanto en el proceso penal (tampoco en el civil, en realidad), al menos, nunca podrá una máquina sustituir a una persona-juez cuando se tenga que tomar una decisión que afecte a la libertad de una persona, la sentencia por ejemplo, pero dada la inestimable ayuda que supone la IA, cada vez nos estamos acercando más a la realidad de esa posibilidad, cada vez parece más factible la creación del Juez-Robot.

Mi opinión es contraria por inviable, hoy y quizás siempre. El Juez-Robot carece de la necesaria sensibilidad jurídica (lo que los expertos denominan psicológicamente «emoción del juez») para poder argumentar jurídicamente y motivar su resolución. Aunque se equivoque, ello es esencial para la justicia

de la decisión, porque el Derecho no es un sistema frío y aséptico que huya de las fortalezas y debilidades humanas, sino todo lo contrario, se nutre de ellas y gracias a ellas sobrevive, evoluciona y progresa. Pero todo esto debe ser analizado científicamente y no únicamente en forma intuitiva, de ahí su relevancia. El Juez-Robot conlleva problemas constitucionales específicos del proceso penal, tres muy relevantes. El primero afecta al derecho de defensa, el segundo a la presunción de inocencia, y el tercero al derecho al juez imparcial, que no es sino decir que afecta a la independencia judicial.

Sin entrar ahora en detalles, inmediatamente se plantean dos preguntas que la política criminal y la dogmática procesal penal van a tener que contestar adecuadamente: a) si decide el caso o el litigio un juez-robot, ¿se produce una sumisión a algo distinto a la ley democráticamente aprobada, se produce por tanto un ataque a la independencia judicial? b) si decide el caso o el litigio un Juez-Robot, ¿qué causas de abstención o de recusación podrían alegarse, qué datos permitirían deducir que el Juez-Robot no ha sido ajeno al litigio o a la causa, se habría producido por tanto un ataque a la imparcialidad judicial?

¿Hasta dónde debe llegar la nueva LECRIM en esta materia? Difícil pregunta, pero hay que fijar unos límites, obviando desde luego por la argumentación expuesta la posibilidad de articular un Juez-Robot.

Las necesarias reformas de importantes instituciones procesales penales

Al lado de esas reformas orgánicas que acabo de proponer por creerlas necesarias, deberían producirse otros cambios en la legislación procesal penal de gran calado, con el fin de afrontar con seguridad los complejos retos que presenta la criminalidad actual. A continuación, expongo los que creo que deberían contemplarse en una totalmente nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Un entendimiento correcto del principio acusatorio.

Nuestro proceso penal sufre desde hace décadas de un mal entendimiento del principio acusatorio que la nueva LECRIM debe corregir. En el proceso penal sigue siendo un fin primordial averiguar la verdad, por ello el tribunal debe tener facultades de averiguación de los hechos de oficio, incluso en la fase acusatoria del juicio oral. Ello en absoluto es inquisitivo. Debe poder ordenar la práctica de pruebas de oficio y debe poder condenar por el delito que considere que se ha cometido, imponiendo la pena que considere apropiada, opine la acusación lo que opine. Su único límite son los hechos y, por tanto, solo puede partir de los que resulten probados (lo contrario sí sería inquisitivo) (especialmente sobre la tesis de desvinculación, v. Gómez, en Montero *et al.*, 2019, pp. 376 y ss.).

Ni en Estados Unidos, ni en Alemania, se ha interpretado el sistema adversarial o el principio acusatorio así. En USA el jurado es libre de declarar la culpabilidad o no del acusado, pero solo teniendo en cuenta los hechos que ante él se han probado por las partes. Declarada la culpabilidad, el juez fija, con jurado o sin él y después de oír a las partes, la pena que considere apropiada. En Alemania el tribunal puede ordenar investigar los hechos mediante nuevas pruebas y es siempre libre de imponer la pena que quiera. Todo viene de no saber muy bien qué es el principio acusatorio. Llevamos ya muchos años oyendo hablar de él, del principio acusatorio, sin apellidos, es decir, del acusatorio puro, como eje de la definitiva reforma del proceso penal, la que creemos, un poco ingenuamente pensamos nosotros porque no va a depender solo de eso, ni muchísimo menos, que nos pondrá para siempre a la cabeza de aquellos países que tienen en sus leyes procesales penales una prueba y manifestación de verdadera democracia, de verdadera libertad. Pero en realidad, siendo sinceros, no sabemos muy bien qué es eso del principio acusatorio o, al menos, no tenemos muy claro de qué estamos hablando exactamente.

Esto no lo decimos nosotros, lo dicen reputados autores de valía intelectual incuestionable. En España, por ejemplo, lo ha afirmado con rotundidad el

profesor Juan Montero Aroca en varios escritos sobre la materia (Montero, 1992, pp. 775 y ss.; Montero, 1994, pp. 973 y ss.; Montero 1997, pp. 187 y ss.; Montero, Gómez, Montón & Barona, 1999a, pp. 351 y ss.; Montero, Gómez, Montón & Barona, 1999b, pp. 11 y ss.; Montero, Flors & López, 1997, pp. 14 y ss.; Montero, 2000, pp. 99 y ss.; Montero, 2006, pp. 517 y ss.; y, finalmente, Montero, 2008a, pp. 17 y ss.). En esencia, sostiene este autor que el principio acusatorio es un concepto poco claro, resultado de la confusión histórica que se produce al calificar como «acusatorio» a todo un sistema de aplicar el Derecho Penal enfrentado a otro sistema que sería el inquisitivo. Lo que no puede es hablarse de proceso acusatorio como una clase de proceso, y de proceso inquisitivo como otra clase, pues ello implica desconocer lo que es el proceso en sentido estricto. Decidido que el derecho penal se aplica por medio del proceso, es obvio que éste solo puede ser acusatorio, pues el llamado proceso inquisitivo no es realmente un verdadero proceso, sino un mero procedimiento administrativo, carente de las garantías propias del proceso, por lo menos conforme se configura esencialmente en las constituciones. Ninguna constitución de un país libre admitiría como constitucional un «proceso» en el que el juez fuera, al mismo tiempo, el acusador.

Montero llega por tanto a la conclusión, a nuestro juicio premonitoria, después de una perceptible evolución, de que referirse al principio acusatorio sería hablar de nada, porque no tiene sentido si usamos con propiedad las palabras y somos rigurosos en explicar su contenido. Si usando la expresión «principio acusatorio» se quiere determinar un rasgo esencial del proceso, ese rasgo (y principio) es inútil, pues el proceso solo puede ser acusatorio. Sin embargo, y el propio autor creo que es consciente de ello al referirse al significado «actual» del principio, sostener esta opinión equivaldría a pretender, si no a acabar con él, al menos a orillar de manera ostensible uno de los principios procesales penales que están más arraigados en la doctrina que pretende explicar el sistema de enjuiciamiento criminal europeo continental, y por tanto también el español.

De ahí que finalmente opte, dado el estado legal, jurisprudencial y doctrinal en que se encuentra hoy en día la cuestión, por admitir la

expresión «principio acusatorio», pero entendida en un sentido muy estricto: Principio acusatorio sería aquél que en el proceso penal está encargado de garantizar la imparcialidad del juzgador, y, para dotarlo de un contenido muy riguroso en esa línea, propone que en su virtud se entiendan bajo esta denominación solo estos tres significados: a) Que no pueda existir proceso sin acusación, a formular por persona distinta a quien va a juzgar (que recoge la máxima «el que juzga no puede acusar») (que el autor ha desarrollado en Montero, 1999, pp. 1801 y ss.); b) que no quepa condena por hechos distintos de los reflejados en la acusación, ni contra persona distinta de la acusada (que es un tema de fijación del objeto del proceso penal); y c) que el juez no pueda tener facultades de dirección material del proceso, por tanto, que ni pueda aportar hechos ni prueba de oficio sobre los mismos (es decir, que el juzgador debe ser tercero en el proceso) (este punto ha sido tratado con detalle por el autor, en Montero, 2006, pp. 659 y ss.). Contenido que el propio autor matiza algunas veces en su momento oportuno, en lo que ahora no entro.

Con ello, esta reflexión habría logrado transmitir que la doctrina jurisprudencial española es errónea y que, si admitiéramos el concepto de principio acusatorio, éste solo tendría sentido si se interpretase lo más restrictivamente posible, probablemente como paso previo a su desaparición, al quedar englobado en un concepto más amplio y general, que no sería otro que el principio del «proceso debido» o, más acorde con la formulación del art. 24.2 de nuestra Constitución, el principio del derecho al proceso con todas las garantías. Ello implica que, para dar al principio acusatorio el justo valor que merece, es decir, en la necesidad de que los hechos acusados no puedan ser modificados ni alterados por el tribunal, cuando al redactar la nueva LECRIM se piense en un nuevo art. 729-2.º hay que reinterpretarlo de nuevo abandonado la actual limitación a la necesidad de autorización del fiscal, y que el sentido de un futuro precepto equivalente al actual art. 733 ha de considerarse solo como lo que es, una concesión al principio de contradicción basada en el fin de hallar la verdad material.

La dirección de la investigación por el Ministerio Fiscal.

Ya hemos explicado antes que el nuevo sistema sin duda alguna cambiará la dirección de la investigación en favor del Ministerio Fiscal. ¿Qué repercusiones procesales penales tendrá esta importantísima decisión? Muchas y de gran calado. Se va a tener que regular muy bien aquellos aspectos en los que su parcialidad natural podría oscurecer su obligación de una instrucción objetiva y no arbitraria, puesto que al ser el mismo fiscal quien acusase más tarde, la tendencia psicológica a preocuparse solo del ejercicio de su función persecuidora podría ser irrefrenable. Por ello, entre otros temas, debe regularse especialmente su participación en los actos garantizados, especialmente en las autorizaciones a solicitar al Juez de Garantías.

Pero la cuestión más peliaguda es regular la recurribilidad de los actos de investigación y otros que afecten al investigado, que ordene. Si se concede una recurribilidad general, al final instruirá un juez, el Juez de Garantías, y con ello la reforma no habrá servido para nada. Si no se permite recurrir ninguna resolución del fiscal, derechos constitucionales tan importantes como el derecho de defensa, pueden correr serio peligro. Por ejemplo, cuando la defensa solicite la práctica de un acto de investigación a la Fiscalía y ésta se oponga. Un tema complejo.

Las consecuencias del escabinado.

Hemos propuesto entre las reformas orgánicas el cambio del jurado al escabinato. Las consecuencias procesales son trascendentales, porque implica articular un proceso penal, que sería el ordinario, pensando en este tribunal, lo que implicaría la derogación del proceso penal previsto por la Ley del Jurado, sin perjuicio de poder aprovechar las instituciones que han funcionado mejor. La nueva regulación debería prever con exactitud las consecuencias de la participación más amplia posible en un juicio oral de un ciudadano lego.

El control del intervencionismo público.

Un atento observador de la realidad percibe con claridad desde hace un tiempo que se está produciendo un notabilísimo aumento del intervencionismo público en el proceso penal (he trabajado este tema, desde diferentes perspectivas, en Gómez, 2019, pp. 265 y ss.; *idem*, 2020a, en prensa; y, últimamente, *idem*, 2020b), en concreto en la investigación del crimen que está dotando a esta fase de una nueva configuración (Roxin, 2015, pp. 374 y ss.). Una ley de 2015 ha introducido varias medidas de estas características en el proceso penal español [nuevos arts. 588 bis a), a 588 octies LECRIM] (Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica).

Es evidente que el Estado debe poder articular una respuesta convincente frente a los crímenes más graves. También es verdad que se han tomado ya hace tiempo medidas directas y contundentes, como un mayor control financiero de operaciones económicas ilegales intentando cerrar el grifo de la financiación de los grupos criminales organizados, sabedores los Estados que sin dinero difícilmente pueden subsistir (Orden PCI/161/2019, de 21 de febrero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, por el que se aprueba la *Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave* (BOE de 22 de febrero de 2019)), lo que afecta muy especialmente al decomiso (Vidales & Planchadell, 2018, pp. 116 y ss.). También ha ayudado la eliminación del secreto bancario (Informe de 24 de marzo de 2000 del Comité de asuntos fiscales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE, 2000), de acuerdo con la Resolución de Consejo C (97) 64/FINAL, para *Mejorar el acceso a la información bancaria por motivos fiscales*) y la presión internacional contra paraísos fiscales (el *Anteproyecto de Ley contra el fraude fiscal para combatir nuevas formas de evasión*, de 2018, prevé la actualización y ampliación del concepto de paraíso fiscal, con base en los principios de equidad fiscal y transparencia). El reconocimiento del deber de *compliance* en el caso de personas jurídicas, para evitar su responsabilidad penal, contribuye igualmente a un mayor control

de sus actividades ilícitas (me remito al *Tratado* que he coordinado: Gómez, 2019, pp. 77 y ss.). Pero, con toda su importancia, no ha sido suficiente para menguar o incluso detener la criminalidad organizada.

Por ello, se observa que la evolución en esta materia nos ha llevado a un proceso penal casi desconocido, en el que:

a) de ser sujeto pasivo de la investigación únicamente el sospechoso, investigado o encausado, se pasa a poderse investigar hoy en la fase sumarial o de diligencias previas a terceros (Marchena, 2015, pp. 227 a 231), es decir, a personas que no son sospechosas, o que no están ni siquiera relacionadas con los hechos [art. 588 ter c) LECRIM].

b) De estar excluida la opacidad y oscurantismo en la investigación del crimen porque daba lugar a pruebas no contrastadas (que de ser admitidas serían prueba prohibida sin duda alguna), se pasa ahora a permitir que las investigaciones de información e inteligencia realizadas, generalmente de oficio, por los servicios secretos estatales, de naturaleza pública (Centro Nacional de Inteligencia –CNI– en España, fundamentalmente), aprovechándose de la nueva regulación, se puedan admitir como prueba pericial (llamada de inteligencia) sin comprobar con exactitud procesal su fiabilidad, simplemente por haber sido obtenidas por el servicio de inteligencia [por ejemplo, grabaciones de voz, imagen o ambas de sospechosos o terceros al amparo del art. 588 quinquies, a) LECRIM].

El Centro Nacional de Inteligencia español se rige por la Ley 11/2002 y la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo. Su función principal es facilitar al Presidente del Gobierno y al Gobierno de la Nación las informaciones, análisis, estudios o propuestas que permitan prevenir y evitar cualquier peligro, amenaza o agresión contra la independencia o integridad territorial de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de derecho y sus instituciones. Su actividad está sometida a control judicial previo cuando deban adoptarse medidas que afecten a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, siempre que tales medidas resulten necesarias

para el cumplimiento de las funciones asignadas al Centro. Pero nada más se dice.

c) De considerarse la intimidad de las personas un bien sagrado e intangible, constitucionalmente protegido al máximo nivel, se permite hoy que la investigación policial puede valerse de medios técnicos electrónicos e informáticos para espiar nuestras comunicaciones y relaciones [art. 588 septies a) LECRIM], en realidad toda nuestra vida (véase la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 5/2019, de 6 de marzo, sobre registro de dispositivos y equipos informáticos).

d) Finalmente, de considerarse que determinadas vigilancias policiales [las amparadas en los arts. 588 quinquies a) a 588 quinquies c) LECRIM], únicamente eran posibles en casos muy graves y justificados, y siempre previa autorización judicial, se ha pasado a entender hoy que algunos de los nuevos medios de vigilancia, que por su alta tecnología y fiabilidad técnica pueden acceder a contenidos que van mucho más allá de una investigación concreta, no afectan al domicilio de las personas ni tampoco a su vida privada, con alguna excepción o matiz, si se instalan fuera de él y dan lugar a descubrimientos casuales, que hoy se admiten como prueba legítima sin discusión alguna por nuestra jurisprudencia, dado que no forman parte de los frutos del árbol envenenado por la falta de conexión antijurídica con la prueba que realmente se estaba buscando [art. 588 bis i) LECRIM] (sobre las excepciones en materia de prueba prohibida, v. Gómez, en Gómez & Planchadell Gargallo, 2017, t. II, pp. 377 y ss., esp. pp. 390 a 393). Sobre ese asunto, *vide* la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 3/2019, de 6 de marzo, sobre captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos; y la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 4/2019, de 6 de marzo, sobre utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización.

El problema será, por tanto, en la nueva LECRIM, si mantiene este nivel de intervencionismo público, lo aumenta o lo limita. El nivel democrático alcanzado por España en los últimos años no puede permitir un agujero tan

grande que permita la regularización de un Estado policial, por lo que deben establecerse adecuadas medidas de control, contemplando sobre todo con lupa aquellos casos en los que, por razones de urgencia, se puede actuar por las autoridades públicas de persecución sin la necesaria autorización judicial previa.

Una mejor protección de la mujer.

Aunque España ha incorporado en 2015 la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/AI del Consejo, consagrando el llamado Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito (Ley 4/2015, de 27 de abril, cit. al principio de este texto) (he comentado ampliamente esta Ley en Gómez, 2015a, *passim*.), por lo que respecta a la mujer su situación como víctima todavía es manifiestamente mejorable. Si bien pienso en varios aspectos, el más preocupante afecta a las víctimas de la violencia de género que, legalmente, se acogen a la dispensa para declarar como testigo del art. 416 LECRIM, en previsión de más graves abusos físicos y psíquicos por sus parejas si lo hacen. Parece razonable en los tiempos que corren eliminar esa dispensa y, para el caso de que puedan ocurrir incidencias graves que impidan una declaración en el juicio oral, o una inesperada retractación, permitir que el tribunal pueda valorar la declaración ante la Policía o el Fiscal, para lo que deberá grabarse con todas las garantías y alcanzar el carácter de prueba preconstituida.

Otro tema no menos relevante es definir de una vez por todas los indicios que permitan deducir que su declaración es veraz. El TS va avanzando en esta materia, pero deberá ser la futura LECRIM la que fije legalmente los criterios aceptables cuando la víctima mujer es la única testigo de los hechos criminales que ha sufrido o sufre. La definitiva confiabilidad en el testimonio debe dejarse siempre en manos del tribunal sentenciador, que la valorará libremente. Pensar también en mejoras de la tutela penal frente

a delincuencia cibernética contra la mujer, de la orden de protección, o en permitir indubitadamente que la víctima que ha denunciado penalmente un delito de acoso sexual o laboral, u otro delito de naturaleza sexual por parte de un funcionario, especialmente si es su superior jerárquico, en caso de sobreseimiento o absolucón, pueda ser parte en el procedimiento administrativo sancionador sería igualmente saludable. Habría que reformar también obviamente la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (v. Gómez, 2017, pp. 273 y ss.).

El principio de oportunidad: Persecución, transacción y reparación.

Un punto muy débil del sistema por razones de Política Criminal y de Dogmática jurídico-procesal penal es el de las alternativas a la persecución y las negociaciones sobre la pena. En resumen, el proceso penal tipo no puede ser el no-proceso, el proceso penal debe tener lugar, lo exige la sociedad. Pero la realidad, el pragmatismo, se impone y el nuevo proceso penal español debe regular todos los aspectos del principio de oportunidad, principalmente bajo la consideración de ser admisible la excepción de la negociación solo si la víctima lo desea y aprueba, y fijando los límites del no-proceso. Por ello, además de regular mejor los casos que conformen alternativas a la persecución penal, con sujeción al principio de legalidad y a autorización del Juez de Garantías, al menos en su mayor parte así como la llamada justicia restaurativa, permitiendo solo el acuerdo para obtener una rebaja de pena cuando la víctima haya sido real y totalmente reparada, se deberá entrar de una vez en una regulación moderna de nuestra conformidad, adaptándola a los criterios actuales de la llamada Justicia negociada.

En definitiva, las alternativas a la persecución penal implican que el proceso no se inicia formalmente porque se dan determinadas circunstancias, que deben tasarse legalmente, que lo hacen estéril o desproporcionado. El ejemplo comparado que más nos afecta es el alemán, pues los §§ 153, 153a a 153f y 154 de la StPO regulan con detalle las alternativas a la persecución

(una visión general muy amplia en Roxin & Schünemann, 2017, pp. 228 a 309; extensamente sobre cada uno de los supuestos legales, Meyer-Goßner & Schmitt, 2015, pp. 747 y ss.; también puede verse la traducción de estas normas, aunque han existido reformas, en Gómez, 1985, pp. 47 y 48, y 330-334).

Esto no es fácil, pues a través de ella se pretende en cualquier caso que el juicio no tenga lugar (parece haberse convertido, como hemos tenido ocasión de afirmar antes, en la finalidad principal del proceso penal actual), y esto no es admisible en una democracia cuyo derecho penal se rige por el principio de legalidad. Por ello la nueva LECRIM debería fijar con claridad meridiana qué delitos son negociables y qué delitos no, bien por el sistema de designación concreta, bien por la cantidad de pena fijada en abstracto por el Código Penal.

Es perfectamente comprensible que, estando la justicia colapsada y careciendo el Estado de recursos para más medios humanos y materiales, se busquen soluciones alternativas que atajen o minimicen esa crisis sin atentar contra el sistema destruyéndolo. Si los pocos jueces existentes, en esta línea, no pueden celebrar todos los juicios orales de todos los procesos incoados porque son muchos, mejor, se dice, prescindamos de la legalidad penal y resolvamos todo antes de llegar a juicio. Pero no es la solución correcta mientras el principio de legalidad penal se interprete como se debe interpretar.

Esta decisión implicaría eliminar casi todos los trámites del proceso en primera instancia, reducir al mínimo la participación de las partes, excluir absolutamente la participación de terceros, y suprimir la segunda instancia y la casación. Pero si nos fijamos bien, el cambio es mucho más profundo, porque en esos tres casos, alternativas a la persecución penal, negociaciones sobre la declaración de culpabilidad y Justicia transaccional, la copia del modelo anglosajón significa darle la vuelta a principios sólidos e inquebrantables de nuestro derecho penal sustantivo (el principio de legalidad), la pérdida de valores de los fines del proceso penal que no sean alcanzar una condena sin juicio siempre que se pueda, la renuncia a la aplicación de principios del

proceso que parecían logros democráticos de primera línea en favor de la protección de la dignidad del acusado (presunción de inocencia, derecho a la prueba, juicio oral y público), vuelta de la confesión como única prueba penal y además determinante, y, finalmente, la privatización sin máscaras de nuestra Justicia Penal.

La prueba, los indicios y la presunción de inocencia.

La regulación vigente de la prueba y especialmente lo que afecta a su valoración y al juego de la presunción de inocencia, merecen una atención destacada en la nueva LECRIM, en varios frentes. Yo me voy a fijar aquí en el más novedoso, no porque sea un tema nuevo, al revés, es tan viejo como el ser humano, sino porque nuestro Tribunal Supremo lo ha reactivado, recientemente, de una manera asombrosa.

La presunción de inocencia es una de las mayores conquistas de la Ilustración; sin ella viviríamos hoy sin duda bajo regímenes de terror y, probablemente, en un mundo en extinción. Consiste en considerar a todo ser humano inocente mientras no se pruebe lo contrario en un proceso penal sujeto a las leyes de la democracia. La evolución de la propia realidad práctica ha llevado a dotar a este principio de una enorme complejidad, con muchos detalles y matices, y a extenderlo a procesos fuera del orden jurisdiccional penal, en unas ocasiones por decisión propia (en el proceso administrativo sancionador y en algún ámbito muy estricto del proceso civil y del laboral), en otras por exigirlo la jurisprudencia europea.

Todos creen en el principio, el problema es vigilar su respeto en la práctica y cortar por lo sano cualquier ataque que se produzca contra él. Se ha convertido en un principio complejo, por un lado, por una cierta resistencia de la autoridad a reconocer semejante nivel máximo de protección; por otro, porque va más allá de su concepto original, reconociéndose no solo fuera de su propio ámbito natural de aplicación, a saber, la sentencia, sino también incluso fuera del propio proceso. En su esencia más pura, la presunción de

inocencia es una garantía constitucional del proceso penal, y también un derecho fundamental del acusado.

Que sea una garantía revierte positivamente en diversos ámbitos de protección:

1.º) Si no existe al menos una prueba de cargo, válidamente admitida y practicada en el proceso penal, considerada suficiente por el juez decisor en su motivada sentencia, no se enerva la presunción de inocencia y por tanto procede la absolución del acusado. Prueba de cargo es la practicada en el juicio oral, o en otro caso que tenga un valor idéntico (las diligencias de investigación en algunos supuestos o la prueba preconstituida).

2.º) Por ello, la falta absoluta de pruebas, o la nulidad de todas las ofrecidas, conlleva la aplicación de la presunción de inocencia.

3.º) Como garantía constitucional, protege la validez constitucional y legal de la prueba, el derecho al silencio del acusado y el derecho a la no autoincriminación del mismo (*nemo tenetur se ipsum accusare*).

4.º) No es una presunción y, por tanto, no opera como tal, sino una garantía constitucional y un derecho fundamental. La denominación presunción obedece a la comodidad de léxico del S. XVIII. Por ello la doctrina que entiende que debemos buscar y probar el hecho base o indicio es errónea, ya que ni existe, ni se debe probar nada.

Las ocasiones en las que nuestro Tribunal Constitucional ha tratado el principio de la presunción de inocencia son incontables. Sin embargo, quedan flecos todavía por resolver. Por ello creo que sus razonamientos deben llevarse a la Ley de Enjuiciamiento Criminal que se proyecta, porque, aun siendo el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.1 de la CE uno de los más alegados en las demandas de amparo constitucional, todavía surgen problemas inesperados. Uno de esos flecos es el indicio. El indicio está cambiando nuestro derecho probatorio. La jurisprudencia se ha dado cuenta de que la valoración de la prueba a la luz de la presunción de inocencia no puede sostenerse ante determinados crímenes y en determinadas circunstancias.

Esto está revolucionando el proceso penal y su alcance todavía solo se intuye (Gómez, 2021).

La explicación de este fenómeno, en el que está en juego la interpretación tradicional, y vigente hoy, del principio de la libre valoración de la prueba, y que está contribuyendo a crear una verdadera presunción de culpabilidad, merece una explicación. Salvo en casos poco frecuentes en la práctica, por ejemplo, de flagrante delito o de confesión voluntaria del mismo por su autor, la prueba de lo sucedido no suele ser al principio muy clara. Cierto que cuando hay un testigo presencial hay una base consistente para lo que en su día será una prueba sólida de cargo. Pero lo normal es que el delincuente prepare su delito en secreto y se asegure su impunidad ocultando su ejecución lo mejor posible. En estos casos no hay inicialmente pruebas. Y sin pruebas no vamos a poder lograr la condena del autor del delito. Como mucho hay pistas, circunstancias, sospechas, conjeturas, deducciones lógicas, apariencias, que nos van a permitir mediante actos de investigación adecuados, ejecutados por personas inteligentes, poder llegar un día a tener una prueba de cargo irrefutable. Hay solo indicios.

La jurisprudencia siempre ha admitido la validez del indicio en el proceso penal. Lo que se ha producido en España en los últimos años (desde 1985), es una enorme revalorización del mismo (SS TC 174 y 175/1985, de 17 de diciembre). La grave cuestión es si por no tener una prueba de cargo clara, directa, contundente y suficiente, el sistema permite decretar directamente la absolución del acusado, lo que socialmente podría ser muy difícil de admitir, o si, al contrario, la existencia de esas conjeturas puede, tras un elaborado análisis lógico, llevar a una prueba de cargo y por tanto condenar al acusado.

Para la jurisprudencia, los indicios, o prueba de indicios como gusta llamarlos, tienen una naturaleza y estructura similar a las presunciones. Esto significa para la Sala II (Penal) de nuestro Tribunal Supremo y, coherentemente, para los demás tribunales penales españoles, dos consecuencias: 1.^a) Los indicios tienen la estructura lógica de las presunciones, aunque para la jurisprudencia del TS es preferible no hablar en el proceso penal de prueba

de presunciones sino de «prueba de indicios» [STS Sala II núm. 532/2019, de 4 de noviembre (RJ 2019\4781 (Tol 7575400), FD 1.º). 2.ª]. La manera de estructurar lo que el TS denomina «la prueba de indicios» es la de presunción (sin referirse a ella explícitamente casi nunca, lo que resulta muy curioso, puesto que en realidad se está remitiendo a la estructura de las presunciones formulada desde el proceso civil).

La jurisprudencia, sin embargo, no elabora toda la construcción dogmática del indicio procesal penal, incardinado en una presunción (no admitida expresamente, sigo recordando, casi nunca), con carácter general, válido para todos los hechos que sean relevantes en la investigación del crimen, sino solo y exclusivamente para fundar la acusación. Dicho con otras palabras, el indicio admitido en el proceso penal es únicamente el de cargo. No es que no exista el indicio de descargo, sí que existe también. Es que no es relevante como tal y por eso la jurisprudencia no lo identifica ni trata con la misma intensidad y rigor que el indicio de cargo. Tiene su lógica, porque si el indicio, que siempre debe probarse, es de descargo, es suficiente para generar al menos la duda y por ello, bien por medio del derecho a la presunción de inocencia (al enervar la prueba de cargo), bien por la máxima *in dubio pro reo* (al generar dudas), la absolución está garantizada. El TS español habla en la jurisprudencia aquí citada de contraindicios.

El reconocimiento por la jurisprudencia de la existencia del indicio de cargo tiene un fin: Elaborar la presunción de culpabilidad. Por ello, a la vista de lo expuesto hasta aquí, es razonable pensar que en el proceso penal sí existen presunciones y que esas presunciones parten de indicios probados que únicamente pueden operar de cargo, es decir, para fundar la culpabilidad del perjudicado por ellas. No ignoro la polémica doctrinal sobre la pretendida falta de identidad entre los indicios penales y las presunciones civiles (v. el excelente resumen de Vegas, 1993, pp. 141 y ss.); creo sencillamente que, a la vista de la jurisprudencia hoy vigente y estudiada aquí, carece ya de sentido discutir sobre el tema. El indicio en el proceso penal integra indiscutiblemente la construcción de las presunciones en el mismo proceso penal. Si separamos de nuevo ambas y no admitimos la presunción en el

proceso penal por la desconfianza que la prueba de indicios nos provoca, la condena penal será imposible en la mayor parte de los casos y la impunidad de terribles criminales estará garantizada.

Debemos despejar antes el camino. En principio, las razones por las que no podrían existir en el proceso penal presunciones de culpabilidad, en el sentido técnico que estamos explicando aquí, serían dos:

a) Porque existe una institución, que ahora confunde, que lo impide, y es la propia presunción de inocencia (art. 6.2 CEDH y art. 24.2 CE). La presunción de inocencia, recordemos, no es una verdadera presunción, porque no exige ningún indicio probado que nos lleve a la absolución a través de una máxima de la experiencia. Es mucho más sencillo, es un derecho fundamental y una garantía constitucional, que se limita a obligar al acusado a ser absuelto cuando no exista ninguna prueba de cargo en su contra. Solo puede entenderse desde el punto de vista de la dignidad del ser humano, lograda por la Revolución Francesa gracias a la Ilustración, que hoy impera y se reconoce en todas las democracias; no puedo entrar ahora en la extensa doctrina del TC y del TS sobre la presunción de inocencia, ni tampoco en la mucha bibliografía existente sobre el tema (solo a efectos de cita de partida véanse la mencionada *supra* S TC 34/1996; y Vegas, 1993, pp. 15 y ss.).

El problema se plantea entonces cuando la jurisprudencia admite que uno o varios indicios puedan destruirla, pero no porque sea una presunción, sino porque el indicio o la suma de indicios se hace equivalente a la prueba de cargo. Este es el verdadero problema y no la confusión entre presunción judicial y presunción de inocencia.

b) *In dubio pro reo* es la segunda razón. Tampoco estamos ante un indicio, ni ante una presunción a la que se llega por la aplicación de una máxima de la experiencia, ni siquiera es un principio procesal, por mucho que se quiera identificar como la otra cara de la moneda de la presunción de inocencia, sino tan solo estamos ante una sencilla regla probatoria (deben leerse con calma las sugerentes páginas que dedica a esta regla, Guerrero, 2009, pp. 211 a 238). La ley exige convicción absoluta (recordemos, en conciencia, con íntima

convicción, de acuerdo con la sana crítica, libremente, sin arbitrariedad ni fala de motivación, más allá de cualquier duda razonable) para condenar, por las mismas razones de protección de la dignidad del ser humano aludidas, lo que significa que cuando la convicción de inocencia sea absoluta debe absolver, pero también debe hacerlo cuando tenga una duda consistente, razonable, lógica, sobre la autoría de los hechos y la culpabilidad del acusado (véase la S TC 44/1989, de 20 de febrero).

Libre de obstáculos nuestro pensamiento, la deducción lógica de todo ello, a la vista de la jurisprudencia que admite los indicios de cargo, es decir, para condenar a un acusado, es que, se quiera o no se quiera, en realidad se elude, en el proceso penal la jurisprudencia ha consagrado la existencia y validez de la presunción de culpabilidad. En todos los ejemplos jurisprudenciales que podemos leer, los indicios han sido aplicados por el Tribunal Supremo para condenar, no para absolver. La existencia de la presunción de culpabilidad no solo implica la enervación de la presunción de inocencia, también repercute directamente en la valoración de la prueba penal, y, por tanto, en el principio de libre valoración, porque implica una relajación de la fortaleza que desde la Revolución Francesa se ha conseguido prohibiendo la sujeción del juez penal a un criterio legal probatorio, y solo a la razón, es decir, a su conciencia (art. 741, I LECRIM), a su íntima convicción (en definitiva, a su libre albedrío fundado y no arbitrario).

El problema es que se ha confundido la necesidad de valorar los indicios para considerarlos suficientes a fines de enervar la presunción de inocencia con el principio de libre valoración; tampoco es que el propio principio de la libre valoración sea ajeno a una gran controversia, incluso filosófica (Ferrajoli, 1995, pp. 129 y ss.; Ferrer, 2007, pp. 91 y ss.; González, 2003, II, pp. 39 y ss.; Vegas, 1993, pp. 157 y ss.; y Nieva, 2010, pp. 196 y ss.). La jurisprudencia no es ajena a esta confusión (S TSJ Madrid 13/2004, cit., FD-7). En mi opinión, la relajación del principio significa su flexibilidad, su interpretación menos rígida. Dicho con otras palabras, su aplicación para condenar basándose en la inexistencia de una prueba de cargo suficiente, sino

en una presunción de culpabilidad que, por ello mismo está fundada en uno o varios indicios de cargo.

Y dicho relajo se produce:

1.º) porque hasta ahora cuando el juez penal estaba íntimamente convencido de la existencia de una prueba de cargo, debía condenar, mientras que a partir de ahora el convencimiento libre no lo va a ser sobre una prueba de cargo, sino sobre un nivel probatorio inferior, el indicio de cargo;

2.º) porque su convencimiento no se funda en una prueba directa indubitada, sino en una máxima de la experiencia, que no hay que probar (lo que hay que probar es el indicio), sino solo expresar de manera no absurda en la resolución, lo que permite un mayor abanico de interpretaciones y, por ello, puede significar que su control sea más difícil en los recursos que contra la resolución quepan;

3.º) porque con estos criterios el principio de libre valoración de la prueba no se deja en manos del único juez legitimado para ello, el juez o tribunal penal sentenciador en la primera instancia, sino que se desplaza a las manos del juez o tribunal que conozca del recurso, que sin el principio de inmediación se ve así obligado a valorar si el razonamiento del juez *a quo* ha sido lógico, razonable, coherente y sensato, o, por el contrario, irracional, arbitrario, absurdo o ilógico; y

4.º) dadas estas consecuencias y por extensión, vemos imposible de atacar la decisión ordinaria final en amparo ante el TC, porque si bien es cierto que una infracción del principio de libre valoración de la prueba puede vulnerar tanto el derecho de acceso a la justicia (tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE), como el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2), en función de cada caso, lo cierto es que ningún tribunal llega a conclusiones escritas manifiestamente irracionales, arbitrarias, ilógicas o absurdas de manera consciente, todo lo más a deducciones inconscientes apartadas de la lógica dominante; lo normal sin embargo es que llegue a una conclusión posible, aunque no sea la más acertada, y por efectos de la propia restricción

del principio de valoración que el mismo TC ha sentado como doctrina, verse obligado a aceptarla y, con ello, rechazar el amparo del injustamente condenado.

En definitiva, el principio de la libre valoración ya no puede ser interpretado de la manera tradicional cuando la acusación se funda solo en indicios de cargo; un gran catedrático de filosofía del derecho español lo ha intuido, con inteligente finura, en el mismo sentido expresado en el texto (Igartua, 1994, p. 56). Es por ello imprescindible que la nueva LECRIM aborde definitivamente una regulación legal del indicio, en toda su amplitud.

La oralidad y la simplificación procedimental.

El procedimiento debería cambiar también en la nueva LECRIM, y profundamente, desde dos perspectivas:

a) En primer lugar, se debe conseguir una auténtica vigencia del principio de oralidad. El nuevo proceso penal debería estructurarse en audiencias, no más de tres. Así, el proceso penal debería comenzar con la acusación, sin perjuicio de la necesaria fase previa de investigación. Y debe comenzar con una audiencia preliminar en la que se formule dicha acusación, basada en indicios fundados, contra el investigado y en la que se le impongan las medidas cautelares que se considere procedentes. A partir de ahí debe preverse un tiempo de aseguramiento para avanzar en la investigación y para practicar los actos procesales que se considere necesarios, especialmente a instancias de la defensa. El Fiscal comunicará a su finalización las pruebas de cargo que tiene y se citará para una segunda audiencia (una audiencia de control formal) en el caso de que la defensa considere que no hay delito, que hay falta de presupuestos procesales o que alguna prueba ha sido obtenida vulnerando los derechos fundamentales.

A la tercera audiencia, la de juicio oral, se llegará libre de inconvenientes formales, solo para discutir el fondo, para probar la culpabilidad o inocencia del acusado ante el tribunal de escabinos o el juez profesional. Ciertamente,

hay problemas por la oralidad que deben resolverse bien, por ejemplo, la acomodación de las consecuencias del principio de oralidad al enjuiciamiento de la delincuencia organizada, que puede afectar muy gravemente a los principios de inmediación y publicidad en los macrojuicios.

b) En segundo lugar, la nueva LECRIM debe acabar con el caos procedimental actual y suprimir todos los procesos ordinarios y especiales, dejándolo en un único proceso penal, con dos especialidades, según se celebre ante tribunal de escabinos o no, lo que implicaría una regulación distinta del juicio oral, y de la deliberación y votación de la sentencia; y según exista conformidad (justicia negociada) o no, lo que implicaría fijar el momento o momentos en que se puede producir y la regulación del salto a dictarse sentencia directamente por el juez competente. Todos los procesos penales especiales actuales dejarían de serlo, y si se han de prever especialidades en casos de aforamiento, rebeldía del acusado, delitos contra el honor (privados) o delitos de imprenta, se incardinarían disposiciones específicas en su lugar oportuno, sin alterar la esencia del proceso penal ordinario. La intervención de la Fiscalía Europea se acomodaría a normas particulares en la instrucción y en el juicio oral.

Las relativas a aspectos procesales concretos.

Quedarían algunas cuestiones importantes por decidir. Enumero las que considero más relevantes:

1.^a) ¿Qué hacemos con la acción popular? Hay corrientes de pensamiento contrarias a ella, pero casi todas tienen un sesgo ideológico, porque se ha empezado a discutir la acción popular cuando se comienza a utilizar como instrumento de presión política o torticeramente para obtener información a la que en ningún caso debería tener derecho quien la reclama. Tiene la ventaja de que permite controlar a aquel Fiscal que no parece dispuesto a hacer lo necesario para fundar sólidamente la acusación. El Tribunal Supremo ha limitado su papel en los llamados casos Botín y Atuxa (véanse las SS TS Sala II núm. 1045/2007, de 17 de diciembre, RA 8844, *caso Botín*; y núm. 54/2008,

de 8 de abril (RJ 2008\1325, *caso Atutxa*; tuvieron ocasión de pronunciarse sobre el alcance procesal del ejercicio de la acción popular prevista en el art. 125 CE, Gimeno, 2008; y Muerza, 2007), validados constitucionalmente por nuestro Tribunal Constitucional, estableciendo una doctrina que en verdad no tiene el fundamento, ni constitucional ni legal explícito (el art. 782.1 LECRIM nada dice expresamente al respecto), que debería tener al tratarse de una limitación de un derecho constitucional. El TC no revisó la doctrina Botín por desistimiento de la demanda de amparo, pero sí la doctrina Atuxa, declarándola constitucional (Sentencia núm. 205/2013, de 5 de diciembre, con votos particulares relevantes). Pero el Tribunal Europeo de Derechos declaró que había existido violación del art. 6.1 del CEDH (Sentencia TEDH de 13 de junio de 2017), y el Tribunal Supremo (Sentencia TS núm. 510/2019, de 28 de octubre (RJ 2019\4323), estimó la revisión y anuló la primera decisión.

En función de esa doctrina, por un lado, no es posible abrir juicio oral solo con la acusación popular, es decir, si la fiscalía y la acusación particular, parte en el proceso, han solicitado el sobreseimiento de la causa; y, por otro, a pesar de esa doctrina, es posible abrir el juicio sin acusación pública de la fiscalía si el delito afecta a intereses colectivos o si los perjudicados no se hubieran personado. La realidad es que está prevista en el art. 125 CE y, por tanto, hay que seguir contando con ella. Que se estudie una limitación de su legitimación o un acotamiento de su intervención es un tema, sin embargo, que inevitablemente se tendrá que abordar, y de hecho, estoy convencido de que a partir de su aprobación la exclusión tendrá fundamento explícito en la nueva LECRIM.

2.^a) ¿Cómo acomodamos a nuestra instrucción del delito el magma de normas que actualmente la regulan? Si nos fijamos, además de las disposiciones de la LECRIM, nos afectan normas supranacionales e internacionales, normas europeas, principalmente en materia de derechos humanos; sin perjuicio de tener que adaptar multitud de Reglamentos y Directivas europeas (por ejemplo, por estar ahora pendiente de adaptación, el de la Fiscalía Europea, Rto. (UE) 2017/1939, ya citado en este trabajo); también se ha de prever

y cumplir con no menos normas europeas sobre intercambio de actos de investigación y probatorio, así como sobre medidas cautelares, sin perjuicio de la compleja normativa sobre reconocimiento y ejecución de condenas, entre países. A ello añadamos la gran cantidad de circulares e instrucciones internas de la Fiscalía que, instruyendo éste, van a alcanzar un enorme valor a partir de ahora. Francamente, se intuye muy complicado, ante la dificultad de no saber muy bien cómo conseguirlo.

Conclusiones

He hecho hasta aquí un apretado resumen de cómo enfocaría el contenido de una totalmente nueva LECRIM. Evidentemente es una mera opinión sobre el tema, fundada, pero privada.

En definitiva, apuesto sistemáticamente por una evolución propia y no por un modelo extranjero, aunque se recojan instituciones claves del sistema adversarial angloamericano. Ese proceso penal español totalmente renovado debería basarse más en la Constitución y en la doctrina del TEDH y de nuestro Tribunal Constitucional, recogiendo y regulando todos los avances jurisprudenciales, particularmente en materia de derechos fundamentales del investigado. El aporte ya existente del Tribunal Supremo compatible con el nuevo proceso debería ser tenido en cuenta siempre.

Normativamente, es el momento de reunir en un único cuerpo legal todas las normas europeas que afectan al proceso penal. También debería hacerse un estudio detenido de aquellas interpretaciones de la Fiscalía expresadas ya en circulares e instrucciones que fueran compatibles con el nuevo proceso, para incorporarlas y facilitar así su general aplicación. Por lo demás, sin entrar ahora en los detalles expuestos en este artículo, recuerdo la necesidad de optar procedimentalmente por una verdadera oralidad y de lograr una auténtica simplificación procedimental.

En cuanto a las cuestiones orgánicas, creo sinceramente que debe reformarse nuestra Fiscalía y separarla del Poder Ejecutivo. Un análisis

interdisciplinar serio y riguroso para levantar la pesada carga que pesa sobre la abogacía en los temas de defensa de oficio, pensando en crear una Defensoría Penal Pública, no debería descartarse solo por no gustar a determinados colectivos.

Y termino: Pensar en que solo con una nueva y muy buena ley de enjuiciamiento criminal resolveremos todos los problemas actuales de nuestra justicia penal es una ingenuidad y, probablemente, también una irresponsabilidad. Ello solo se logrará cuando el poder político se crea de verdad que sin justicia no hay una verdadera democracia, no considere a los jueces sus enemigos y emprenda una acción conjunta, de amplios y variados frentes, para alcanzar la justicia que los españoles deseamos y nos merecemos hoy.

Referencias

- Armenta D, T. (2006). *Justicia de proximidad*. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Barona, S. (2011). *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Consejo de Estado (2018, noviembre 15). Propuesta de Reforma constitucional e Informe sobre el Procedimiento que debe seguirse para su tramitación, N.º E 1/2018. <https://www.consejo-estado.es/pdf/Informe%20Consejo%20de%20Estado.PDF>
- Esparza, I. (1995). *El principio del proceso debido*. Barcelona: Editorial Bosch.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (trad. P. Andrés et al.). Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrer, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Gimeno, J. V. (2008). La doctrina del Tribunal Supremo sobre la Acusación Popular: Los casos «BOTÍN» y «ATUTXA». *Diario La Ley*, (6970), 1-8.
- Gómez, J. L. (2021). *El indicio de cargo*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Gómez, J. L. (2020a). Nuevos instrumentos para la investigación del crimen: La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas. Temas de relevancia práctica. En J. L. Gómez (Dir.) y C. Madrid (Coord.). *La instrucción del crimen: algunos problemas procesales*. Madrid: Editorial Sepin.
- Gómez, J. L. (2020b). Die Zunahme des staatlichen Interventionismus bei der Ermittlung von Straftaten. En *Festschrift für Ulrich Sieber* (en prensa).

- Gómez, J. L. (2020c). Los retos que debe afrontar una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal en España. *Boletín Electrónico CRONUS LO MEJOR DE LA SEMANA*, (58), 1-22. <https://www.otrosi.net/analisis/los-retos-afrontar-una-nueva-ley-enjuiciamiento-criminal-espana>
- Gómez, J. L. (2020d). *La contracción del Derecho Procesal Penal*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Gómez, J. L. (2020e). La inserción de la Fiscalía Europea en el sistema procesal penal español. En V. Moreno & M. I. Romero (Dir.). *Nuevos postulados de la cooperación penal en la Unión Europea. Libro homenaje a la Profa. Isabel González Cano*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Gómez, J. L. (2019). Proceso penal moderno e investigación del crimen: El problema del aumento del intervencionismo público. En P. Llopis, E. de Luis, F. Jiménez & R. Bellido (Dir.). *Justicia: ¿Garantías «versus» eficiencia? II Congreso Internacional de la ADPUE*, (pp. 265-294). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Gómez, J. L. (2018a) [2.ª ed.]. *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho*. México: INACIPE.
- Gómez, J. L. (2018b). La Fiscalía española, ¿debe ser una institución independiente? *Teoría y Realidad Constitucional*, (41), 157-184.
- Gómez, J. L. (2017). La inconstitucional desprotección administrativa de la mujer-víctima de hechos delictivos e ilícitos de acoso sexual, acoso laboral o trato vejatorio y degradante, cometidos por su superior jerárquico funcionario público. En M. J. Dolz & J. L. Gómez (Coords.). *La lucha por la Justicia y el Derecho en el siglo XXI. In Memoriam del Magistrado Rafael Salvador Manzana Laguarda* (pp. 273-310). Madrid: Editorial Sepin.
- Gómez, J. L. (2016). El proceso penal de la confusión. En Díez-Picazo, I. & Vegas, J. (Coord.), *Derecho, Justicia, Universidad. Liber Amicorum de Andrés De La Oliva Santos. Tomo I* (pp. 1449-1472). Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Gómez, J. L. (2015a). *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito* [2.ª ed.]. Pamplona: Editorial Aranzadi.
- Gómez, J. L. (2015b). *Los fundamentos del sistema adversarial de enjuiciamiento criminal*. Bogotá: Editorial Andrés Morales y Universidad Sergio Arboleda.
- Gómez, J. L. (Coord.) (2014). *La prueba de ADN en el proceso penal*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Gómez, J. L. (Coord.) (2013). *Introducción al Proceso Penal Federal de los Estados Unidos de Norteamérica*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Gómez, J. L. (2012). *El proceso penal adversarial. Una crítica constructiva sobre el llamado sistema acusatorio*. México D.F.: Editorial UBIJUS-Félix Cárdenas S.C.

- Gómez, J. L. (2009). Realidad social, política criminal, dogmática penal y nuevo proceso penal español adversarial. En J. C. Carbonell, J. L. González, & E. Orts (Dirs.) & M. L. Cuerda (Coord.). *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*. (739-764). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Gómez, J. L. (2003). Estado democrático y modelo policial: Una propuesta de diseño de cara a lograr una investigación eficaz del crimen. En K. Ambos, J. L. Gómez, & R. Vogler (Eds.): *La Policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos. Un proyecto de investigación internacional*. (pp. 1 y ss.). Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Gómez, J. L. (1999). *Comentarios a la Ley del Jurado*. J. L. Gómez & J. Montero (Coords.). Pamplona: Editorial Aranzadi.
- Gómez, J. L. (1997). La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal. Aspectos estructurales a la luz del Derecho comparado. En J. L. Gómez, J. L. González, *La Reforma de la Justicia Penal. Estudios en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Klaus Tiedemann*. (pp. 459-498). Castellón: Editorial Universitat Jaume I de Castellón.
- Gómez, J. L. (1988). *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*. Barcelona: Editorial Librería Bosch.
- Gómez, J. L. (1985). *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*. Barcelona: Editorial Bosch.
- Gómez, J. L. & Esparza, I. (2009-1). *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Gómez, J. L., Planchadell, A. (2017). Prueba prohibida. En M. I. González (Dir.) & M. I. Romero (Coord.). *La prueba, tomo II: «La prueba en el proceso penal»* (pp. 365-438). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- González, D. (2003). Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (I). *Jueces para la Democracia* (46), 17-26.
- González, D. (2003). Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II). *Jueces para la Democracia* (47), 35-50.
- Guerrero, O. J. (2009). *Institutos probatorios del nuevo proceso penal*. Bogotá: Editorial Nueva Jurídica.
- Igartua, J. (1995). *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Illuminati, G. (2010). El sistema acusatorio en Italia. L. Bachmaier (Coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios* (pp. 135-160). Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Israel, J. H., Kamisar, Y., LaFave, W. R. & King, N. J. (2011). *Criminal Procedure and the Constitution. Leading Supreme Court Cases and Introductory Text*. St. Paul Minn.: Editorial Thomson-West.

- Israel, J. H., Kamisar, Y., LaFave, W. R. & King, N. J. (2012). *Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Casos destacados del Tribunal Supremo y Texto Introductorio* [Trad. J. L. Gómez et al]. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- LaFave, W. R. & Israel, J. H. (1984). *Criminal Procedure*, vol 1. St. Paul Minn.: Editorial West Publishing.
- Léger, Ph. (2009, septiembre 1). *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*. <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/094000401.pdf>
- Marchena, M. et al. (2015). *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*. Madrid: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna.
- Meyer-Göbner, L. & Schmitt, B. (2015). *Strafprozessordnung* [58.^a ed.]. München: Editorial C. H. Beck.
- Ministerio de Justicia (2011). *Anteproyectos de Ley para un nuevo Proceso Penal*. Madrid: Editorial Secretaría General Técnica - Ministerio de Justicia.
- Ministerio de Justicia (2013). Propuesta de texto articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012. https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430153214-Propuesta_texto_articulado_L.E.Crim.PDF
- Montero, J. (1992). El principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual. En *Revista Justicia*, (IV), 775-788.
- Montero, J. (1994). La garantía procesal penal y el principio acusatorio. *La Ley* 1994, (t. I.) 973-984.
- Montero, J. (1997). *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Montero, J. (1999, febrero 16). El juez que instruye no juzga (La incompatibilidad de funciones dentro del mismo proceso). *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, (1), 1801-1816.
- Montero, J. (2006). *Proceso (civil y penal) y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Montero, J. (2008). *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*. Madrid: Editorial Thomson-Civitas.
- Montero, J. (2008a). Principio acusatorio y prueba en el proceso penal. *Prueba y proceso penal (Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado)* (pp. 17-74). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Montero, J., Gómez, J. L., Montón, A. & Barona, S. (1999a). *Derecho Jurisdiccional, I. Parte General* [9.^a ed.]. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

- Montero, J., Gómez, J. L., Montón, A. & Barona, S. (1999b). *Derecho Jurisdiccional*, III. *Proceso Penal* [8.ª ed.]. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Montero, J., Gómez, J. L., Barona, S., Espaza, I., Etxeberria, J. F. (2019). *Derecho Jurisdiccional*, t. III, *Proceso penal*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Montero, J., Flors, J. & López, G. (1997). *Contestaciones al programa de Derecho Procesal Penal para acceso a las carreras Judicial y Fiscal* [1.ª ed.]. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Muerza, J. J. (2007). Vinculación del tribunal a la pena solicitada por las acusaciones. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, (726), 3.
- Nieva, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) (2000. Marzo 24). Resolución de Consejo C (97) 64/FINAL, *Mejorar el acceso a la información bancaria por motivos fiscales*. <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/38623405.pdf>
- OLAF, Oficina Europea de Lucha contra el Fraude. https://ec.europa.eu/anti-fraud/home_es
- Roxin, C. (2015). Sobre el desarrollo del Derecho Procesal Penal alemán. A. F. Duque (Comp.), *Perspectivas y retos del proceso penal* (pp. 366-378). Medellín: Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.
- Roxin, C. & Schünemann, B. (2017). *Strafverfahrensrecht* [29.ª ed.]. München: Editorial C.H. Beck.
- Simas, M., Leal-Henriques, M. & Simas, J. (2010). *Noções de Processo Penal*. Lisboa: Editorial Rei dos Livros.
- Simon, D. (1985). *La independencia del Juez* (trad. Ximénez-Carrillo). Barcelona: Editorial Ariel.
- Taruffo, M. (2009). La cultura de la imparcialidad en los países del Common Law y del Derecho continental. *La imparcialidad judicial. Estudios de Derecho Judicial* (151), 95-120).
- Vegas, J. (1993). *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. Madrid: Editorial La Ley.
- Vidales, C. & Planchadell, A. (2018). *Decomiso. Estudio de la Normativa Internacional y de la Legislación Española (Aspectos Penales y Procesales)*. Madrid: Editorial Centro para la Administración de Justicia.
- Villagómez, M. (1989). *El nuevo proceso penal italiano*. Madrid: Editorial Ministerio de Justicia.