

LA INSTRUCCIÓN COMO FALSA “PRIMERA INSTANCIA” DEL PROCESO PENAL: HACIA UNA TOTAL SUPERACIÓN DEL SISTEMA INQUISITIVO

Jordi NIEVA FENOLL
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de Barcelona

RESUMEN: El proceso penal actual aún arrastra muchas características del antiguo sistema inquisitivo en muchos países, de hecho, en la mayoría de ellos. Quizás una de las principales es que la instrucción siga siendo una fase central del proceso, casi una especie de extraña primera instancia. Este artículo intenta identificar esos restos del pasado y propone una reforma global para que todo el proceso en su conjunto sea definitivamente acusatorio.

PALABRAS CLAVE: Acusatorio; imputación; prueba; prisión provisional.

ABSTRACT: The current criminal process still has many characteristics of the old inquisitorial system in many countries, in fact in most of them. Probably the most important one is that the investigation phase continues to be a central phase of the process, almost a kind of strange first instance. This article tries to identify those remnants of the past and proposes a global reform so that the whole criminal procedure becomes definitely accusatorial.

KEYWORDS: Accusatorial; indictment; evidence; provisional detention.

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Once arrastres del sistema inquisitivo en el proceso penal actual. 2.1. La competencia mixta de algunos juzgados de instrucción y el enjuiciamiento de delitos leves. 2.2. Un juez como director de la instrucción. 2. 3. La imputación: una acusación de oficio. 2.4. La extraña vigencia de la incoación de oficio. 2.5. El peso aplastante de la instrucción sobre el juicio oral. 2.6. La instrucción: una extraña “primera instancia”. 2.7. La ridícula extensión de la regulación del juicio oral. 2.8. El abuso del “sobreseimiento provisional”. 2.9. Algunos restos de prueba legal. 2.10. El absurdo derecho a la última palabra. 2.11. El abuso de la prisión provisional.—3. La policía: un actor entonces inexistente.—4. Hacia un modelo definitivamente acusatorio.

*A Manuel MIRANDA ESTRAMPES,
entrañable colega
y admirable procesal-penalista.
Siempre demostró tanta excelencia
como humildad.*

1. INTRODUCCIÓN

Muchas veces los procesalistas recomendamos la lectura de la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. Aunque alguno de sus pasajes está fuera de época, en su conjunto es un texto bien escrito, con un lenguaje sencillo y directo, y que sobre todo no ahorra críticas a la lamentable situación judicial entonces existente. Aunque sin duda la intención del texto era defender la reforma –por otra parte como cualquier exposición de motivos–, las palabras del legislador tuvieron que levantar muchas ampollas entre varios jueces de la época¹, y lo cierto es que la valentía del ministro que inspiró el cambio alentó una situación como la presente, que pese a todos los pesares es infinitamente mejor que la de 1882.

Con todo, repasando ese texto, uno se encuentra con la tremenda sorpresa de que muchos de los problemas que menciona como propios de su tiempo, siguen totalmente vigentes a día de hoy. La explicación a ello es multifactorial, como iremos viendo en cada caso. En algunos puntos una nueva ley por sí sola, sin más, no era eficaz desde un principio para afrontar el problema en concreto. En otros, el inconveniente fue la falta de infraestructuras judiciales, endémica en aquel momento. También hay que sumar la absoluta falta de formación de los jueces en el nuevo sistema, lo que claramente hizo que de algún modo intentaran seguir aplicando en buena medida el antiguo, situación que se arrastra, aunque sea sorprendente, hasta el presente en varios casos. Tampoco se puede descartar la sempiterna resistencia al cambio tan propia de la profesión jurídica, tan absurdamente ligada a la “tradición” y tan alejada, por lo general, del método científico en beneficio de los hábitos escolásticos medievales, que aún son perfectamente perceptibles en tantos y tantos escritos de la doctrina. Sin el “argumento de autoridad” –de los autores o de la jurisprudencia– buena parte de la literatura jurídica actual simplemente no existiría. Falta muchísima creatividad y sobre todo experimentación previa a las reformas, y sobra argumentación aparente, y en el fondo falsaría, al carecer tan habitualmente de un sustento de datos de la realidad.

¹ Decía la propia E. de M: “Quizá se tache de exagerada e injusta esta crítica de la organización de nuestra justicia criminal. ¡Ojalá que lo fuera! Pero el Ministro que suscribe no manda en su razón y está obligado a decir a V. M. la verdad tal como la siente, que las llagas sociales no se curan ocultándolas, sino al revés, midiendo su extensión y profundidad y estudiando su origen y naturaleza para aplicar el oportuno remedio.” (...) “Todas estas concesiones al principio de libertad, que a una parte de nuestros Jueces y Magistrados parecerán sin duda exorbitantes...”

Pero volviendo al tema, el hecho cierto es que pese a todas las reformas y a un evidente cambio de época acaecido –en varios países– sobre todo en el último cuarto del siglo XX², en algunos aspectos verdaderamente centrales seguimos en el siglo XIX, lo que equivale a decir, en determinados puntos, en la Edad Media. Visto con frialdad, el panorama resulta claramente sorprendente y decepcionante.

En el presente trabajo trataré de descubrir los puntos más importantes de esos arrastres del pasado, con la finalidad de que puedan ser corregidos cuanto antes y no sean heredados por las próximas reformas, al menos sin consciencia de que se trata de aspectos trasnochados que convendría que fueran eliminados definitivamente, y no con el simple argumento de su antigüedad, lo que sería una falacia, sino por no existir una razón científica para mantenerlos.

A día de hoy, un legislador reformista que pretenda la excelencia no se puede limitar a repetir lo que ya existe en buena medida. El cambio de paradigma debe ser total, al menos con respecto a la fase de instrucción.

II. ONCE ARRASTRES DEL SISTEMA INQUISITIVO EN EL PROCESO PENAL ACTUAL

Una de las afirmaciones que más pueden sorprender es que el proceso penal actual sigue siendo en buena medida inquisitivo, y no sólo en España. Para confirmarlo, basta darse cuenta de que el peso de la investigación criminal, y muchas veces de la sentencia, suele estar en las actuaciones policiales, y sobre ellas no hay transparencia suficiente todavía. En realidad, adolecen de una alarmante falta de regulación que hace que muchas de ellas estén en una especie de limbo jurídico hasta que son enviadas al infierno de la prueba ilícita por los jueces, o bien, con enorme frecuencia, al “cielo” populista de las condenas, en detrimento tantas veces de la presunción de inocencia³, que sigue sin ser comprendida⁴ casi 2.000 años después de que la enunciara ULPIANO⁵.

Pero al margen de ello, que ya es lo suficientemente alarmante, quedan directamente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal claros vestigios del antiguo

² Probablemente como consecuencia de la impronta que supuso la reforma alemana de 9 de diciembre de 1974, que confió la instrucción al ministerio fiscal: “Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts (1. StVRG)”, *Bundesgesetzblatt*, 1974, n. 132, 11-12-1974. https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#__bgbl__%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl174s3393.pdf%27%5D__1549615998240.

³ Sobre el tema, ILLUMINATI, Giulio, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna 1979.

⁴ Lo denuncié reiteradamente en NIEVA FENOLL, *La duda en el proceso penal*, Madrid 2013.

⁵ Dig. L. 48, tít. 19, 5. Ulpiano: “*sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari divus traianus adsidio severo rescripsit: satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari.*” Trad. “*Pero Trajano respondió por rescripto a Adsideo Severo que nadie debía ser condenado por sospechas: es preferible que se deje impune el delito de un culpable antes que condenar a un inocente.*”

sistema inquisitivo⁶ que tendrían que haberse suprimido hace bastante tiempo, y que curiosamente no son realmente los que la jurisprudencia ha identificado con mayor vigor, entre ellos la prueba de oficio⁷ o las posibilidades del juez de seguir una actuación independiente de la acusación en el juicio oral⁸. Ambas han sido cuestionadas o suprimidas cubriéndose bajo el manto de un supuesto respeto del “principio acusatorio”. Ello es en parte cierto en cuanto a la prueba de oficio, aunque sería bastante más apropiado decir que se trata más bien de una implementación parcial del principio de aportación de parte –el contrario al inquisitivo– en el proceso penal, y no tanto algo que implique al “principio acusatorio”. En cuanto a la segunda, estamos ante una a mi juicio errónea introducción del principio dispositivo⁹, normalmente del ministerio público, en el enjuiciamiento criminal, en la que tiene probablemente bastante responsabilidad el legislador de 1882¹⁰. El sistema inquisitivo posee como única característica descriptiva incontrovertible el hecho de que quien acusa y quien juzga no pueden ser la misma persona¹¹. Y los dos aspectos citados no afectan en absoluto a ese punto, tampoco el segundo, siempre

⁶ Sobre el sistema y su confrontación histórica con el acusatorio, vid. ILLUMINATI, Giulio, “Accusatorio ed inquisitorio (sistema)”, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma 1988, pp. 1 y ss.

⁷ STS 413/2015, 30-6-2015, STS 276/2012, 2-4-2012, STS 306/2003, 4-4-2003, STS 1100/2002, 13-6-2002, STS 1186/2000, 28-6-2000.

⁸ Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª de 2-12-2006: “*El tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa.*”

⁹ CONSO, Giovanni, “Accusa e sistema accusatorio”, *Enciclopedia del diritto*, V. I, 1958, pp. 369 y ss

¹⁰ Vid. E. De M.: “Y suponiendo que algún día el legislador, echándose en brazos de la lógica, llegase hasta este último límite del sistema acusatorio, el Gobierno de V. M. ha creído que la transición era demasiado brusca para este país, en que los Jueces han sido hasta ahora omnipotentes, persiguiendo los delitos por su propia y espontánea iniciativa, instruyendo las causas los mismos que habían de fallarlas, ejerciendo la facultad omnímoda de separarse de los dictámenes fiscales, así durante la sustanciación como en la sentencia definitiva, calificando según su propio juicio el delito y designando la pena, sin consideración a las conclusiones de la acusación y la defensa y empleando, por último la fórmula de la absolución de la instancia o, lo que es lo mismo, dejando indefinidamente abierto el procedimiento cuando, faltos de prueba para condenar, infundían en su mente las diligencias sumariales livianas sospechas contra el acusado. La sociedad debe marchar como la naturaleza, gradualmente y no a saltos: los progresos jurídicos deben irse eslabonando, si han de encarnar en las costumbres del país. Por esto, el Gobierno propone a V. M. la solución contenida en el artículo 733, que no altera en rigor la virtualidad del principio acusatorio. Según la estructura de la adjunta Ley, concluso el sumario, las partes hacen la calificación provisional del hecho justificable. Sobre sus conclusiones versan las pruebas que se practican durante todo el juicio; y al término de éste, cuando ya no faltan más que los informes del Fiscal y del defensor del acusado, autorizase a una y otro para confirmar, rectificar o variar, en vista de las pruebas, su primera calificación. Al llegar a este trámite, todo, en rigor, está acabado; los Jueces han oído al reo y los testigos; han examinado las demás piezas de convicción y están en condiciones de apreciar con amplitud y acierto la naturaleza del hecho que es materia del juicio. Si en tal momento les asalta una duda grave sobre su verdadera calificación jurídica, ¿qué dificultad puede haber en que, hipotéticamente, sin prejuzgar el fallo definitivo y sólo por vía de ilustración, invite el Presidente del Tribunal al Ministerio público y defensor del procesado para que en sus informes discutan una tesis más. El principio acusatorio quedaría quebrantado si ésta no hubiera de discutirse y resolverse con arreglo a las pruebas ya practicadas, dando lugar a que se abriese de nuevo o se prorrogase el juicio, pero, como éste está ya terminado y no es permitido volver sobre él, todo lo que puede suceder es que el Fiscal o el Letrado necesiten veinticuatro horas para razonar sobre la hipótesis del Tribunal con la conveniente preparación.”

¹¹ FONSECA ANDRADE, Mauro, *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*, Curitiba 2009, p. 246.

que el juez se separe de la acusación una vez practicada la prueba. En donde sí cabe encontrar aspectos inquisitivos de nuestro proceso es en otros temas que han solido pasar inadvertidos, y de los que, en su mayoría, ya se quejaba el legislador de 1882 en la referida exposición de motivos. Enumeraré hasta once puntos al respecto.

2.1. La competencia mixta de algunos juzgados de instrucción y el enjuiciamiento de delitos leves

El primero de ellos se centra en la competencia mixta¹² de muchos juzgados de instrucción de la actualidad, que conservan la posibilidad de dictar sentencias no sólo en los procesos por delito leve, que con frecuencia se han visto precedidos de una breve instrucción a la que incluso hace referencia implícita en el art. 779.1.2^a LECrim, lo que hace que ese enjuiciamiento se convierta en virtualmente –no formalmente– inquisitivo y, de hecho, contrario a lo dispuesto en el art. 219.11^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹³.

Se trata, por tanto, de una indudable facultad inquisitiva que se ve psicológicamente reforzada por el hecho de que muchos de esos jueces dicten habitualmente sentencias en los procesos civiles. En suma, el juez de instrucción en estos casos no es sólo un juez recolector de vestigios de los delitos, que es lo que debiera ser, como le viene a encomendar el art. 299 LECrim, sino que también conoce de enjuiciamientos, lo que no presagia nada bueno en cuanto a que su función no es formular conclusiones sobre los hechos sino, como digo, simplemente recoger sus vestigios.

2.2. Un juez como director de la instrucción

Lo anterior se confirma claramente con el segundo punto: el hecho de que España sea uno de los pocos países –junto con Francia¹⁴, Luxemburgo¹⁵ y sólo marginalmente Bélgica¹⁶– del “mundo acusatorio” en el que todavía un

¹² E. de M.: “Pues bien, Señor, he aquí el conjunto de medios que el nuevo sistema ofrece para el logro de resultado tan trascendental; la sustitución de los dos grados de jurisdicción por la instancia única, la oralidad del juicio; la separación de lo civil y lo criminal en cuanto al Tribunal sentenciador; igual separación en cuanto a los Jueces instructores en ciertas ciudades populosas en donde hay más de un Juez de primera instancia y es mucha la criminalidad.”

¹³ “Haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia.”

¹⁴ Art. 49 Code de procédure pénale: Le juge d’instruction est chargé de procéder aux informations, ainsi qu’il est dit au chapitre Ier du titre III.

¹⁵ Art. 27 Code de procédure pénale: (1) Le juge d’instruction est chargé de procéder aux informations, ainsi qu’il est dit au chapitre Ier du titre III.

¹⁶ Art. 55 Code d’instruction criminelle. L’instruction est l’ensemble des actes qui ont pour objet de rechercher les auteurs d’infractions, de rassembler les preuves et de prendre les mesures destinées à permettre aux juridictions de statuer en connaissance de cause. Elle est conduite sous la direction et l’autorité du juge d’instruction.

juez dirige la instrucción¹⁷, y no el ministerio fiscal o la policía como sucede en el resto de países. Probablemente ese tema sería más bien simbólico si no fuera porque un juez, por su formación, por mucho que intente hacer solamente de recolector de indicios, como le encarga la ley, finalmente se ve compelido a enjuiciar, y no sólo a recoger vestigios, como ya se ha dicho.

Es decir, el problema no es tanto que sea un juez, un fiscal u otra autoridad la que se encargue de encontrar y compilar los vestigios, sino de que siendo un juez, para lo que ha sido instruido en sus estudios judiciales es para dictar sentencias, es decir, para formular conclusiones definitivas sobre los temas que se le plantean. Y eso es justamente lo que no debe hacer en la instrucción, como ya he dicho e iré repitiendo aún en los siguientes epígrafes, porque es la clave de toda esta cuestión.

2.3. La imputación: una acusación de oficio

El tercer punto reafirma todo lo anterior: los actos de imputación de los arts. 384 y 779 LECrim. Nuevamente se trata de manifestaciones inquisitivas, no por cómo están formulados dichos actos en la ley, sino por cómo se desarrollan en la práctica. El primero se refiere al auto de procesamiento del procedimiento ordinario. Tanto leyendo dicho artículo como acudiendo a las ideas expresadas por el propio legislador en la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882¹⁸, se saca la conclusión de que dicha imputación fue concebida como simplemente inicial, con la idea de que el reo pudiera defenderse desde un primer momento en el proceso¹⁹. Es decir, se trata sencillamente de dar la información al reo de que lo es y se le está investigando, como actualmente sucede con la imputación del art. 775 LECrim en el procedimiento abreviado.

Sin embargo, los jueces de instrucción pronto convirtieron ese auto de procesamiento en una resolución que no harían ya al principio de la instrucción, cuando corresponde, sino al final de la misma, en añoranza inquisitiva de la antigua “acta de acusación”²⁰ que elaboraban los jueces y con la que se abría el juicio, en ausencia de ministerio público o víctima que ejerciera la acusación particular. En dicho auto acostumbran los jueces a realizar una

¹⁷ Pese a las intenciones del legislador. Vid. E. de M.: “*El Ministro que suscribe, de acuerdo con sus colegas, no ha vacilado en aconsejar a V. M. que dé un paso más en el camino del progreso, llevando en cierta medida el sistema acusatorio al sumario mismo...*”

¹⁸ Lo explico en NIEVA FENOLL, *Derecho procesal III. Proceso penal*, Madrid 2017, p. 237.

¹⁹ Vid. E. de M.: “*En adelante, el Juez instructor, por su propia iniciativa y de oficio, podrá, o mejor dicho, deberá acordar que se comuniquen los autos al procesado desde el momento en que la publicidad y la contradicción no sean un peligro para la sociedad interesada en el descubrimiento de los delitos y en el castigo de los culpables.*”

²⁰ Hasta el legislador reconoce ingenuamente que el procesamiento sustituyó al acta de acusación. Vid. E. de M.: “*En adelante, el Juez instructor, por su propia iniciativa y de oficio, podrá, o mejor dicho, deberá acordar que se comuniquen los autos al procesado (...)* Si no se hace espontáneamente en el plazo de dos meses, contados desde que se incoó la causa, la Ley da al **acusado** el derecho de solicitarlo...” La negrita es mía.

especie de “pre-sentencia”, expresando sus conclusiones fácticas sobre la instrucción, lo que no puede sino servir para condicionar a las acusaciones y al tribunal de juicio, es decir, todo lo contrario de lo que deseó el legislador de 1882. Y algunos jueces remachan el clavo en el auto de conclusión del sumario, en el que o bien transcriben el auto de procesamiento recientemente dictado, o bien amplían sus conclusiones completando esa sentencia espuria antes referida, cuando lo único que exige el art. 622 LECrim es razonar que se han practicado todas las diligencias necesarias, y no efectuar conclusiones sobre las mismas, más allá de una calificación preliminar de los hechos que no prejuzgue por su extensión la que deba hacer en su día el tribunal sentenciador.

Lo mismo ha sucedido en el procedimiento abreviado con el auto del art. 779 LECrim, que recibe tantas estrambóticas denominaciones en la práctica cuantas ideas falsas existen sobre su recto contenido. En dicho auto, lo único que tiene que hacer el juez es razonar un sobreseimiento, si hubiere lugar a él. Pero no debe realizar en absoluto, de nuevo, esa falaz “pre-sentencia” del juez de instrucción que tantas veces se observa, y en la que expresa todos sus prejuicios adquiridos durante la instrucción y en virtud de los cuales, precisamente, está impedido de juzgar. Por si fuera poco, también dispone de una segunda oportunidad para continuar en la misma línea: el auto de apertura del juicio oral (art. 783 LECrim), que en lugar de ser una segunda “pre-sentencia”, debiera limitarse a constatar que existe la acusación y que por ello se abre juicio, sin más valoraciones que puedan influir a sus compañeros del juicio oral.

2.4. La extraña vigencia de la incoación de oficio

El cuarto arrastre inquisitivo es la persistencia en la práctica de la incoación de oficio. Es cierto que no se trata de una acusación de oficio²¹, pero es un claro residuo del antiguo “auto cabeza del proceso”, que avanzaba en parte precisamente esa acusación.

Lo sorprendente es que la institución ni siquiera está en la ley²², que parece aludir a ella pero no la desarrolla²³, dado que en el lugar que le correspondería a la misma, tras los pasajes de la denuncia y de la querrela, la ley se refiere a la “policía judicial”.

En realidad, la incoación de oficio no es sino un constructo práctico derivado del antiguo uso inquisitivo. Cuando se analiza la misma con detalle, se percibe que el juez que incoa de oficio, o bien suele poner en cuestión su imparcialidad al ser difícil saber de dónde le llega la información que le sirve

²¹ GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, Madrid 2007. p. 288. ARMENTA DEU, Teresa, “Principio acusatorio: realidad y utilización (lo que es y lo que no)”, *RDPProc.* 1996, p. 273.

²² Lo explico en NIEVA FENOLL, *La incoación de oficio de la instrucción penal*, Barcelona 2001, p. 33 y ss.

²³ Arts. 303 y 308.

para iniciar la instrucción, o bien vulnera el derecho al juez ordinario predefinido por la ley al autoinvestirse de jurisdicción²⁴. En todo caso, se trata de una práctica que, no sólo por ser inquisitiva, sino por ser claramente inconstitucional, debe ser expulsada definitivamente de nuestro proceso penal en beneficio de la diligente actuación de los fiscales sobre todo, sin dejar de lado a la policía judicial.

2.5. El peso aplastante de la instrucción sobre el juicio oral

El quinto aspecto inquisitivo de nuestro actual proceso penal es la configuración general de la instrucción, de manera que sigue teniendo una importancia preponderante durante el juicio oral y en la sentencia²⁵.

No es ya que, como se verá, el aspecto central de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sea, pese a todo, la instrucción, sino que, además, las referencias a la misma son constantes durante la práctica de los juicios orales, dilatando hasta el extremo las posibilidades de los arts. 714 y 730 LECrim, mucho más allá de los límites con los que fueron concebidos dichos preceptos.

Se han intentado reducir absurdamente los tiempos de duración de la instrucción a través de la muy polémica reforma de 2015 del art. 324 LECrim, como si poner límites en los plazos cambiara la naturaleza de las cosas. La instrucción, hay que insistir en ello, es una simple recogida de vestigios de los hechos supuestamente delictivos. Y en esa actividad se puede tardar más o menos tiempo, depende de la complejidad y clandestinidad del delito. El factor temporal no es, por tanto, el problema. El inconveniente es que en la instrucción pretendan deslizarse conclusiones que influyan en el juicio oral, como estamos viendo.

2.6. La instrucción: una extraña “primera instancia”

Y es que, en definitiva –y es el sexto factor–, la realidad muestra que durante la instrucción se celebra una especie de proceso de primera instancia previo al proceso del juicio oral²⁶.

²⁴ Nuevamente, para ambos temas, NIEVA FENOLL, *La incoación de oficio de la instrucción penal*, cit. pp. 77 y ss.

²⁵ Las menciones a este tema son frecuentes en la E. de M. Probablemente el pasaje más llamativo sea el siguiente: “*Alude el infrascrito a la costumbre, tan arraigada de nuestros Jueces y Tribunales de dar escaso o ningún valor a las pruebas del plenario, buscando principal o casi exclusivamente la verdad en las diligencias sumariales practicadas a espaldas del acusado. No; de hoy más las investigaciones de Juez instructor no serán sino una simple preparación de juicio.*”

²⁶ Vuelve a ser interesante la lectura de la E. de M.: “*...nuestros Jueces y Magistrados han adquirido el hábito de dar escasa importancia a las pruebas del plenario, formando su juicio por el resultado de las diligencias sumariales y no parando mientes en la ratificación de los testigos, convertida en vana formalidad; que, en ausencia del inculpado y su defensor, los funcionarios que intervienen en la instrucción del sumario, animados de un espíritu receloso y hostil que se engendra en su mismo patriótico celo por la causa de la sociedad que representan, recogen con preferencia los datos adversos al procesado, descuidando a*

Asistimos impotentes a ver cómo mecánicamente las instrucciones multiplican sus tiempos haciendo declarar a testigos que, salvo que deban dar alguna clave esencial para las investigaciones –y ello no es tan frecuente–, debieran declarar solamente en el juicio oral. O bien en la instrucción, si se cree que deben prestar declaración lo antes posible para conservar su memoria en mejores condiciones, pero no absurdamente en ambas fases del proceso, asistiendo al bochornoso espectáculo de las retractaciones.

De hecho, las diligencias de instrucción, copiando antiguas regulaciones y formularios doctrinales sobre todo²⁷, regulan las actuaciones como si fueran pruebas, siguiendo el esquema inquisitivo, que lo es tanto que hasta el juez tiene el poder de decidir cuándo concluye la instrucción. Ese estado de cosas debiera cesar en beneficio de una instrucción centrada solamente, como ya he reiterado, en la recogida de vestigios, que es su única misión legítima.

Pero bien al contrario, lo que acostumbra a suceder es que la instrucción celebra una a veces superficial, a veces detenida, primera instancia, pero casi siempre “primera instancia” a la antigua usanza, por cierto. Se admite la querrela y se presenta una réplica por parte del reo proponiendo diligencias de descargo, lo que hace las veces de demanda y contestación. Acto seguido, se cita a declarar a todos los testigos que en aquel momento se le ocurran a las partes, e incluso al juez, que carece de limitación alguna en este sentido, y se celebran todas las pruebas periciales, inclusive las que, preservándose sin problema alguno la fuente de prueba, podrían ser practicadas perfectamente en el juicio oral. Por supuesto, también declaran reo y víctima. Y por si fueran pocas analogías con un proceso civil de primera instancia, el juez dicta su “pre-sentencia” a través de los actos de imputación de los arts. 384 y 779 LECrim respectivamente para los procedimientos ordinario y abreviado, que luego recurren las partes, celebrándose así una peculiar fase de conclusiones que luego alumbra la “sentencia” con el auto de conclusión del sumario, y que se ve enriquecida con las conclusiones de la acusación en el procedi-

las veces consignar los que pueden favorecerle; y que, en fin, de este conjunto de errores, anejos a nuestro sistema de enjuiciar, y no imputable, por tanto, a los funcionarios del orden judicial y fiscal, resultan dos cosas a cual más funestas al ciudadano: una, que al compás que adelanta el sumario se va fabricando inadvertidamente una verdad de artificio que más tarde se convierte en verdad legal, pero que es contraria a la realidad de los hechos y subleva la conciencia del procesado; y otra, que cuando éste, llegado al plenario, quiere defenderse, no hace más que forcejear inútilmente, porque entra en el palenque ya vencido o por lo menos desarmado. (...) Subsiste, pues, el secreto del sumario; pero sólo en cuanto es necesario para impedir que desaparezcan las huellas del delito, para recoger e inventariar los datos que basten a comprobar su existencia y reunir los elementos que más tarde han de utilizarse y depurarse en el crisol de la contradicción durante los solemnes debates del juicio oral y público (...) El juicio verdadero no comienza sino con la calificación provisional y la apertura de los debates delante del Tribunal que, extraño a la instrucción, va a juzgar imparcialmente y a dar el triunfo a aquel de los contendientes que tenga la razón y la justicia de su parte. La calificación jurídica provisional del hecho justiciable y de la persona del delincuente, hecha por el acusador y el acusado una vez concluso el sumario, es en el procedimiento criminal lo que en el civil la demanda y su contestación, la acción y las excepciones.” (...) tratándose en la hora presente de un método de enjuiciar en el cual el sumario es una mera preparación del juicio, siendo en éste donde deben esclarecerse todos los hechos y discutirse todas las cuestiones que jueguen en la causa...

²⁷ Vid. entre otros JUAN Y COLOM, Joseph, *Instrucción de escribanos*, Madrid 1795. DE TAPIA, Eugenio, *Febrero novísimo ó librería de Jueces, abogados y escribanos*, Valencia 1828.

miento abreviado que tantas veces transcriben la versión del juez expresada en el auto del art. 779. Con todo ello se dicta la peculiar “sentencia” de la instrucción del procedimiento abreviado: el auto de apertura del juicio oral. A veces ese auto es inteligentemente mucho más breve, dando constancia simplemente de que existe una acusación, sin más, pero no pocas veces encontramos esa especie de “sentencia” del juez de instrucción, especialmente cuando el caso es mediático.

Por supuesto, esas “sentencias” recogen todas las conclusiones del juez. De hecho, leyendo muchos de esos infaustos autos, puede quedar la duda de si al juez que instruyó le hubiera gustado juzgar ese caso, o simplemente expresa sus conclusiones porque cree que tiene que hacerlo. Al contrario, lo único que debiera justificar es un detalle de las diligencias practicadas, para que sea el juez del juicio oral quien extraiga sus conclusiones sin condicionantes. Hasta ha habido algún juez que una vez dictada la auténtica sentencia por sus compañeros, ha sentido la necesidad de comentarla en los medios de comunicación²⁸.

2.7. La ridícula extensión de la regulación del juicio oral

Todo lo anterior se confirma con el séptimo factor al que ya se aludió: la llamativa regulación marginal del juicio oral en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Aunque pueda considerarse un tema simplemente estético, no lo es en absoluto.

Si el centro de gravedad del proceso penal debiera ser realmente el juicio oral, no se comprende cómo su regulación puede ser tan breve (arts. 650 a 749 LECrim) en comparación con el denso volumen de artículos que se dedican a su fase previa: la instrucción (arts. 259 a 633 LECrim). En la normativa del juicio oral resulta particularmente sangrante la ausencia de regulación de la declaración del acusado²⁹, o la casi nula regulación de la prueba documental, en beneficio de remisiones a la regulación de la instrucción, lo cual, si verdaderamente deben existir esas remisiones –que personalmente opino que no–, debieran ser en sentido justamente inverso, es decir, del juicio oral a la instrucción. En consecuencia, el legislador, copiando el modelo anterior, sigue regulando el juicio oral como si el sistema fuera inquisitivo.

Lo que es más sorprendente es que los legisladores modernos sigan ese mismo patrón. Los autores del borrador de Código Procesal Penal de 2013³⁰ dedicaron a la instrucción de los arts. 239 a 417 (más los arts. 147 a 238 si se cuentan las medidas cautelares) y al juicio oral de los arts. 436 a 477. El

²⁸ URREIZTIETA, Esteban, “El juez Castro: “La sentencia es benévola, el Supremo tenía las manos atadas por la Audiencia de Palma””, *El Mundo*, 12-6-2018. <https://www.elmundo.es/espana/2018/06/12/5b1f9e60e2704e79378b456f.html>.

²⁹ Vid. además la totalmente incomprensible referencia a la “confesión de los procesados”, previa al art. 688 LECrim.

³⁰ Vid. https://e00-elmundo.uecdn.es/documentos/2013/06/04/codigo_procesal_penal.pdf.

anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011³¹ no le iba a la zaga: arts. 162 a 238 para las medidas cautelares, arts. 239 a 497 para la instrucción, y arts. 543 a 607 para el juicio oral. Sin duda, estamos ante una cuestión de parámetros o marcos mentales antiguos y mentalidades de otro tiempo que deben cambiar.

Al fin y al cabo, como ya se ha dicho, si finalmente se asume que la instrucción y el juicio oral tienen finalidades diametralmente distintas –respectivamente recoger vestigios y enjuiciar–, la regulación de ambas deberá ser coherente con esa idea. Pero mientras la instrucción se siga pareciendo a una primera instancia, el juicio oral seguirá siendo una especie de segunda instancia a la antigua, es decir, siguiendo el modelo del *novum iudicium*, que ya no está vigente en nuestro ordenamiento.

2.8. El abuso del “sobreseimiento provisional”

Persiste incluso –y es el octavo factor– la histórica “absolución de la instancia”³². Tanto el autor del Reglamento provisional para la Administración de Justicia de 1835 como el legislador de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 144) habían insistido en que la absolución se entendería libre en todos los casos.

Pero finalmente hallaron la forma de que la Justicia siguiera teniendo “libertos de por vida” o “siervos de la curia”: el sobreseimiento provisional, que efectivamente deja al reo en un limbo durante los años que tarda en prescribir el delito³³, sabiendo que normalmente nunca volverán a importunarle, pero sin ser segura tal conclusión. Hasta durante unos años existió el llamado “archivo de las actuaciones” en el procedimiento abreviado, que no es sino una reedición de la vetusta absolución de la instancia.

Bien al contrario, el Estado, con todo su poder, debe tener una sola oportunidad de investigar y condenar a una persona, a riesgo de incurrir en lo que los estadounidenses, con un curioso galicismo, denominan *double jeopardy*³⁴ siguiendo la expresión de la V Enmienda de su Constitución³⁵. Sin embargo, el

³¹ Vid. <https://notin.es/wp-content/uploads/2013/01/anteproyecto-de-la-Ley-de-Enjuiciamiento-Criminal-de-27-de-julio-de-2011.pdf>.

³² Vid. E. de M.: “*Es igualmente inútil decir que la absolución de la instancia, esta corruptela que hacía del ciudadano a quien el Estado no había podido convencer de culpable una especie de liberto de por vida, verdadero siervo de la curia marcado con el estigma del deshonor, está proscrita y expresamente prohibida por el nuevo Código, como había sido antes condenada por la ciencia, por la Ley de 1872 y por la Compilación vigente. De esperar es que las disposiciones de la nueva Ley sean bastante eficaces para impedir que semejante práctica vuelva de nuevo a injerirse en forma más o menos disimulada en nuestras costumbres judiciales.*”

³³ STC 34/1983, 6-05-1983.

³⁴ Lo advertió ingenuamente el legislador en la E. de M.: “*Proscrita para siempre la absolución de la instancia y rigiendo sin excepción la máxima non bis in idem...*”

³⁵ “... nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb (...)”.

miedo por el error y el terror por que se escape un culpable, incompatible con la presunción de inocencia, han favorecido la subsistencia de esa especie de suspensión de la instrucción. Y la sociedad, que en general tampoco cree en la presunción de inocencia³⁶, rema a favor de ese estado de opinión, que sin duda arrastra también a las mentes judiciales.

2.9. Algunos restos de prueba legal.

El noveno punto inquisitivo es la persistencia de antiguos restos del sistema de prueba legal, pese a que el art. 741 LECrim impone el sistema de valoración libre de la prueba. Esos restos están claramente representados por las dispensas de declaraciones testificales entre familiares (art. 416 LECrim), que no sólo dan terribles problemas hoy en día en los casos de violencia de género, sino que representan una directa agresión al sistema de libre valoración de la prueba establecido en ese art. 741. Aunque no se las haya visto como tales, dichas dispensas no son más que las antiguas prohibiciones de declarar del sistema de valoración legal, que eran mucho más amplias³⁷. Dulcificadas dichas prohibiciones, se han mantenido como “dispensas”, pero su origen es absolutamente evidente.

Otro residuo del antiguo sistema es el propio juramento de los testigos, o incluso la distinción entre partes y testigos, que tenía sentido en el viejo sistema al ser diferente su valoración legal como prueba plena³⁸. Pero no en el actual sistema de valoración libre, ya que ahora bastaría con hablar de la “prueba de interrogatorio”, dado que de lo que se trata es de que un sujeto sea evaluado de acuerdo con los parámetros de la psicología del testimonio³⁹, en esclarecimiento de su recuerdo y valoración de su credibilidad. Y en esa valoración no es tan relevante que el declarante sea parte o testigo. En todo caso, para la práctica del interrogatorio es absolutamente indiferente que sea el reo, la víctima o un testigo quien declare, porque los métodos para la formulación de las preguntas son idénticos. De hecho, que en el proceso penal de medio mundo se siga considerando a la víctima como un simple testigo, y no como una parte –o posible parte al menos–, no sólo es una agresión a la victimología, sino una expresión de que en el sistema inquisitivo la “relación procesal” –como quizás hubiera dicho VON BÜLOW⁴⁰– se establecía entre el juez y el reo. La víctima era sólo un pretexto.

³⁶ NIEVA FENOLL, *La duda en el proceso penal*, cit. pp. 102 y ss.

³⁷ Vid. Partida III, tít. XVI, Leyes VIII y ss.

³⁸ Sobre estos temas, vid. NIEVA FENOLL, “La inexplicable persistencia de la valoración legal de la prueba”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 5, n. 1, 2017.

³⁹ Vid. por todos MANZANERO, Antonio L., *Psicología del testimonio*, Madrid 2008. MAZZONI, Giuliana, *Psicología del testimonio*, Madrid 2019.

⁴⁰ VON BÜLOW, *Die Lehre von den Proceßeinreden und die Proceßvoraussetzungen*, Gießen, 1868, p. 1.

Además de ello, la jurisprudencia sigue queriendo convertir algunas pruebas en una especie de "*plena probatio*" y, con la excusa de ofrecer estándares de valoración, en realidad dibuja criterios que hacen que esa valoración ya no sea tan libre. Ha sucedido con el único testigo-víctima⁴¹, con el coimputado⁴² y con el testigo de referencia⁴³ sobre todo, con respecto a los cuales la jurisprudencia ha ofrecido, con las mejores intenciones, criterios de valoración, pero que tras pasados a la práctica se aplican de manera demasiado estricta a veces, convirtiendo su valoración en prácticamente tasada.

La razón de ello es la voluntad manifiesta de simplificar, de seguir unas pautas fijas de actuación que ahorren trabajo a jueces sobrecargados de asuntos. Pero que a la postre restan espontaneidad y relajan el libre criterio del juez, confiado en el seguimiento de esos parámetros.

Ello no hace inquisitivo el procedimiento, pero reduce el papel del juez a un automatismo que era el que tenían los jueces en el juicio oral en el sistema inquisitivo, y además produce la búsqueda obsesiva de elementos que sustenten solamente esos parámetros, dejando al margen otros aspectos de la realidad que pueden ser relevantes, exactamente igual que antiguamente se perseguía la obtención de la confesión o de los dos testigos conformes. Juzgar no es ningún automatismo, sino una misión compleja que difícilmente puede simplificarse, dado que la realidad es también compleja.

2.10. El absurdo derecho a la última palabra

La décima característica inquisitiva es una institución que ha sido ingenuamente considerada acusatoria, pero que sólo tiene auténtica lógica en un sistema inquisitivo de proceso: el derecho a la última palabra.

Tenía todo el sentido del mundo en un proceso en el que no se escuchaba al reo salvo para torturarlo u obligarlo con coacciones a que confesara, pero que ninguna participación adicional tenía en el proceso. En cambio, en un esquema acusatorio se supone que el juez no va por libre, sino que hay un tercero encargado de la acusación precisamente para garantizar la imparcialidad del primero. Precisamente para evitar que el sistema se hiciera de nuevo inquisitivo en manos de un fiscal que, nuevamente, actuara de espaldas al reo, se garantiza la intervención de este último en cualquier fase, como viene a recordar el art. 400 LECrim⁴⁴.

Pero siendo así, es absurdo que conserve el derecho a decir la última palabra en un contexto en el que ha hablado todo lo que ha querido. Es por ello por lo que en la práctica, lógicamente, la institución ha caído en desuso por

⁴¹ STS 717/2018, 17-01-2019.

⁴² STS 714/2018, 16-01-2019.

⁴³ STS 404/2018, 13-09-2018.

⁴⁴ "El procesado podrá declarar cuantas veces quisiere, y el Juez le recibirá inmediatamente la declaración si tuviese relación con la causa."

lógico consejo de los abogados del reo, que no quieren ver cómo su cliente desbarata estúpidamente su defensa, o bien es aprovechada como momento de exaltación histriónica con diversas finalidades, pero que en absoluto contribuyen al enjuiciamiento. Por ello, debiera ser también abolida.

2.11. El abuso de la prisión provisional

El undécimo y último factor es la prisión provisional⁴⁵. Pese a los esfuerzos del Tribunal Constitucional⁴⁶ y del propio legislador, que obedeció dicha jurisprudencia, la misma se sigue adoptando con cierta ligereza y con una ausencia de base empírica que, vista con detenimiento, resulta simplemente espantosa. No es que el reo deba estar necesariamente en libertad en un sistema acusatorio, sino que solamente en un sistema inquisitivo en el que el juez instruye y juzga a la vez, tiene sentido que dicho juez avance la pena, acomodando la realidad a sus deseos de condena⁴⁷.

Por ejemplo, cuando se considera el riesgo de fuga se suele pensar en la inminencia de una pena alta⁴⁸ –como si el reo fuera a ser culpable–, o bien en fugas anteriores⁴⁹, resistencia a la autoridad en la detención⁵⁰, pertenencia a banda organizada⁵¹, posesión de un domicilio fijo⁵² o riqueza del reo⁵³. Y se razonan todos esos puntos no tanto tomando en cuenta su esencia, que a veces se agota por sí misma, sino más bien según la idea que tenga el juez respecto, sobre todo, a la reiteración delictiva o a la repulsa que le produzca la situación, aunque ello pocas veces se razona. Y es que ninguno de esos puntos, en realidad, son suficientes para entender realmente que un reo puede escapar. No hay base empírica alguna detrás de los mismos.

Lo mismo sucede con el riesgo de destrucción de pruebas⁵⁴ e incluso con la antes citada reiteración delictiva. Hasta la ciencia, con la inteligencia artificial⁵⁵ ha caído en la trampa de intentar buscar criterios objetivos de previsión de la reiteración de la conducta que simplemente es posible que ni siquiera

⁴⁵ E. de M.: “...sería temerario negar que aun bajo la legislación vigente no es raro que un sumario dure ocho o más años, y es frecuente que no dure menos de dos, prolongándose en ocasiones por todo este tiempo la prisión preventiva de los acusados...”

⁴⁶ STC 47/2000 de 17-2-2000.

⁴⁷ Sobre presunción de inocencia y prisión provisional, vid. ampliamente ILLUMINATI, Giulio, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna 1979, pp. 39 y ss.

⁴⁸ A. Jdo. de instrucción n. 4 de Pamplona de 20-03-2017, n. rec. 668/2017. A. Jdo. de instrucción n. 32 de Madrid de 20-12-2014, n. rec. 6412/2014. A. Jdo. de instrucción n. 3 de Pamplona de 27-08-2012, n. rec. 2708/2012.

⁴⁹ A. Jdo. de instrucción n. 4 de Pamplona de 20-03-2017, n. rec. 668/2017.

⁵⁰ A. Jdo. de instrucción n. 4 de Pamplona de 20-03-2017, n. rec. 668/2017.

⁵¹ A. Jdo. de instrucción n. 4 de Pamplona de 20-03-2017, n. rec. 668/2017.

⁵² A. Jdo. de instrucción n. 4 de Bilbao de 1-09-2013, n. rec. 2887/2013.

⁵³ A. Jdo. de instrucción n. 7 de Alicante de 10-02-2017, n. rec. 2526/2016. A. Jdo. de instrucción n. 6 de Sevilla de 24-04-2012, n. rec. 174/2011.

⁵⁴ A. Jdo. de instrucción n. 3 de Pamplona de 27-11-2012, n. rec. 2708/2012.

⁵⁵ Vid. NIEVA FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Madrid 2018, pp. 66 y ss.

existan. El fiasco de COMPAS⁵⁶ es especialmente indicativo a tal efecto, y es que en ciencia no todo son estadísticas, y mucho menos si los datos se tienen en cuenta de modo prejuicioso. Otras aplicaciones de inteligencia artificial han tenido, no obstante, mejor fortuna⁵⁷, y hay que seguirles la pista porque en el futuro pudieran darnos claves, no solamente interesantes, sino bastante definitivas sobre estos temas.

En todo caso, la situación actual no es tanto expresiva de un terror de los jueces a que se les escapen los reos, o a que vuelvan a delinquir o destruyan pruebas, sino que, si bien se mira, esa situación sigue la misma lógica de que el juez instructor se puede llegar a creer demasiadas veces inmerso en el escenario de una “primera instancia”, y lógicamente dicta sentencia coherente con sus pensamientos: condenatoria. Si como he ido repitiendo, el juez, conscientemente, fuera solamente un simple compilador de vestigios, ni siquiera un posible futuro acusador como el ministerio público, ese riesgo se podría reducir de manera muy relevante. Se produciría tal vez, como le ocurre a veces a la policía, un apasionamiento en la investigación inspirado por la –supuesta– evidencia de los indicios que van apareciendo. Sin embargo, adoptando las medidas oportunas para que la prisión no dependiera de ese órgano investigador, el riesgo de adelantos injustificados de la pena sin duda podría menguar. Y con ello dejaríamos de lado una de las peores lacras que conllevó el sistema inquisitivo: la prisión, entonces casi indefinida en la práctica, de los reos⁵⁸.

3. LA POLICÍA: UN ACTOR ENTONCES INEXISTENTE

Muchas veces se olvida que durante la vigencia del sistema inquisitivo no existieron cuerpos policiales como ahora los conocemos. Existían a lo sumo fuerzas rurales o ciudadanas bastante informales. La propia Guardia Civil surgió en 1844⁵⁹, es decir, después de la desaparición formal del juicio oral inquisitivo con el Reglamento provisional para la Administración de Justicia de 1835⁶⁰, y se centró, como la Hermandad⁶¹, en el ámbito rural, que era, por

⁵⁶ FARRELL, James, “Humans Beat Popular Algorithm For Spotting Potential Re-Offenders”, *SiliconAngle*, 17-1-2018, <https://siliconangle.com/blog/2018/01/17/popular-algorithm-used-spot-potential-reoffenders-sometimes-extend-prison-sentence-doesnt-work-according-researchers/>. FUSSELL, Sidney, “Study Finds Crime-Predicting Algorithm Is No Smarter Than Online Poll Takers”, *Gizmodo*, 18-1-2018, <https://gizmodo.com/study-finds-crime-predicting-algorithm-is-no-smarter-th-1822173965>. PEARSON, Jordan, “Bail Algorithms Are As Accurate As Random People Doing An Online Survey”, *Motherboard*, 17-1-2018, https://Motherboard.Vice.Com/En_Us/Article/Paqwmv/Bail-Algorithms-Compas-Recidivism-Are-As-Accurate-As-People-Doing-Online-Survey. YONG, Ed, “A Popular Algorithm Is No Better At Predicting Crimes Than Random People”, *The Atlantic*, 17-1-2018, <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2018/01/equivalent-compas-algorithm/550646/>

⁵⁷ Nuevamente, NIEVA FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, cit. pp. 66 y ss.

⁵⁸ Aunque teóricamente no duraba más de 10 años. Partida VII, tít. XXIX, Ley 7.

⁵⁹ Decreto de 28 de marzo de 1844. Gaceta de Madrid, n.º 3.486, 31-3-1844.

⁶⁰ Regla 5.ª del art. 51 del Reglamento provisional para la Administración de Justicia de 1835.

⁶¹ NR, Libro XII, Tít. XXXV, Ley XXVII, 12.

cierto, el mayoritario de la época. Eran algo parecido a los *Texas Rangers* surgidos en este territorio precisamente en la misma época, en 1835⁶², aunque lógicamente también con la finalidad de consolidar la ocupación de estas tierras, entonces mexicanas, en vistas a la anexión que finalmente se produjo. Pero esa es otra cuestión.

En España, hasta 1906⁶³ no aparece la primera promoción de cincuenta agentes salida de una escuela de policía. Y es que la propia policía judicial se había creado sólo para Madrid y Barcelona con la Real Orden de 19 de septiembre de 1896⁶⁴, pero sin una formación real. Lo que demuestra que en 1882, a la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no existía realmente un cuerpo de policía judicial como el que anunciaba la ley. La situación era similar en otros países.

Es por ello por lo que las diligencias de investigación fueron reguladas como si las llevara adelante un juez, y siguen reguladas de esa forma, cuando la realidad actual es que buena parte de ese trabajo lo hace la policía sin sujeción a procedimiento alguno, porque no hay norma que regule las actividades policiales, a diferencia de lo que ocurre en el Reino Unido⁶⁵ o, aunque con destacables contrastes, en otros países –Irlanda, Malta, Chipre, Suecia, Finlandia, Dinamarca, Eslovaquia, Estonia, Letonia o Lituania⁶⁶–, que confían a la policía toda la instrucción. En su lugar, en España y en otros lugares son protocolos policiales informales, así como simples usos de las fuerzas de seguridad, los que orientan la labor de los cuerpos de seguridad, lo que a día de hoy es inaceptable.

Esa situación debe cambiar haciendo transparente la labor policial, salvo que pueda justificarse su sigilo para evitar la pérdida de pruebas. Pero la investigación policial no puede ser secreta por sistema, como lo había sido el modelo inquisitivo, porque de lo contrario caemos en el mismo error pese a todas las reformas que hemos tenido. En consecuencia, el primer paso a dar será la regulación de las diligencias policiales.

4. HACIA UN MODELO DEFINITIVAMENTE ACUSATORIO

Se observará con mucha facilidad que los once factores antes enumerados, así como la discusión sobre el rol de la policía, afectan a la línea medular

⁶² Su historia puede consultarse en la página del Departamento de Seguridad Pública de Texas: <http://www.dps.texas.gov/TexasRangers/HistoricalDevelopment.htm>.

⁶³ Orden de 18 de enero de 1906. Gaceta de Madrid, año CCXLV, n° 20, 20-1-1906.

⁶⁴ Gaceta de Madrid, n° 264, 20-09-1896. Vid. también la Real Orden de 7-10-1896, Gaceta de Madrid, n° 285, 11-10-1896, que dispone la organización e inicio de funciones de la policía judicial para el 1 de noviembre del mismo año.

⁶⁵ Vid. Police and Criminal Evidence Act 1984. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/contents>.

⁶⁶ Vid. NIEVA FENOLL, “Orden europea de investigación: autoridades competentes en el estado emisor y de ejecución. Especial consideración del papel del ministerio fiscal”, en prensa.

del proceso penal. Por ello, las futuras reformas debieran tener en cuenta todos esos factores para superar ya de una vez esa aciaga fase histórica del sistema inquisitivo que, en puridad, no debió haber existido jamás.

El modelo que surgiría de todo ello, expuesto muy brevemente, comprendería una investigación fundamentalmente policial en la que un fiscal iría recopilando las actuaciones de la policía, calificando jurídicamente los resultados de la investigación a fin de determinar si presenta acusación o no. Si en cambio se opta por dejar al fiscal de lado y se prefiere seguir confiando en un juez, aunque no es lo más recomendable por las varias razones que ya se indicaron, lo que debiera hacer ese juez es compilar las diligencias practicadas y sus resultados, aunque sin expresar conclusión alguna al respecto, tarea que, en todo caso, corresponderá al ministerio fiscal a los efectos indicados de formulación o no de la acusación.

Llevadas a término las diligencias de ese modo, se pasaría inmediatamente al juicio oral, puesto que el fiscal debería formular su acusación basándose en las mismas, lo que provocará que la prueba se celebre realmente en el juicio oral ante los juzgadores, sin "ensayos" ante un juez de instrucción que se convierten en "primeras instancias", y sin dilatar la decisión sobre la acusación, debiendo existir las normas limitativas a tal efecto que impidan que los fiscales abusen de su posición o puedan presionar a los reos para alcanzar acuerdos desde esa posición omnímoda, como sucede en EEUU en ocasiones⁶⁷. Para ello, un control activo de un juez de garantías, a petición del reo, debería ser suficiente. Ese mismo juez sería el que autorizaría las medidas restrictivas de derechos fundamentales.

Con ello, la instrucción se hace verdaderamente transparente y acusatoria desde sus inicios, dado que de ser secreta, deberá autorizarse por el mismo juez de garantías con una limitación temporal similar a la existente ya para los jueces en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, revisable, naturalmente, en función de las necesidades de la investigación. La tutela del ministerio público y la supervisión del juez garantizarían la regularidad de todo el sistema, haciendo que la instrucción concluya con una acusación o con un sobreseimiento, pero no con unas conclusiones judiciales que influyan a los jueces de juicio. En todo caso, también habría que evitar un excesivo seguidismo de esas acusaciones por parte de los jueces enjuiciadores, que podría lograrse distinguiendo netamente su carrera –no idéntica a la judicial–, formación –más criminalística la de los fiscales– y ubicación, muy próxima a la policía la del ministerio público, y no a los jueces, a fin de evitar eficazmente connivencias y subrayar la independencia de la Justicia.

⁶⁷ BLUME, John H. / HELM, Rebecca K., *The Unexonerated: Factually Innocent Defendants Who Plead Guilty*, Scholarship@Cornell Law: A Digital Repository. Cornell Law Faculty Working Papers, 31-1-2014. http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1116&context=clsops_papers. Vid. También al respecto LASCURAIN SÁNCHEZ / GASCÓN INCHAUSTI, "¿Por qué se conforman los inocentes?", *Indret*, julio 2018.

En suma, en estas condiciones, y llevada al terreno acusatorio por fin la instrucción, como era el deseo expreso del legislador de 1882⁶⁸, se habrá completado finalmente su labor. En el siglo XXI. Despacio van las cosas de palacio.

⁶⁸ Vid. E. de M.: *“El Gobierno de V. M. cree ser consecuente con el espíritu liberal que informa su política introduciendo, dentro de ciertos límites racionales, el sistema acusatorio en el sumario, lo cual constituye un gran progreso sobre la Ley de 22 de diciembre de 1872. No hay tampoco una sola nación en el continente europeo que vaya en esto más allá que al adjunto proyecto de Código, ni siquiera la Alemania en cuyas leyes procesales quedó impreso como en roca de granito el sello característico del individualismo germánico, sin que hayan alcanzado a borrarle ni la autoridad prepotente de sus Monarcas, ni sus grandes glorias militares, ni su reciente y portentoso engrandecimiento territorial.”*