

HACIA EL FISCAL INVESTIGADOR: UN RECORRIDO HISTÓRICO

TOWARDS THE INVESTIGATING PROSECUTOR: A HISTORICAL OVERVIEW

Eduardo TORRES-DULCE LIFANTE
Abogado
Ex Fiscal General del Estado

Fecha de recepción del artículo: marzo 2021
Fecha de aceptación y versión final: mayo 2021

RESUMEN

El debate sobre el cambio de modelo en la fase de instrucción del proceso penal pasando de la tradicional función instructora atribuida a los jueces conforme al modelo propuesto por la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, al de un fiscal investigador sujeto, en cuanto a intervención de derechos fundamentales, a un juez de garantías, implica un conjunto de reflexiones que, entre otras, van desde una consideración histórica del modelo, un análisis de la situación actual, junto con el mapa europeo de referencias y, finalmente, el hipotético diseño de esa función con las exigencias colaterales de su coste presupuestario, los cambios en la organización judicial, el debate sobre el modelo de Policía Judicial y profundos cambios en cuanto al Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Palabras clave: fase de instrucción, Ley de Enjuiciamiento Criminal, fiscal investigador, Policía Judicial, Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

ABSTRACT

The debate on the change of model in the pre-trial phase of criminal proceedings from the traditional investigative function attributed to the Judges in accordance with the model proposed by the Criminal Procedure Act of 1882, to that of an Investigating Prosecutor subject, in terms of the intervention of fundamental rights, to a Judge of Guarantees, involves a series of reflections which, among others, they range from a historical consideration of the

model, an analysis of the current situation, together with the European map of references and, finally, the hypothetical design of this function with the collateral demands of its budgetary cost, changes in the judicial organization, the debate on the Judicial Police model and profound changes in terms of the Organic Statute of the Public Prosecutor's Office.

Keywords: Pre-trial phase, Criminal Procedure Act, Investigating Prosecutor, Judicial Police, Organic Statute of the Public Prosecutor's Office.

SUMARIO: I. LA REVOLUCIÓN PROCESAL DE ALONSO MARTÍNEZ. 1. *El tortuoso camino de la codificación normativa en la organización judicial y procesal penal tras la Revolución de 1868.* 2. *El desafío de la inamovilidad judicial.* II. LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 1882. 1. *El precedente de la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872.* 2. *La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882.* 2.1. La duración de los procesos. 2.2. La indefensión de los procesados en la instrucción haciendo inútil la vista oral. 2.3. La desvaloración de la vista oral y el plenario ante la preponderancia de las pruebas practicadas en la fase de instrucción. 2.4. Propuesta de remedios. III. EL BAGAJE DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 1882: UN BALANCE DE RESULTADOS. IV. EL FUTURO PROCESO PENAL Y EL FISCAL INVESTIGADOR. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA REVOLUCIÓN PROCESAL DE ALONSO MARTÍNEZ

1. El tortuoso camino de la codificación normativa en la organización judicial y procesal penal tras la Revolución de 1868

En la Gaceta de Madrid del 17 de septiembre de 1882 se publicó el Real Decreto (RD) de 14 de septiembre de ese mismo año y en cuya virtud

Teniendo presente lo dispuesto en la Ley sancionada en 11 de febrero de 1881 y promulgada en virtud del Real Decreto de 22 de junio de 1882, por el cual se autorizó al Gobierno para que, con sujeción a las reglas en la misma comprendidas, oyendo, como lo ha efectuado, a la Sección correspondiente de la Comisión general de Codificación, y tomando por base la Compilación general de 16 de octubre de 1879, redactara y publicara una Ley de Enjuiciamiento Criminal; conformándome con lo propuesto por el Ministro de Gracia y Justicia, de acuerdo con el parecer de mi Consejo de Ministros

se aprobaba el texto de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim).

Lo primero que llama la atención, y poderosamente para los tiempos que corren, es el proceso de elaboración y promulgación de un texto tan esencial como lo es una ley procesal penal. La elaboración de las leyes ha venido padeciendo, y dejó a un lado la censurable práctica del recurso al real decreto ley (RD Ley) como primer recurso al legislar olvidando su sentido constitucional *ex art. 81.1* de la Constitución española (CE)¹, un notorio déficit que, a mi juicio, supone una cierta laminación de la función constitucional de las Cortes en su significado clásico de Poder Legislativo (Torres Muro y Caamaño Domínguez, 2018), no menos esencial en una democracia parlamentaria de tipo representativo como la nuestra. En aquellos lejanos años de fines del siglo XIX, en un régimen de monarquía parlamentaria, nacido de la Constitución de 1875, la importante tarea de cambiar radicalmente la forma y el fondo del núcleo del ordenamiento jurídico,

¹ Me permito citar en este campo el magnífico estudio que de este problema ofreció Manuel Aragón Reyes (2016) en *Uso y abuso del decreto-ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional*. Discurso leído el 6 de abril de 2016, en el acto de su recepción pública como académico de número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

Código Civil, Código Penal, Ley de Enjuiciamiento Civil y Ley de Enjuiciamiento Criminal, se hacía por el Gobierno de turno desde el estudio y la formalidad de los procedimientos con compilaciones leyes de bases, oyendo a la sección correspondiente de la Comisión General de Codificación.

Convendría no olvidar que ese importante impulso de reformas legislativas de calado, amén de un horizonte de codificación, muy común en Europa desde los impulsos napoleónicos en esa materia, una reacción de razón adscrita al principio de legalidad como epítome a la laberíntica y oscura visión de los ordenamientos jurídicos en las administraciones del Antiguo Régimen, claramente retardado en España por mor de las convulsiones políticas del siglo XIX, lo que además conectaba con programas políticos de formaciones liberales o progresistas que abogaban, entre otras reformas, por cambios en los modelos procesales, a los que veían anclados en referentes del pasado, propugnando, además, la idea de un Poder Judicial con independencia e imparcialidad de sus componentes, lo que provocó la promulgación, tras el triunfo de la Revolución de 1868 que propició el exilio de Isabel II, de la Constitución de 1869, en cuyos arts. 94-97 se dibujaban los basamentos sobre los que se construyó la arquitectura de la subsiguiente LOPJ, para la estructuración de un juez técnico, que accede a la función mediante una oposición, inamovible y responsable y en medio de las turbulentas convulsiones políticas y sociales que implicó la busca de un rey por el Gobierno del general Prim, la aprobación de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial (LOPJ) el 15 de septiembre de 1870, aprobación que iniciaba el camino hacia la profesionalización de la judicatura dotándola de la naturaleza, claramente liberal y progresista, de imparcialidad e inamovilidad, para alejarla de los manejos del Gobierno de turno².

Sin esa referencia orgánica sobre la organización de la Administración de Justicia de base constitucional, difícilmente se pueden explicar las sucesivas reformas legislativas codificadoras, impulsadas

² No abundan los trabajos críticos sobre esa venerable norma. Anoto el de Solla Sastre (2007). Sobre los avatares legislativos de la organización judicial sigue siendo imprescindible Lasso Gaité (1998). Asimismo sobre la trayectoria legislativa hasta la LOPJ, puede consultarse Lorente Sariñena (2007). Más específicamente en el campo de la codificación de las normas de enjuiciamiento cabe citar el excelente trabajo de Álvarez Cora (2012).

por el Gobierno fusionista-liberal de D. Práxedes Mateo Sagasta, y su ministro de Gracia y Justicia, D. Manuel Alonso Martínez, por cuanto desde las filas conservadoras dirigidas por D. Antonio Cánovas del Castillo no suscitaban precisamente entusiasmo ideológico.

2. *El desafío de la inamovilidad judicial*

Esa LOPJ de 1870 estableció la inamovilidad judicial expresada de esta manera, que ya ponía de manifiesto que aún quedaba por delante camino que recorrer.

Art. 221. Gozarán de la inamovilidad judicial con arreglo al art. 9º de esta ley: Los jueces y magistrados que ejerzan funciones permanentes sin limitación de tiempo. Los jueces que ejerzan funciones con limitación de tiempo señalado en la ley, o en su nombramiento, sólo por el tiempo en que deban desempeñarlas.

Art. 222. La inamovilidad judicial consiste en el derecho que tienen los jueces y magistrados a no ser destituidos, suspensos, trasladados ni jubilados sino por alguna de las causas que en este título se expresan.

La ley daba también un paso hacia la profesionalización de la carrera judicial (por entonces y hasta 1927, jueces y fiscales, como ocurre en Italia, pertenecían a la misma carrera y podían solicitar y ejercer una y otra función) con la creación de un cuerpo de aspirantes (arts. 80-108) que eran juzgados y calificados para ingresar en ese cuerpo por una junta muy profesional y diversificada gremialmente³.

No obstante, eso no fue real de inmediato por cuanto en las disposiciones transitorias de la ley se establecía lo que *de facto* era una depuración o calificación de idoneidad política de quienes en ese momento ostentaban el ejercicio jurisdiccional de jueces y fiscales al

³ «Art. 85. Para el examen de los que pretendan entrar en el Cuerpo de aspirantes habrá en Madrid una Junta calificadora, compuesta: Del presidente del Tribunal Supremo, que lo será también de dicha Junta. Del fiscal del Tribunal Supremo. De dos magistrados del Tribunal Supremo o de la Audiencia de Madrid, nombrados por el Gobierno. Del decano del Colegio de abogados de Madrid. De tres letrados nombrados por el Gobierno á propuesta en terna hecha por la Junta de gobierno del Colegio de Madrid entre los que paguen en el concepto de abogados una de las tres primeras cuotas del subsidio industrial. De dos catedráticos de Derecho de la Universidad Central, nombrados por el Gobierno. De un secretario con voto, que nombrará el Gobierno á propuesta en terna de la Junta calificadora».

disponer en la disposición transitoria III que «III. Los actuales jueces y magistrados y los que se nombraren hasta el planteamiento de ésta ley no gozarán de inamovilidad mientras no sean examinados sus respectivos expedientes, y en su virtud sean especial y nominalmente declarados inamovibles».

El expediente que se formara al respecto lo juzgaría una junta de clasificación⁴ y los criterios serían:

VI. Se considerará a todos los jueces y magistrados en la categoría que hubiesen llegado a obtener en la carrera judicial. El examen de sus condiciones se limitará: A su conducta moral, por actos públicos. A si concurren en ellos circunstancias que los hagan desmerecer en el concepto público, o que los inhabiliten para el ejercicio de funciones judiciales con arreglo a lo que se establece en esta ley, a las correcciones disciplinarias, imposiciones de costas o de multas en que hubiesen incurrido, a la diligencia y celo por el cumplimiento de sus deberes, y a su aptitud para el ejercicio de las funciones judiciales. La Junta pedirá los datos que estime conducentes a los superiores jerárquicos del territorio en que hubiesen desempeñado sus funciones. La Junta manifestará al Gobierno su opinión sobre si concurrían en ellos las circunstancias necesarias para gozar desde luego de las garantías que esta ley establece.

VII. El Gobierno, con vista del dictamen de la Junta, resolverá lo que estime procedente. En el caso de que considerare que es conveniente la ampliación de los datos reunidos, podrá decretarlo así, oyendo después nuevamente a la Junta para la resolución definitiva.

La razón de esa calificación no tiene otro significado sino el político, esto es, las consecuencias de la Revolución de septiembre de 1868, que causó un terremoto en las Administraciones públicas y por ende en la judicial. Desde esa disposición transitoria de la LOPJ

⁴ En la disposición transitoria v «Los expedientes de que trata la regla anterior serán pasados á una Junta de clasificación, que se compondrá. Del presidente del Tribunal Supremo. De un consejero de Estado en la Sección de Gracia y Justicia, elegido por la misma Sección. Del fiscal del Tribunal Supremo. De dos diputados á Cortes nombrados por el Gobierno. De un magistrado del Tribunal Supremo nombrado por su Sala de gobierno. De un magistrado de la Audiencia de Madrid nombrado por su Sala de gobierno. De un catedrático de Derecho de la Universidad Central nombrado por el Gobierno. De dos abogados del Colegio de Madrid nombrados por la Junta de gobierno del mismo. Un oficial del Ministerio de Gracia y Justicia, nombrado por el Gobierno, hará de secretario sin voto».

de 1870 se sucedieron normas para regular esa calificación de matiz evidentemente político en su desarrollo. Así, entre otros, los dos decretos de 23 de enero de 1875 del Ministerio de Gracia y Justicia; el primero establecía, incluso, nuevas bases para la declaración de inamovilidad de jueces y magistrados, mientras que el siguiente iba referido a diversas reglas para la provisión de los cargos judiciales y fiscales, y, en fin, la muy importante Ley de 14 de octubre de 1882, del Ministerio de Gracia y Justicia y adicional a la Orgánica del Poder Judicial. Esto es, hasta doce años después de la LOPJ de 1870 se seguía regulando la inamovilidad de jueces y magistrados, una buena muestra de cuán delicado políticamente era el tema en el contexto del nuevo régimen de la Restauración, como lo había sido para la interinidad presidida por Prim, la monarquía de Amadeo de Saboya o la Primera República.

Al hilo de todo ello, la necesidad de una nueva codificación del proceso penal se imponía de manera absoluta habida cuenta de que, con algunas modificaciones, regía en la materia el Reglamento Provisional de 1835⁵, obviamente de carácter claramente inquisitivo, antiliberal y opuesto a las indicaciones orgánicas y garantistas de la LOPJ.

II. LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 1882

1. El precedente de la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872

En la disposición transitoria 1, 3.º de la mentada LOPJ de 1870 se preveía ya ciertas indicaciones acerca de la reforma de los procesos criminales cuando se indicaba que el Gobierno procedería

A reformar los procedimientos criminales con sujeción a las siguientes reglas: a) Organización de la policía prejudicial y judicial, de manera que quede para lo futuro suficientemente asegurada la protección de las personas, la seguridad de los bienes, la prevención de las causas criminales y el descubrimiento de la verdad de los sumarios. b) Establecimiento de relaciones directas entre los agentes de policía prejudicial y judicial con los jueces de instrucción y con los funcionarios del Ministerio fiscal. c) Publicidad de los juicios

⁵ A este respecto se puede consultar el muy documentado trabajo de Lorente Sariñena (1992).

criminales, á excepción de aquellos en que no lo permita la moral. d) Procedimiento para el castigo de las faltas por los jueces municipales en primera instancia. e) Procedimiento para la segunda instancia ante los Tribunales de partido en los juicios de faltas, y para el juicio oral en única instancia en las causas por los delitos que correspondan a la competencia de dichos Tribunales y a las de las Audiencias sin intervención del Jurado. f) Procedimiento para el castigo de los delitos en que haya de intervenir el Jurado con las Audiencias. g) Procedimiento, también oral, para el castigo de los delitos reservados al Tribunal Supremo. h) Los recursos de casación en lo criminal se substanciarán con arreglo a la ley relativa a los mismos, aprobada y sancionada por las Cortes Constituyentes, en cuanto no se oponga a la presente. i) Organización del Jurado de modo que por sus condiciones de capacidad e imparcialidad, asegurada por el derecho de recusación, satisfaga las exigencias de la justicia.

Unas bases amplias que se recogieron en la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 22 de diciembre de 1872, que se preveía entrara en vigor, eso sí, con ciertas disposiciones transitorias, en el mes de enero siguiente. Como indica acertadamente Álvarez Cora (2012: 99-100),

Así, se establecía la organización de la policía prejudicial y judicial, en relación directa con jueces de instrucción y funcionarios del ministerio fiscal; se delineaban procedimientos especiales por razón del sujeto o del objeto, en el sumario; se declaraba la publicidad de los procesos criminales (a salvo la moral) y quedaba ordenado un juicio oral para las causas de su competencia sustanciadas por jueces municipales de primera instancia, Audiencias y aun el Tribunal Supremo; se reconocía la regulación antecedente de la casación criminal –así como se absorbía, con algunos cambios o añadiduras, la anterior preceptiva sobre la minuciosa redacción de las sentencias, o el interés por la estadística judicial–; y se organizaba el jurado –cuyo veredicto había de insertarse en la sentencia– bajo los principios de capacidad e imparcialidad (con posibilidad de recusación).

No obstante la constante pulsión hacia la codificación del proceso penal, la situación normativa seguía tendiendo hacia el caos y el desorden, de manera que

De esta suerte, cinco años después de la primera Ley de Enjuiciamiento criminal se elabora un llamativo cuerpo de preceptos procesales: la Compilación general de las disposiciones vigentes sobre Enjuiciamiento criminal de 16 de octubre de 1879. Más allá del texto, y anexa, se publica una significativa Tabla de correspondencia de los artículos de esta Compilación con los de las leyes y decretos de donde están tomados que irradia la función esencial de este nuevo conjunto normativo: en la Tabla, siguiendo el orden del texto de la Compilación por títulos, capítulos y artículos, se detecta el parentesco de cada precepto con la Constitución, la Ley de organización del Poder judicial, el Reglamento provisional para la Administración de justicia, la ley de casación, más distintos y particulares reales decretos y órdenes (Álvarez Cora, 2012: 101-102).

Aún la mentada compilación fue enmendada o adicionada en el itinerario legislativo, puntuado con apasionados debates parlamentarios, políticos y jurídicos, por una serie de hitos entre los que destaca un dictamen de la Comisión General de Codificación que presidía Calderón y Collantes, publicado junto con una tabla de correcciones a la compilación por RD de 6 de mayo de 1880, crítico con la imprecisión codificadora de la compilación, a lo que siguieron normas para fijar dos asuntos del máximo interés como lo eran el juicio oral y público y la instancia única (RD de 21 de octubre de 1881), y aún se harían correcciones en la mentada compilación por Ley de 9 de julio de 1882. La Ley de 22 de junio de 1882 autorizaba finalmente al Gobierno para que la Comisión General de Codificación redactara y publicara una ley de enjuiciamiento criminal y antes de ello en esa ley se autorizaba al Gobierno a una medida esencial y preparatoria para la índole de la futura LECrim, la creación de los tribunales colegiados, lo que no se hará efectivo sino hasta la Ley Adicional a la Orgánica del Poder Judicial de 14 de octubre de 1882, ratificando el principio de un juicio oral y público para las causas criminales.

2. La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882

Como indica la exposición de motivos (EdM) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, aunque al hilo del impulso democratizador y progresista de la legislación que provocó la dinámica de la Revolución de 1868 se había avanzado en mejorar en ese horizonte el

proceso penal, este seguía ofreciendo un perfil claramente inquisitivo, un aspecto al que se opondría la futura reforma.

El reglamento provisional de, 6 de Setiembre de 1835, y las disposiciones posteriores publicadas durante el reinado de la Augusta Madre de V. M., introdujeron, como ya se ha dicho, evidentes mejoras en el procedimiento criminal; pero no alteraron su índole esencialmente inquisitiva. Las leyes de 15 de Setiembre de 1870 y de Diciembre de 1872, inspirándose en las ideas de libertad proclamadas por la revolución de 1868, realizaron una reforma radical en nuestro sistema de enjuiciar, con el establecimiento del juicio oral y público; pero mantuvieron el principio inquisitivo y el carácter secreto del procedimiento en el período de instrucción, siguiendo el ejemplo de Francia, Bélgica y otras naciones del continente europeo.

La nueva ley procesal penal pondrá su énfasis modernizador en la instauración, aunque fuera con cautelas, de un sistema acusatorio frente a la tradición del inquisitorial, avanzando en el derecho de defensa, permitiendo al procesado, al cabo de dos meses, acceder a la plenitud de sus derechos restringiendo notablemente el carácter secreto del sumario, tomando conocimiento del mismo y pudiendo participar en las diligencias sumariales por la aspiración del legislador a respetar el principio de igualdad de las partes procesales y fijando las bases de un juicio oral y público.

La exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 desgranaba con lucidez los problemas a los que se enfrentaba la ley por el sistema precedente con notable sinceridad y claridad.

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. En sentir del que suscribe, sólo por la costumbre se puede explicar que el pueblo español, tan civilizado y culto y que tantos progresos ha hecho en lo que va de siglo, en la ciencia, en el arte, en la industria y en su educación política, se resigne a un sistema semejante, mostrándose indiferente o desconociendo sus vicios y

peligros, como no los aprecia ni mide el que, habituado a respirar en atmósfera malsana, llega hasta la asfixia sin sentirla. El extranjero que estudia la organización de nuestra justicia criminal, al vernos apegados a un sistema ya caduco y desacreditado en Europa y en América, tiene por necesidad que formar una idea injusta y falsa de la civilización y cultura españolas.

2.1. La duración de los procesos

Uno de los males tradicionales de cualquier Administración de Justicia, ya lo resaltaban los autores de nuestro Siglo de Oro, es la lentitud del proceso, especialmente el penal, en el que los bienes jurídicos en juego son de alto riesgo en su protección constitucional. El legislador del 1882 certifica ese mal que atenta contra los «derechos del individuo», entre otros en su visión de honor o reputación pública, para en algunos casos ser, en aquellos momentos, absueltos en la instancia, verdadera condena aun no siéndolo por el largo lapso de tiempo en el que el acusado ha sido sometido sin garantías a ese proceso expuesto públicamente y sometido en la mayor parte de las ocasiones a oprobiosas y cuantiosas medidas cautelares personales y patrimoniales.

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; y aún podría añadirse, para completar el cuadro, que tan escandalosos procesos solían no ha mucho terminar por una absolución de la instancia, sin que nadie indemnizara en este caso a los procesados de las vejaciones sufridas en tan dilatado período, y lo que es más, dejándoles por todo el resto de su vida en situación incómoda y deshonrosa, bajo la amenaza perenne de abrir de nuevo el procedimiento el día en que por malquerencia se prestaba a declarar contra ellos cualquier vecino rencoroso y vengativo. Esta práctica abusiva y atentadora a los derechos del individuo pugna todavía por mantenerse, con éste o el otro disfraz, en nuestras costumbres judiciales; y es menester que cese para siempre, porque el ciudadano de un pueblo libre no debe expiar faltas que no son suyas, ni ser víctima de la impotencia o del egoísmo del Estado.

2.2. La indefensión de los procesados en la instrucción haciendo inútil la vista oral

Con extraordinaria modernidad, esta exposición de motivos pone el dedo en la llaga en que la fase de instrucción se transforma en un verdadero proceso inquisitivo en el que el acusado se ve por completo desprotegido en su derecho de defensa, ya que el juez, viciado por su idea preconcebida de la culpabilidad de aquel, solo recoge las pruebas en su contra, quebrando la esencial idea garantista de la igualdad de armas. Uno tiene la sensación, de nuevo, de que la perspicacia del legislador de fines del XIX adivinaba cómo todo sería bastante parecido a comienzos del XXI:

Con ser estos dos vicios tan capitales, no son, sin embargo los únicos, ni acaso los más graves de nuestro procedimiento. Lo peor de todo es que en él no se da intervención alguna al inculpado en el sumario; que el Juez que instruye éste es el mismo que pronuncia la sentencia con todas las preocupaciones y prejuicios que ha hecho nacer en su ánimo la instrucción, que, confundido lo civil con lo criminal y abrumados los Jueces de primera instancia por el cúmulo de sus múltiples y variadas atenciones, delegan frecuentemente la práctica de muchas diligencias en el Escribano, quien, a solas con el procesado y los testigos, no siempre interpreta bien el pensamiento, ni retrata con perfecta fidelidad las impresiones de cada uno por grande que sea su celo y recta su voluntad; y que, por la naturaleza misma de las cosas y la lógica del sistema, 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 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. Hay, pues, que restablecer la igualdad de condiciones en esta contienda jurídica, hasta donde lo consientan los fines esenciales de la sociedad humana.

2.3. La desvaloración de la vista oral y el plenario ante la preponderancia de las pruebas practicadas en la fase de instrucción

Una clave para la conformación de un sistema acusatorio radica en que se produzcan en plenitud los principios de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción en todo el proceso, pero muy especialmente en el plenario, en la vista oral, a la vez que ello se produzca desde la formulación de los escritos de acusación. La exposición de motivos es muy consciente de la debilidad del proceso que venía a reformar en ese punto y lo destaca con nitidez. Es este un extremo que cualquier reforma futura del proceso penal debería tener muy presente, porque, desgraciadamente, en la actualidad muchos procesos, especialmente los denominados *macroprocesos*, en realidad y en muchos casos nacidos con vocación nada concreta y sí muy prospectiva, preordenados por el supuesto peso de la investigación policial o tributaria, una actividad preprocesal y sin ningún peso real probatorio, que lo adquieren como consecuencia de su asunción, sin masa crítica, por el fiscal y las acusaciones, en sus escritos de calificación provisional, y en no menos casos en las sentencias que ponen fin al proceso. Las vistas orales de la fase de plenario se convierten de ese modo en, prácticamente, una mera repetición de lo ya practicado en el sumario, desvirtuando esos principios, que tienen además recepción constitucional *ex art. 24*. vía proceso debido, especialmente el de inmediación, que funciona en la exigencia de que el tribunal o juez sentenciador conozcan de primera mano y no vía reproducción las pruebas de cargo y descargo.

Así veía el panorama esta ejemplar exposición de motivos de 1882:

Alude el infrascrito a la costumbre tan arraigada en 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 del Juez instructor no serán sino una simple preparación del juicio. 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. Al formularlas empieza realmente la contienda jurídica, y ya entonces sería indisculpable que la ley no estableciera la perfecta igualdad de condiciones entre el acusador y el acusado.

Si de algo no pecaba la aludida exposición de motivos era de ingenuidad de no conocer las dificultades de contrargumentación que podían oponerle a crítica, y consecuencias, tan radicales, y que se centraban en la oposición entre el *ius puniendi* del Estado, exigente para clamar los daños sociales e individuales causados por el delito, y los derechos individuales del procesado. Con lucidez liberal los examina y llega a conclusiones certeras.

Están enfrente uno de otro, el ciudadano y el Estado. Sagrada es sin duda la causa de la sociedad, pero no lo son menos los derechos individuales. En los pueblos verdaderamente libres el ciudadano debe tener en su mano medios eficaces de defender y conservar su vida, su libertad, su fortuna, su dignidad, su honor; y si el interés de los habitantes del territorio es ayudar al Estado para que ejerza libérrimamente una de sus funciones más esenciales, cual es la de castigar la infracción de la ley penal para restablecer, allí donde se turbe, la armonía del derecho, no por esto deben sacrificarse jamás los fueros de la inocencia, porque al cabo el orden social bien entendido no es más que el mantenimiento de la libertad de todos y el respeto recíproco de los derechos individuales. [...] Con idéntico criterio resuelve el nuevo Código las demás cuestiones fundamentales del Enjuiciamiento. En materia penal hay siempre dos intereses rivales y contrapuestos: el de la sociedad, que tiene el derecho de castigar, y el del acusado, que tiene el derecho de defenderse. El carácter individualista del derecho se ostenta en el sistema acusatorio, en el cual se encarna el respeto a la personalidad del hombre y á la libertad de la conciencia, mientras que el procedimiento de oficio o inquisitivo representa el principio social y se encamina preferentemente a la

restauración del orden jurídico perturbado por el delito, apaciguando al propio tiempo la alarma popular. Por lo tanto, el problema de la organización de la justicia criminal no se resuelve bien sino definiendo claramente los derechos, de la acusación y de la defensa, sin sacrificar ninguno de los dos ni subordinar uno al otro, antes bien armonizándolos— en una síntesis superior.

2.4. Propuesta de remedios

El legislador entiende que para remediar los males del sistema de proceso penal existente hay que operar sobre los graves defectos del sistema vigente.

Lo que hay que examinar, por tanto, es si el adjunto proyecto de Código remedia, si no todos, al menos los más capitales defectos de que adolece la vigente organización de la justicia criminal. Es preciso en primer término sustituir la marcha perezosa y lenta del actual procedimiento por un sistema que, dando amplitud a la defensa y garantía de acierto al fallo, asegure, sin embargo, la celeridad del juicio para la realización de dos fines a cuál más importante: uno, que la suerte del ciudadano no esté indefinidamente en lo incierto, ni se le causen más vejaciones que las absolutamente indispensables para la averiguación del delito y el descubrimiento del verdadero delincuente; y otro, que la pena siga de cerca a la culpa para su debida eficacia y ejemplaridad.

La concreción de los remedios para paliar esos graves defectos asombra hoy en día por su precisión, claridad y lucidez al partir de una realidad muy sólidamente arraigada y por lo tanto muy difícil de arrancar de raíz.

Algunos de esos remedios apuntan a la propia organización judicial, como la separación de funciones de instrucción y fallo, la separación de lo civil y de lo criminal, la creación de una segunda instancia solo para lo penal,

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; un alivio considerable de trabajo en cuanto a los demás Jueces, a quienes

se descarga del plenario y del pronunciamiento y motivación de la sentencia, ya que razones indeclinables de economía no permiten extender a ellos dicha separación.

En tanto que otros apuntan directamente a la propia estructura del proceso con especial hincapié en la fase de instrucción, con especial dedicación a practicar solo las diligencias útiles y pertinentes, negando la naturaleza secreta de la instrucción, un ítem de su clásica función inquisitorial, con participación temprana en esa fase del procesado,

multitud de reglas de detalle, esparcidas aquí y allá en el adjunto Código y singularmente en sus dos primeros libros, para que los Jueces instructores en el examen de los testigos y en la práctica de los demás medios de investigación se ciñan a sólo lo que sea útil y pertinente; y, por último, la intervención del procesado en todas las diligencias del sumario tan pronto como el Juez estime que la publicidad de las actuaciones no compromete la causa pública, ni estorba el descubrimiento de la verdad.

No es un iluso el legislador y es consciente de que a veces es el procesado el interesado en dilatar la marcha del proceso y compromete, para evitarlo, la actividad del juez y las funciones inspectoras de la audiencia y del Ministerio Fiscal (MF).

Por regla general nadie tiene más interés que el procesado en activar el procedimiento; y si alguna vez su propósito fuera prolongarlo se lo impedirá el Juez y sobre todo el Fiscal, a quien se da el derecho de pedir la terminación del sumario y la apertura del juicio oral ante el Tribunal colegiado. Concurrirán también al propio fin la inspección, continua y sistemáticamente organizada en la Ley, de la Audiencia de lo criminal y del Ministerio público sobre la marcha de los procesos en el período de la instrucción y la conducta de los Jueces instructores.

Ni siquiera se olvida el legislador de la celeridad especial que debe atribuirse a ciertos procesos, en los que el impacto sobre los bienes jurídicos atacados y su alcance social así lo requieren. «No es, finalmente, para echarlo en olvido, cuando de la brevedad del juicio se trata, el libro 4.º donde se establecen procedimientos especiales y

sumarios para los delitos in fraganti, para los de injuria y calumnia y para los cometidos por medio de la imprenta».

III. EL BAGAJE DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 1882: UN BALANCE DE RESULTADOS

El diseño conjunto de la LOPJ de 1870 y de la reforma del proceso penal emprendida por la LECrim de 1882 ofrecía, básicamente, la perspectiva de un proceso que pretendía, como he puesto de manifiesto en el parágrafo anterior, la modernización, bastante radical, de ese proceso penal, sobre la idea eje de construir, amén de los citados procesos especiales, un proceso sumario, de carácter público, incoado bien de oficio por el juez de instrucción competente, bien a instancia de parte, fuere el MF o las acusaciones particulares, mediante querrela o denuncia, dividido en tres fases, instrucción, fase intermedia y plenario, gobernado por un juez de instrucción, que con imparcialidad haría acopio de las pruebas de cargo y descargo, acordando las medidas cautelares, personales y patrimoniales precisas, procesando, si encontraba indicios racionales de criminalidad, al querrellado o denunciado, y cerrando la fase de instrucción con la conclusión del sumario y elevando la causa a su superior jerárquico, la audiencia provincial (AP).

La fase intermedia, la de calificación o sobreseimiento, no quedaba, pues, en manos del juez de instrucción, sino en las de la audiencia provincial, o en las de alguna de sus salas si así estaba organizada, ante la que debían comparecer el MF y las partes para manifestar si quedaban instruidos o solicitaban nuevas diligencias de prueba, lo que, de aceptarse por la AP, obligaba a devolver el sumario al instructor. De no hacerse así, e instruidas las partes, estas debían pronunciarse acerca del posible sobreseimiento provisional o definitivo o, en su caso, abrir el juicio oral y calificar provisionalmente los hechos enjuiciados, lo que abría la vista oral, con el debate probatorio y alegaciones bajo el principio de inmediación, y, a continuación, la sentencia que ponía fin al proceso, sentencia que solo podía revisarse en casación ante la sala competente del Tribunal Supremo (TS) en aquellos reducidos casos en que encajara su impugnación en las causas tasadas de casación.

En esa división entre el juez de instrucción que no sentencia, ni siquiera absuelve en la instancia, una institución deshonrosa y oprobiosa como destacaba con justa indignación la EdM de la LECrim de 1882, se concentra en investigar, y reunir imparcialmente pruebas de cargo y descargo, y tampoco tiene poder para sobreseer o archivar el caso, que queda a disposición de la AP. Esta, por su parte, no parece contaminada por la instrucción y, de este modo, con el distanciamiento y frialdad imparcial, debería ser capaz de abordar la doble decisión de archivar o abrir el juicio oral de acuerdo con la calificación provisional de las acusaciones, juzgando el caso con inmediación, contradicción y publicidad tras las sesiones probatorias y de alegaciones de la vista oral. Se trataba de un sistema muy novedoso, orientado a garantías y derechos impensables en la España de ese momento, e incluso en buena parte de los denominados *países civilizados*; un epítome de legislación moderna, progresista y de claro talante liberal.

El sistema, pues, se basaba en la preordenación de un mapa judicial, que fue depurándose notablemente, desde el diseño inicial de la LOPJ de 1870 hacia la constitución de la demarcación judicial con la creación de los partidos judiciales sede de los jueces de primera instancia e instrucción, que eran los competentes en esa tarea de instruir los sumarios. Se trataba de una demarcación judicial que evolucionaba de la situación, bastante más compleja y menos racionalizada, anterior, con una idea de adaptarla a una España rural con núcleos de población ya importantes en algunas ciudades, pero que en general se estructuraba, incluso electoralmente, alrededor de los núcleos de población provincial más populosos.

La idea de la fase de instrucción, y así se expresaba en la EdM de la LECrim de 1882, pivotaba sobre la idea de un instructor que abordaba sin juicios preconcebidos y con rechazo a conductas o procedimientos inquisitoriales, y desde una posición institucional de imparcialidad, reforzada cuando se alcanzó la plenitud de la independencia e inamovilidad judicial, que reunía las pruebas de cargo y descargo acerca de los hechos y la persona denunciada o querellada. Una posición que implicaba una actitud proactiva, de dirección, del juez de instrucción, al que la ley exigía celeridad, y cuya actividad era tutelada desde la inspección directa del fiscal (art. 306 LECrim) que debería constituirse junto al juez para el conocimiento y seguimiento

de la causa penal. El juez de instrucción, si transcurrido un mes, preveía el art. 324,

un sumario no se hubiere terminado, el Juez dará parte cada semana a los mismos a quienes lo haya dado al principiarse aquél de las causas que hubiesen impedido su conclusión. Con vista de cada uno de estos partes, los Presidentes a quienes se hubiesen remitido y el Tribunal competente acordarán, según sus respectivas atribuciones, lo que consideren oportuno para la más pronta terminación del sumario.

Las garantías del derecho de defensa, un ítem que es esencial para asegurar el principio de igualdad de partes en el proceso, se fueron abriendo paso con notable retraso y dificultad y no se han completado sino muy recientemente, lo que evidenciaba el rastro, siempre poderoso y subyacente, de ideas semiinquisitoriales, ya que, incluso inicialmente, así lo expresa la EdM, durante dos meses el proceso, para no perjudicar su eficacia (¿?), se mantenía secreto, aunque a partir de ese plazo, que fue poco a poco suprimido, la defensa y las acusaciones gozaban de la plenitud de derechos para conocimiento, alegación y prueba, en la instrucción de la causa.

La LECrim, tanto en la fase de instrucción como en la de la vista oral del plenario, detallaba la práctica de las diversas pruebas, de confesión del procesado, testigos, peritos, documental, como una muestra de una ley procesal orientada hacia el principio de la más estricta legalidad. De igual manera, la fase de instrucción posee un eje de decisión, una clave de seguridad jurídica y de exigencia de legalidad conectada con el derecho de defensa, aunque aparentemente parezca lo contrario y que modifica toda la fase si llega a adoptarse, y que no es otra que la novedad del auto de procesamiento (art. 384 LECrim). Esta capital resolución, adoptada cuando el instructor razone la concurrencia en el denunciado o querellado de «indicios racionales de criminalidad», permitía fijar hechos, cierta calificación jurídica, así como la adopción, ratificación o modificación de las medidas cautelares personales y patrimoniales, y permitía al denunciado o querellado conocer su situación procesal y, si no se hubieran personado, hacerlo con procurador y abogado, pues hasta ese momento, que podía demorarse, su situación era de manera preocupante, en cuanto a sus derechos, encontrarse, merced, aunque por entonces no se explicitara

de ese modo, en una cierta tierra de nadie, en un cierto limbo procesal. Se vea como se vea, y existe un debate tan académico como práctico sobre la utilidad o no del auto de procesamiento, lo cierto es que, de alguna manera, se lo echa de menos en la actual situación de los procesos penales, en los que se detectan dos importantes déficits. Uno es cómo y de qué manera, y cuanto antes en tiempos procesales, debe fijarse el objeto de la litis, un poco en la estela de los procesos civiles, su alcance como eje de seguridad jurídica y exigencia de legalidad procesal, para impedir procesos concebidos desde posiciones meramente prospectivas que acaban derivando en inquisiciones generales, abiertamente rechazadas por la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional (TC) como del TS. La segunda consecuencia es la de la fijación, de nuevo cuanto antes a efectos de un real derecho de defensa, del estatuto del investigado o imputado, vocablo decaído por su fuerte sentido de alcance anti presunción de inocencia, con consecuencias innegables en muchos casos respecto del instituto de la prescripción penal.

El ministro Alonso Martínez era ambicioso a la hora de exponer la idea de esa LECrim de 1882; era solo un hito para el deseable desarrollo de la misma en un horizonte de más exigencia técnica y política en la concepción del ordenamiento procesal penal. Eso no fue posible por muchas y variadas razones. La propia problemática de la estructura política y partidista del régimen de la Restauración, las tensiones internas de los partidos, el propio Alonso Martínez fue apartado de las labores de Gracia y Justicia y *promovido* al sillón de la Presidencia de las Cortes, el agotamiento del impulso reformador de los políticos que promovieron y gestionaron el cambio en la Revolución de 1868, la estructura caciquil de la vida española en provincias⁶, el desapego, el regeneracionismo a la luz de la debacle del 98 lo puso de manifiesto, a unirse a la modernidad que se atisbaba con el cambio de siglo, dieron al traste con las ilusiones que promovió la LECrim, que, no obstante y casi durante un siglo, como había ocurrido con el Reglamento Provisional de 1835, dominó la vertebración práctica día a día del proceso penal español, con cambios de regímenes políticos bien diversos, monarquía, dictaduras, república, que apenas incidieron

⁶ Varela Ortega (2001) disecciona con inteligencia y brillantez ese momento político e histórico concreto.

en esa estructura inicial, salvo adiciones, de sesgo programático político, como la ley del jurado⁷.

La más importante modificación vino de la mano del desarrollo de una España rural a una España más urbanita, con el éxodo del campo a las ciudades que desde mediados de la década de los 50 del pasado siglo y, sobre todo, desde los 60 despobló lo que ahora llamamos *la España vacía*, creando una nueva realidad sociológica en el país, a lo que se unió un cierto incremento de la litigiosidad unida a una nueva delincuencia urbana con los primeros atisbos de delitos económicos al hilo de un desarrollo evidente con una elevación del número de procesos, lo que acabó dándose de bruces con la lentitud endémica de estos, una lentitud provocada en parte por una regulación procesal pensada para una realidad social diferente, ya que el traslado constante de las resoluciones del instructor a las partes, así como la posibilidad de recurrir en reforma y subsidiaria apelación esas decisiones judiciales, no permitían la necesaria y requerida agilidad en la economía procesal.

Desde la ley de 1957, el legislador ha ido tejiendo y destejiendo una normativa procesal *ad intra* de la propia LECrim, y a veces *ad extra*, con la idea de la urgencia, para crear procesos referidos a tipos penales sin penas graves que con una idea de plazos más cortos recortes de posibilidades probatorias, intentaban paliar el problema, sin conseguir nunca dar con la tecla de la aceleración de los denominados *procesos de urgencia*. Produce vértigo consignar las sucesivas modificaciones, las primeras muy relacionadas con la circulación de vehículos de motor, al amparo de la ley del automóvil de 1950 y la comisión de delitos de imprudencia, que desde la Ley de 8 de junio de 1957. Modificada por Ley de 30 de julio de 1959,

⁷ Una demanda histórica de liberales y progresistas en el debate político ya desde la Constitución gaditana de 1812, en su programático art. 307, y al compás del vaivén de las luchas entre liberales y absolutistas, intentos de corta duración en normas como las de 22 de octubre de 1820, la Constitución de 1837 o las leyes de imprenta de 1864 y 1867 de Cánovas del Castillo, hasta que se consagra constitucionalmente en el art. 93 de la Constitución de 1869 y se desarrolla en la LECrim de 1872, claramente perturbada en su fijeza real por los avatares políticos de la dimisión de Amadeo I de Saboya, proclamación de la turbulenta Primera República y alzamientos carlistas, hasta su nueva promulgación por ley el 22 de abril de 1888, con entrada en vigor para el 1 de enero del año siguiente en vigor hasta el desencadenamiento de la Guerra Civil en 1936, para ser restaurada por el ministro Juan Alberto Belloch por Ley Orgánica (LO) 5/1995.

introduciendo modificaciones en el texto de la LECrim, bajo el calificativo de *procedimientos de urgencia*, y a las que siguió la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, con la perspectiva de dos tipos de órganos enjuiciadores; las denominadas *diligencias preparatorias*, de las que instruía y conocía y fallaba el juez de instrucción y el sumario de urgencia, instruido por el juez y conocido y fallado por la audiencia. El culmen de esa deriva que rompía por completo, apelando a esas razones de urgencia, vino dado por la Ley de 8 de abril de 1967, que consagró en la LECrim esos dos procedimientos de preparatorias y sumario de urgencia, situación aún más agravada, porque ya se encontraba vigente el sistema de derechos fundamentales de la CE de 1978 y especialmente el derecho al juez imparcial (art. 24 CE), por la LO 10/1980, de 11 de noviembre, que adicionaba un procedimiento oral para delitos dolosos, menos graves y flagrantes, permitiendo a los jueces instructores conocer y sentenciar delitos con penas de entre seis meses de prisión hasta seis años. La situación, claramente inconstitucional, se agravó con la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) en el caso Piersack y De Cubber, en la que se apoyó la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) de 12 de julio de 1988, en la que declaró inconstitucional el art. 2.2 de esa ley, por contraria al derecho al juez imparcial *ex art. 24.2 CE*.

El legislador se vio obligado a mover ficha legislativa y, tras derogar las reformas operadas por las leyes de 1967 y 1980, organizó por LO 7/1988, de 28 de diciembre, y su complementaria, LO 39/1988, de 28 de diciembre, creando el nuevo procedimiento abreviado (PA), en el que ya el juez instructor no podía fallar estos tipos de delitos que quedaban encomendados por mor de la competencia de las penas atribuidas a los delitos enjuiciados, bien a un juez unipersonal de nueva creación, el juez de lo penal, bien a una sala de la audiencia. A la vez se reformaba en estos casos, con una idea teórica de celeridad, simplificando algunos trámites y potenciando la conformidad, la instrucción e incorporaba, apuntando a una demanda, cada vez más creciente, unas diligencias de investigación penales preprocesales que tramitaría el fiscal (art. 773 LECrim), creando una cierta confusión con las diligencias que

el fiscal practicaba conforme al art. 5 de su Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF)⁸.

Pero, por la pulsión por la celeridad y la urgencia, cada vez se alzaban más voces ante la lentitud de los procesos penales con instrucciones muy dilatadas en el tiempo, de manera que se aprobó la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, con nuevo protagonismo legitimador y proactivo del MF, lo que motivó fuertes críticas académicas, pero una nueva prueba de la tendencia del legislador a conferir mayor rol al fiscal en la tramitación de las causas penales. La escasa incidencia práctica de este nuevo procedimiento abreviadísimo, que habría requerido, otro mal endémico, de desarrollos estatutarios y organizativos de jueces y fiscales e implantación de medios materiales, provocó una nueva modificación de la LECrim, en su art. 790.1, párrafos 2 y 3, en la LO 2/1988, tampoco resultó nada efectivo; un inusual Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, de no muy larga duración, que permitió legislar para intervenir de nuevo en el proceso penal con el horizonte siempre presente de la urgencia y la celeridad de los procesos. Ese pacto dio luz a la Ley 38/2002 de Reforma Parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, complementada por la LO 8/2002, ambas de 3 de octubre.

La reforma era muy ambiciosa, pues, sobre la base de la flagrancia del delito definida legalmente (art. 795.1.1.^a LECrim) y de un catálogo competencial de delitos (art. 795.1.2.^a LECrim), se establecía un régimen, complementado y reformado por la LO 13/2015, de 5 de octubre, de intensividad en la actuación investigadora de la Policía, cuyo atestado y citaciones se constituía como un *iter* probatorio que sería remitido al juzgado de guardia, para la práctica de un procedimiento de diligencias urgentes incoado por el juez, que, oyendo al fiscal, partes acusadoras si concurrieran y a la defensa, debe acordar si son suficientes o no las pruebas practicadas. Si no lo fueran, ordenará que se formen diligencias previas y que se tramiten como procedimiento abreviado con decisión ante el juez de lo penal o la AP. Si fueren suficientes, da traslado al fiscal y a las partes para que formulen, incluso oralmente, sus peticiones de sobreseimiento,

⁸ La STS 2773/2017, de 12 de julio, se ha mostrado muy crítica con esas diligencias preprocesales del MF, desvalorizando su alcance probatorio en el seno de un proceso.

o de calificación provisional y apertura del juicio oral. La defensa puede mostrar su conformidad en ese acto (art. 800.2 LECrim), lo que le permite al propio juez de guardia dictar sentencia, o, si no lo hiciera, resuelve sobre aquellas peticiones y, si acordara la apertura de la vista oral, se determina una fecha próxima para comparecer ante el juez de lo penal. Si el juez reputara el hecho como falta, acordará su enjuiciamiento inmediato dictando sentencia tras oír a las partes (art. 798.2 *in fine* LECrim).

Toda esa larga y enrevesada sucesión de normas y cambios legislativos parece retrotraernos de nuevo al panorama del siglo XIX anterior a la LECrim de 1882, al tantear diversas reformas parciales, algunas de mucho calado procesal, como las ya reseñadas de 2002 y 2015, pero sin abordar la reforma integral de la LECrim, que, sin embargo y durante ese período, ya había sido objeto de intentos de reforma. Toda esa tendencia reformadora se ha centrado, amén de en otras no menos necesarias como las de la exigencia de la doble instancia, la situación procesal de imputado/investigado, la intervención de las comunicaciones, en la necesidad de acelerar los procesos denominados como *de flagrancia* o *de urgencia*. Al hilo de eso, se puede detectar con nitidez, que, además de adelgazar los trámites de las diligencias probatorias y de comunicación procesal, se apunta con no menos nitidez al protagonismo de instituciones como la conformidad y un rol más preponderante y activo del MF.

Se apuntaba así, además, a una de las causas principales, a mi juicio, entre otras muchas, del desapego que la instrucción en la idea de la LECrim de 1882, y que no fue otra que el descreimiento de jueces y fiscales para con su rol procesal. Habida cuenta de que los jueces compatibilizaron durante mucho tiempo las funciones y competencias civiles y penales, una idea que la EdM ya contemplaba como perturbadora, en los juzgados de primera instancia e instrucción, lo que solía llevar, por lo general, a un posponer los procesos penales por los civiles a los que se dedicaban, entregando la tramitación de lo penal al personal subalterno. Por su parte, los fiscales abdicaron casi desde el primer momento de sus facultades de supervisión e inspección del sumario en la fase de instrucción, que especialmente les encomendaba la LECrim de 1882, consagrándose exclusivamente a calificar los hechos una vez aprobada la conclusión del sumario

por el juez de instrucción. A esa sociología procesal histórica de los principales protagonistas de los roles procesales en el procedimiento penal en la fase de instrucción se añadió el no menor desapego, en muchas ocasiones deliberado, del Legislador y del Ejecutivo hacia el Judicial, que se concretaba en su desinterés por su organización y modernización, en la mínima consideración presupuestaria para los medios materiales y en la permanente consideración del Poder Judicial, de su organización y de las reformas procesales como un campo de Agramante de disputas políticas teñidas con la cortina de humo de la disidencia ideológica.

Finalmente, la carrera judicial se ha encaminado progresivamente, además, hacia una especialización jurisdiccional, iniciada ya en la década de los 50 del pasado siglo, con la creación de las magistraturas de trabajo, hoy juzgados de lo social, y luego con los magistrados especialistas de lo contencioso-administrativo y, aunque simplemente esbozada, parece adivinarse la de lo penal.

IV. EL FUTURO PROCESO PENAL Y EL FISCAL INVESTIGADOR

Desde hace más de una década, casi todos los titulares del Ministerio de Justicia han anticipado su deseo de presentar un proyecto de ley para una ley de enjuiciamiento criminal de nueva planta, sustituyendo el modelo, como hemos visto, muy modificado a lo largo de más de un siglo, de la veterana LECrim de 1882. Incluso los ministros Caamaño, a fines de 2011, y con la legislatura ya finiquitada, Ruiz-Gallardón en 2013, aunque no llegó a debatirse en Consejo de Ministros, y, recientemente, el ministro Juan Carlos Campo, que lo ha publicado y se encuentra en fase de información pública, han elaborado, a través de una comisión *ad hoc*, sendos anteproyectos de ley de enjuiciamiento criminal.

Todos ellos proponen un cambio radical, con diversos matices y acentos, en la fase de instrucción del proceso penal, que se extiende, en su especial medida, a los procedimientos de urgencia, y que no es otro sino promocionar al fiscal a fin de que dirija la investigación de los delitos, relegando al juez en sus tradicionales funciones instructoras; desaparece, pues, la tradicional figura del juez instructor, pasando a funciones de juez de garantías encargado de decidir sobre

las propuestas que le lleguen, sustancialmente en cuanto a la intervención y disposición de los derechos fundamentales (medidas cautelares personales y patrimoniales, intervención de las comunicaciones, etc.). En el anteproyecto presentado por el actual ministro de Justicia, se le añade una y esencial figura, la del juez de la audiencia preliminar, encargado de examinar y decidir las propuestas de sobreseimiento y archivo o las de la apertura del juicio oral que encaminaría la causa a la vista oral y al plenario.

No es momento ni ocasión de pormenorizar un examen crítico de ese anteproyecto, cuya idea es acercar nuestro proceso a los modelos europeos similares (Portugal, Alemania y, parcialmente, Francia), en los que la dirección de ese período instructorio se encomienda al MF, a la vez que se pretende dinamizar y agilizar esa fase de instrucción, pero, en todo caso, sí podemos anticipar algunos de los ejes de debate que se avecinan.

El primero, y seguramente la piedra de choque y de debate, no es otro que el cambio de paradigma del rol de instructor del juez al fiscal, aunque este se designe como investigador y no pueda asumir constitucionalmente todas las funciones de un juez instructor como lo son la disposición de derechos fundamentales, tarea que solo puede ser encomendada a un miembro del Poder Judicial. Pero lo cierto es que, en cuanto al impulso y al control de la investigación del proceso, el protagonismo en la fase de instrucción, sobre todo de los procesos con pena asignada de gravedad, esas tareas corresponderán al fiscal. El problema que se suscita es que pasamos de un juez instructor que goza de la independencia que le otorga su significado constitucional *ex art. 117 CE*, a una institución de relevancia constitucional como lo es el fiscal, del que se puede predicar su sujeción a la legalidad y a la imparcialidad, *ex art. 124.2 CE*, pero nunca ni la independencia ni la inamovilidad de un juez. Si además se alega que, conforme al art. 124.3 CE, al fiscal general del Estado (FGE) lo nombra el rey a propuesta del Gobierno, aunque es oído el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), y los fiscales se comportan con sujeción al principio de dependencia jerárquica (art. 124.2), mal entendido siempre porque en realidad es un principio más funcional y conectado con el principio de unidad de actuación (art. 124.2) que orgánico, aunque es cierto que el FGE propone todos los nombramientos discrecionales del MF,

oyendo simplemente, pero sin vinculación, al Consejo Fiscal (CF), nombramientos que recaen finalmente en el Gobierno (los jueces en esos mismos casos son nombrados por el CGPJ) y puede impartir órdenes generales y particulares a los órganos y miembros del MF, que es cierto que tienen posibilidad de disentir, pero la resolución final de ese disentiimiento corresponde al FGE. Amén de todo ello, el MF depende presupuestaria y administrativamente del Ministerio de Justicia y, más parcialmente, de los órganos correlativos a aquel de las comunidades autónomas que tienen transferidas las competencias de justicia. Con ese panorama, la desconfianza hacia el cambio de paradigma del rol de instructor está servida. A ello se une el hecho de la indefinición constitucional del MF, que ni se encuentra, obviamente, pese a lo ya reseñado en sus conexiones con el Gobierno, en el Ejecutivo, ni tampoco forma parte del Poder Judicial, aunque el EOMF lo ubique en ese ámbito con autonomía funcional (art. 2, Uno), lo que provoca una ausencia total de control de responsabilidad política, orgánica y personal, lo que supone una grave alteración democrática en el equilibrio de la división de poderes. El Gobierno no puede responder por el FGE ni por los fiscales porque no dependen de su acción política; es más, tiene prohibido dirigir órdenes o instrucciones al FGE, salvo las de un vago interés general, que además pueden ser desoídas. El FGE, que representa a todo el MF, tampoco puede responder políticamente ni ante el Gobierno ni ante las Cortes Generales porque no hay un mecanismo previsto para ello y de haberlo sería, en mi opinión, de dudosa constitucionalidad, y, finalmente, los fiscales tampoco poseen un estatuto de responsabilidad personal estatutario ni medianamente aquilatado, sino meramente referido al de los jueces.

Por ello, siempre que se presenta la cuestión, se reclama con insistencia la modificación del EOMF, para aumentar la autonomía y completa independencia del MF y de los fiscales, particularmente respecto del Gobierno, especialmente en cuanto a su dependencia presupuestaria, orgánica y administrativa del Ministerio de Justicia y consejerías asimiladas en las comunidades autónomas con competencias transferidas en justicia, a la vez que se solicita el blindaje estatutario de independencia de los fiscales investigadores, limitando las casi omnímodas competencias del FGE, sujetándolo en las disidencias, colectivas o individuales, que pudieran surgir a sus órdenes,

por entenderlas ilegales o improcedentes, al parecer mayoritario de órganos hasta ahora consultivos como el Consejo Fiscal, la mayor parte de cuyos vocales son elegidos democráticamente por la carrera, o la Junta de Fiscales de Sala.

Funcionalmente, el rol investigador del fiscal también se enfrenta a numerosos problemas de no fácil solución. Uno es su interacción con el juez de garantías, en la fase de instrucción de la causa, y posteriormente con el juez de la audiencia preliminar, que debe decidir el sobreseimiento o la apertura del juicio oral. Todos los anteproyectos contemplan esas figuras, especialmente la del juez de garantías, como un cierto contrapeso y control –los más críticos hablan sin pudor de desconfianza del legislador– al gran poder que se atribuye al fiscal investigador, lo que, ciertamente, debilita su posición y no permite considerar las reformas como decididas a consagrar una futura LECrim en el terreno de un sistema acusatorio puro.

El segundo campo de debate es cómo compaginar el rol predominante y proactivo del fiscal investigador en esa fase de instrucción con la comparecencia de otras partes acusadoras, como la acusación particular o la acción popular, para que, sin perder la idea de eficiencia y liderazgo del fiscal investigador, no padezca el derecho fundamental de igualdad de armas, *ex art. 24.2 CE*.

Un tercer punto tiene que ver con la filosofía de sistema procesal con la que se aborde la fase de instrucción. Desde mi punto de vista, y es también el muy mayoritario entre los académicos, esa fase debe organizarse, por exigencia constitucional, con el norte del derecho de defensa, *ex art. 24.2 CE*, si queremos superar la vieja pero tradicional pulsión de un cierto espíritu criptoquisitivo disfrazado al socaire de muy legítimas políticas criminales sobre las que existe sensibilización social que están socavando gravemente tanto el derecho a la presunción de inocencia (*art. 24.2 CE*) como las garantías anejas al derecho fundamental al proceso debido (*art. 24.2 CE*). Una nítida y rigurosa posición de pleno ejercicio del principio constitucional de imparcialidad por parte del MF parece inexcusable si queremos preservar ese delicado panorama constitucional de derechos y deberes que afectan tanto a víctimas como a sus contrarios.

Finalmente, los anteproyectos conectan esa labor de investigación del MF con la labor de la Policía Judicial, una institución ya

presente, con una cuidadosa regulación, en la LECrim de 1882, pero que nunca ha sido desarrollada de manera exigente tanto orgánica como funcionalmente, aunque siempre se haya destacado que en sus funciones de auxilio o investigación procesal está sometida a la autoridad de jueces y fiscales. Si a las desconfianzas hacia la falta de independencia del fiscal se les une la clara dependencia de la Policía Judicial respecto del Gobierno central y los autonómicos para con las policías de esos territorios, el cóctel, y de carácter explosivo, está servido en bandeja. Nadie ignora la tradicional resistencia de los Gobiernos a crear una verdadera Policía Judicial orgánica y funcionalmente dependiente de jueces y fiscales, pero, sin esa decisión, la credibilidad del sistema como un sistema independiente se queda bajo mínimos.

Queda para reseñar, siquiera sea brevemente, que una reforma integral de la LECrim exige inexcusablemente reflexionar sobre sustanciales cambios en el mapa de la organización judicial, porque el juzgado de instrucción anexo a un partido judicial ya no tiene sentido y máxime en una España más urbanita que rural. A ello debe unirse la reorganización del despliegue de jueces y fiscales, una significación que es tanto orgánica como funcional si se quiere hacer eficiente el modelo procesal.

Y dinero, porque esta reforma procesal, se articule como se articule, es muy costosa, y requerirá, además, en un horizonte de exigencia de modernidad, fuertes inversiones en infraestructuras, tecnología y digitalización y en selección, formación y continua especialización de jueces, fiscales, letrados de la Administración de Justicia y personal auxiliar.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CORA, E. (2012). La evolución del enjuiciamiento en el siglo XIX. *Anuario de Historia del Derecho Español*, 82, pp. 81-111.
- ARAGÓN REYES, M. (2016). *Uso y abuso del decreto-ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional*. Iustel.
- LASSO GAITE, J. F. (1998). *Crónica de la codificación española. I. Organización judicial*. Ministerio de Justicia.
- LORENTE SARIÑENA, M. M. (1992). Reglamento provisional y administración de justicia (1833-1838). Reflexiones para una historia de la justicia decimonónica. En J.-M. SCHOLZ (coord.), *El tercer poder: hacia una*

- comprensión histórica de la justicia contemporánea en España* (pp. 215-296). Vittorio Klostermann.
- LORENTE SARIÑENA, M. M. (coord.). (2007). *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*. Consejo General del Poder Judicial.
- SOLLA SASTRE, M. J. (2007). Finales como principios. Desmitificando la Ley Orgánica de Tribunales de 1870. *Anuario de Historia del Derecho Español*, 77, pp. 427-466.
- TORRES MURO, I. y CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F. (2018). La potestad legislativa de las Cortes Generales. En M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER y M. E. CASAS BAAMONDE (dirs.), *Comentarios a la Constitución española* (tomo II, pp. 20-28). Boletín Oficial del Estado, Ministerio de Justicia, Fundación Wolters Kluwer.
- VARELA ORTEGA, J. (2001). *Los amigos políticos. Partidos, elecciones y caciquismo en la Restauración (1875-1900)*. Marcial Pons.