

Proceso penal y delitos de corrupción

(Algunas bases para la reforma estructural del proceso penal)

Jordi Nieva Fenoll

Catedrático de Derecho procesal
Universitat de Barcelona

Abstract

La actual configuración del proceso penal no es eficiente para enfrentarse con los delitos de corrupción. Los mismos se demoran porque suponen instrucciones muy complejas a causa del elemento clandestino y puntual, aunque muy prolongado en el tiempo, de las acciones delictivas investigadas, así como de la gigantesca documentación que implican. Por otra parte la formación de los jueces es muy deficitaria en el Derecho sustantivo relacionado con los casos de corrupción. Además, se producen unas incomprensibles reiteraciones entre la instrucción y el juicio oral que debieran ser evitadas.

Partiendo de la superación de la configuración decimonónica del proceso penal, cuyas razones esenciales se presentan con claridad, se realiza una propuesta de reforma que supone una alternativa muy novedosa a la ineficaz estructura presente del enjuiciamiento penal.

The current configuration of the criminal procedure is not efficient when dealing with corruption criminality. The investigations and trials are delayed because of the complexity due to the clandestinity and the irregularity –although in a long term– of the criminal actions, as well as the huge documentation involved. Moreover, the knowledge of judges on substantive law related to corruption cases is extremely small. In addition, some ununderstandable reiterations –that should be avoided– occur between investigation and the trial.

The configuration of the criminal procedure from the nineteenth century, whose essential reasons are presented clearly, should be overcome. A very innovative proposal of reform is presented, in order to change the inefficient structure of the criminal prosecution.

Die aktuelle Konfiguration des Strafverfahrens ist nicht effizient um Korruptionsdelikten richtig zu beurteilen. Die Untersuchungen und Hauptverfahren werden üblicherweise verzögert, weil die kriminellen Aktionen in diesen Fällen heimlich und selten sind, obwohl sie lange Zeit dauern, und ergeben sich normalerweise aus einer unheimlichen grossen Dokumentation. Auch die Kenntnisse von Richtern von dem materiellen Recht in Bezug auf Korruption sind leider zu gering. Letzendlich, einige unverständliche Wiederholungen in der Untersuchung und das Hauptverfahren sollten vermieden werden.

Die neunzehnten Einstellung der Strafverfahren –deren wesentliche Gründe sind klar dargestellt– sollte überwunden werden. Ein sehr innovativer Vorschlag zur Reform von der ineffizienten Struktur der Strafverfolgung ist vorgestellt.

Title: Criminal procedure and corruption criminality (some bases for structural reform of criminal procedure).

Titel: Strafprozess und korruptionsdelikten (Einige Beiträge für strukturelle Reform des Strafverfahrens).

Palabras Clave: instrucción, juicio oral, clandestino, macroproceso.

Stichworte: Untersuchung, Hauptverfahren, geheim, Mammutverfahren.

Keywords: investigation, trial, clandestinity, judicial, criminal class action.

Sumario

1. Introducción.
2. Tipos de procesos: procesos individuales y “macroprocesos”.
3. La configuración decimonónica del proceso penal.
 - 3.1. Superación de la estructura procesal tradicional.
 - 3.2. Inevitable extensión de la instrucción para la preparación del juicio.
 - 3.3. La no reiteración de las declaraciones grabadas y practicadas con todas las garantías.
 - 3.4. Carácter complejo de la prueba documental. La diligencia pericial contable.
 - 3.5. El control de la información.
4. La escritura en el juicio oral.
5. Los indultos.
6. Bibliografía

1. Introducción

Cuando los diferentes legisladores del siglo XIX concibieron lo que habría de ser el nuevo proceso penal, superando el sistema inquisitivo, no tuvieron en mente los delitos que implican corrupción política y económica¹. Eran épocas en las que el poder político era opaco, y esa especie de "mano invisible" de la que habló Adam SMITH² -aunque con diferentes intenciones- nunca era controlada³. Los ciudadanos asumían como algo normal la corrupción de los gobernantes, y sólo en momentos de tremenda pobreza económica de la población estallaban las grandes revoluciones que intentaban luchar contra algo que percibían como injusto, pero que no conocían en realidad.

Difícilmente se podía pensar en procesos jurisdiccionales en estos casos. Los legisladores eran los mismos que, de un modo u otro, controlaban el poder económico, y desde luego no estaban interesados en ser juzgados. De hecho, las imputaciones a los integrantes de los tres poderes eran absolutamente excepcionales, y no porque no hubiera motivos para las mismas. Los acusados públicamente de corrupción simplemente abandonaban sus cargos, sin más, volviendo periódicamente a los mismos a la primera ocasión, como si nada hubiera ocurrido⁴.

En estas condiciones, es obvio que los legisladores del XIX pensaron en poco más que robos, lesiones y homicidios. De hecho, si se lee la parte dedicada a la instrucción de las leyes de enjuiciamiento criminal de la época, son esos tres delitos los únicos que parecen ser relevantes.

Actualmente, la sensibilidad social por otros hechos delictivos ha aumentado considerablemente, y las formas de criminalidad se han diversificado al mismo ritmo que la sociedad se hacía más compleja. Además, la impronta de la democracia y del Estado de derecho ha otorgado a los ciudadanos mayores posibilidades de control sobre sus gobernantes, legisladores y jueces. No obstante, resulta sorprendente la tremenda condescendencia social que existe todavía con respecto a la corrupción pública y privada.

¹Sobre el concepto, véase CONTRERAS ALFARO, *Corrupción y principio de oportunidad penal*, 2005. AAVV (coord. FABIÁN CAPARRÓS), *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, 2000. (en especial de esta obra BUSTOS GISBERT, «La corrupción de los gobernantes: responsabilidad política y responsabilidad penal», 2000, pp. 33 y ss., y RODRÍGUEZ GARCÍA, «Los sistemas procesales penales frente al reto de controlar la corrupción», pp. 73 y ss.), en AAVV (coord. RODRÍGUEZ GARCÍA/FABIÁN CAPARRÓS), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, 2004.

²SMITH, *An Inquiry into the nature and causes of the Wealth of Nations*, vol. II, 1801, p. 273: "and by directing that industry in such manner as its produce may be of the greatest value, he intends only his own gain, and he is in this, as in many other cases, led by an invisible hand to promote an end which was no part of his intention."

³Aunque históricamente han existido ejemplos de intentos de control procesal de dicha corrupción. Véase GONZÁLEZ ROMANILLOS, «El procedimiento civil como medio de control de la corrupción política. Formula Octaviana y crimen repetundarum», *Foro Nueva época*, núm. 00/2004, pp. 391 y ss.

⁴Véase GARRIDO, *Historia del reinado del último Borbón de España. De los crímenes, apostasías, opresión, corrupción, inmoralidad, despilfarros y fanatismo de los Gobiernos que ha regido a España durante el Reinado de Isabel de Borbón*, 1868-1869, Vol. 3, pp. 544 y ss. BUSTOS GISBERT, «La corrupción de los gobernantes», en AAVV (coord. FABIÁN CAPARRÓS), *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, 2000, pp. 33-34.

Pero esa es otra cuestión. Parece que, poco a poco, se van dando pequeños pasos en la senda de una mayor limpieza de nuestro sistema económico y social.

Esos pequeños pasos no han tenido auténtico reflejo legislativo en el proceso. Los ciudadanos contemplan atónitos cómo una instrucción en estos casos puede durar de 4 a casi 10 años con cierta facilidad. Ven también cómo las declaraciones de personas se celebran en la instrucción y se repiten en el juicio oral, y no entienden por qué. Finalmente observan que una sentencia en estos casos puede tardar en dictarse hasta un año, después de que el juicio oral pudo durar casi otro. Y para rematar la incomprensión, en no pocas ocasiones observan lenidad en las condenas, y hasta varios indultos.

Nada de lo anterior es comprensible, no solamente para los ciudadanos, sino también para el común de los juristas en cuanto abandonamos algunas de nuestras ideas más arraigadas y observamos los hechos reseñados con objetividad. El sistema no debe soportar que el proceso globalmente pueda durar unos 20 años. Y tampoco es admisible que la lentitud y complejidad del proceso, favorecida por leyes obsoletas e incomprensibles interpretaciones de las mismas, acabe beneficiando a los reos más allá de lo que es admisible en los márgenes legítimos de la presunción de inocencia.

En consecuencia, el proceso penal debe cambiar⁵. No solamente para estos casos, sino también para otros en que claramente se revela inadecuado. Se trata de un tema en el que no son realmente útiles tradicionales opciones maximalistas como que sea el ministerio fiscal, y no el juez, quien se encargue de la instrucción, puesto que precisamente en los casos de corrupción política, es de esperar, en todos los sentidos, mayor independencia e imparcialidad de un juez, dicho sea con el máximo respeto a la honorabilidad de todos los fiscales. En este trabajo vamos a intentar descubrir los principales problemas que se plantean al investigar y enjuiciar delitos de corrupción, proponiendo algunas premisas que puedan servir para intentar resolver legislativamente los inconvenientes planteados.

Debo advertir de que soy plenamente consciente de que mucho de lo que voy a proponer choca frontalmente con una tradición muy asentada, y que tiene un respaldo doctrinal muy importante. Y que cuando se ponen en cuestión esas conclusiones reiteradas se suele encontrar, en el mejor de los casos, la incomprensión. Pero con todo y con eso, un respeto escolástico por los argumentos de autoridad no puede limitar las posibilidades de avance de la ciencia, que jamás progresa guardando silencio. Por ello, a continuación expondré una serie de conclusiones que pese a que se formulan con respecto a los delitos que implican corrupción, quizás podrían ser extendidas a muchos otros supuestos, produciéndose, de ese modo, una auténtica reforma del muchas veces lento e ineficaz proceso penal.

⁵De esa sensibilidad es fruto el reciente trabajo de GIMENO SENDRA, «Corrupción y propuestas de reforma», *Diario La Ley*, núm. 7990, 2012.

2. Tipos de procesos: procesos individuales y “macroprocesos”

El proceso penal contra un imputado, o contra un pequeño grupo de reos, está regulado en las leyes en una forma que puede considerarse, por descontado, como mejorable. Pero al menos las normas han sido pensadas para ese tipo de procesos de elemento subjetivo reducido.

Sin embargo, el proceso penal actual en absoluto es capaz de abarcar instrucciones extensísimas, o el enjuiciamiento de varias decenas de imputados. Se trata de los conocidos como “macroprocesos”. Los mismos son mediáticamente bastante espectaculares en momentos puntuales⁶, pero la lentitud e ineficacia de los mismos destaca para cualquier observador.

El problema principal con estos procesos es que las estructuras habituales se desbordan por completo. Desde fuera, y muchas veces desde dentro, teniendo en cuenta la enorme cantidad de diligencias a practicar parece ridículo que de todas las actuaciones se esté encargando un solo juez instructor, o un fiscal en los sistemas en que tiene atribuida la instrucción. No se toma en consideración que tanto fiscales como jueces deben atender cotidianamente a una multiplicidad de casos, y no sólo al macroproceso mediático. Por mucho que el reparto descargue puntualmente⁷ a ese juzgado o fiscal, su órgano ya tenía investigaciones pendientes que no pueden ni deben detenerse por haberse iniciado ese “macroproceso”. Y de ese modo, o se le otorga una atención prioritaria a esa instrucción descuidándose la tramitación del resto de asuntos, o bien se intenta atender a todo, por supuesto sin éxito ni eficacia. Es el momento en que, con la única finalidad de descargar de trabajo, se ven como necesarios los sobreseimientos provisionales masivos de instrucciones de pequeños delitos, o bien de asuntos con posibilidades investigadoras que no son sencillas a primera vista. Y asimismo es el momento en que el macroproceso no puede recibir más que una atención insuficiente, concluyendo el mismo, en ocasiones, también con un sobreseimiento.

El mismo problema atenaza a los jueces del juicio oral. Un proceso de estas características puede paralizar a todo un tribunal de enjuiciamiento durante varios meses, o al menos ralentizar de forma muy relevante su labor. Por otra parte, las condiciones en que se celebran las vistas obligan a la constante presencia de los imputados y sus letrados, lo que solamente ha conseguido ser paliado con la comprensión y sentido del realismo de muchos jueces, que les dispensan de la asistencia a todas las actuaciones cuando difícilmente son de su interés. Por último –por no hacer interminable la enumeración de inconvenientes–, en

⁶Véase RODRÍGUEZ GARCÍA, «Los sistemas procesales penales», en AAVV (coord. RODRÍGUEZ GARCÍA/FABIÁN CAPARRÓS), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, 2004, pp. 73-74.

⁷Artículo 167.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. *Donde hubiere dos o más juzgados del mismo orden jurisdiccional, los asuntos se distribuirán entre ellos conforme a normas de reparto prefijadas. Las normas de reparto se aprobarán por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia, a propuesta de la Junta de Jueces del respectivo orden jurisdiccional. A solicitud del interesado, la Junta de Jueces podrá proponer que se libere, total o parcialmente, a un juez del reparto de asuntos, por tiempo limitado, cuando la buena Administración de Justicia lo haga necesario. El acuerdo se trasladará a la Sala de Gobierno para que esta, si lo entiende pertinente, proceda a su aprobación.*

varios de estos procesos el fiscal ha disminuido relevantemente –y a veces de modo artificial– la pena solicitada para favorecer las conformidades que, a la postre, eviten, o al menos simplifiquen, la celebración del juicio, lo cual aleja al proceso de su finalidad principal: la averiguación de la realidad de los hechos como mejor medio para obtener justicia⁸.

Pero los procesos en materia de corrupción también pueden tener un número mucho más reducido de reos. Aún y así, las diligencias y pruebas testificales también desbordan con frecuencia la investigación y el proceso en estos casos, y además no es infrecuente otro factor que también tiene destacada importancia en los “macroprocesos”: la presión de los medios de comunicación y las constantes filtraciones que pueden sucederse del material de autos que a veces entorpecen el curso de los mismos, especialmente en la fase de instrucción.

Observando todo lo anterior podría pensarse que el problema es simplemente de gestión del *modus operandi* de los órganos fiscales y jurisdiccionales, así como de control de la información procesal, pero no es solamente así. La configuración general decimonónica del proceso penal, por sí misma, tiene también una parte importante de responsabilidad en esta situación, como vamos a ver a continuación.

3. La configuración decimonónica del proceso penal

Aunque el paso decisivo del sistema inquisitivo al acusatorio (mixto) se dio en 1835 con la introducción de la necesidad de la existencia de un acusador diferente al juez⁹, el sistema no cambió tanto en la realidad práctica¹⁰. Tampoco lo hizo de manera relevante en 1882, una vez que se prohibió que el juez que había instruido pudiera ser el mismo que celebrara también el juicio oral¹¹.

El legislador, en su exposición de motivos, insistió en que la parte importante del proceso era el juicio oral¹², y hasta redujo la duración de la instrucción al periodo de entre uno y dos meses¹³, aunque prorrogable excepcionalmente. Pero sin embargo, los jueces de instrucción de la época, faltos de formación específica para aplicar la nueva ley, siguieron

⁸SCHMITT, *Die richterliche Beweiswürdigung im Strafprozess*, 1992, p. 176. MARTÍN OSTOS, *Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil español*, 1981, p. 106. TARUFFO, *La semplice verità*, 2009, p. 118.

⁹Regla 5ª del art. 51 del Reglamento provisional para la Administración de Justicia de 1835.

¹⁰De hecho, en muchas ocasiones siguió celebrando el juicio oral el mismo juez que había instruido. Véase NIEVA FENOLL, «El “último” proceso inquisitivo español (el proceso penal de la Novísima Recopilación)», en NIEVA FENOLL, *Jurisdicción y proceso*, 2009, pp. 163 y ss., así como la bibliografía citada en ese lugar.

¹¹Art. 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882.

¹²“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. 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.”

¹³Arts. 302 y 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, en su versión original.

haciendo lo único que sabían: celebrar la instrucción como hasta entonces, es decir, como si tuvieran que juzgar ellos mismos después. Esa realidad, la necesidad de juzgar ellos mismos, es la clave de por qué en el sistema inquisitivo las instrucciones eran tan largas.

Sin embargo, el hecho de haber perdido los jueces instructores ese poder de juzgar, no modificó sus usos forenses después de 1882. La mayoría de los jueces de instrucción del periodo posterior continuaron obrando así, por mimetismo y tradición, hasta la actualidad, perdiéndose por completo la memoria del sentido original inquisitivo de esas concienzudas instrucciones, que ya no tenía vigencia en un sistema acusatorio.

No obstante, como la implantación de este último sistema exigía un juicio oral no meramente testimonial, y como además el mismo debía celebrarse ante otro juez distinto, el juicio oral se dilató en su tiempo de duración, aunque persistió la tendencia de que continuara siendo, pese a todo y en buena medida, una repetición de lo acontecido en la instrucción, aunque en un formato más concentrado y, por tanto, breve¹⁴.

Pero nadie fue consciente de que, con todo ello, se había inaugurado una incomprensible duplicidad, que habría de alargar más la tramitación procesal penal: una instrucción extensa, y una repetición -variable en su intensidad- de la misma en el juicio oral. Al contrario, desde entonces, como veremos, todo han sido excusas para intentar mantener esa duplicidad, sin ser conscientes de los antecedentes de la misma. Una vez reformada la ley en 1882, una lógica razonable hubiera debido conducir a reducir drásticamente la instrucción, como quiso expresamente el legislador padre de esa ley. Pero no ha sido así.

Otro aspecto deficitario en 1882 era la formación de jueces y fiscales, así como su número demasiado reducido¹⁵. Dicha formación fue mejorada sustancialmente durante el siglo XX¹⁶, no es posible dudarlo. Pero pese a ello, actualmente persisten carencias importantes en sus oposiciones al menos con respecto a los Derechos sustantivos a los que hacen referencia la mayoría de las actuaciones corruptas: Derecho financiero y tributario y Derecho administrativo urbanístico. Ni una ni otra tenían importancia destacada en el siglo XIX, pero tampoco en buena parte del XX, hasta que en el último cuarto del siglo se puso en marcha un régimen fiscal desarrollado y una ordenación urbanística mucho más

¹⁴Lo que ha tratado de ser evitado por la doctrina por todos los medios, sin éxito. Véase MONTERO AROCA, *El principio de oralidad y su práctica en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 1983, II, p. 279. MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, 1997, p. 276.

¹⁵Véase «Apéndices a la memoria histórica de los trabajos de la Comisión de codificación de 1861», (Apéndice III), *RGLJ*, 1871, tomo XXXIX, p. 138 y ss.; BELLVER DE OÑA, «La Administración de Justicia. Necesidad de reformas y bases sobre las que debe descansar», *RGLJ*, 1898, tomo XCIII, pp. 261-262. GARCÍA GOYENA/AGUIRRE/MONTALBÁN/DE VICENTE Y CARAVANTES, *Febrero o Librería de Jueces, abogados y escribanos*, 1852, Tomo III, p. 472.

¹⁶Comenzando sobre todo con el Real decreto de 20-6-1912 *disponiendo que el ingreso en las carreras judicial y fiscal se verifique precisamente por la categoría de Juez de entrada y previa oposición* (Gaceta de 22-6-1912), y con la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 a través de la disposición de 3-8-1922 (Gaceta de Madrid 10-8-1922), aunque decididamente con la creación de la Escuela Judicial por Ley de 26-5-1944 (BOE 27-5-1944).

humana y que no era conocida hasta entonces, más allá de los grandes planes urbanísticos de los ensanches de algunas ciudades¹⁷.

Las oposiciones de jueces y fiscales siguen reconociendo una importancia testimonial a esas materias. Al Derecho urbanístico solamente se le destina un único tema de un programa que consta de 321 lecciones¹⁸. Y al Derecho financiero y tributario, ninguno, más allá de la parte de un único tema dedicado a los delitos contra la Hacienda pública. En estas condiciones, fácilmente se comprende que si estas dos son las materias principalmente implicadas en los delitos de corrupción, la formación de jueces y fiscales sobre las mismas debería mejorar muy sustancialmente.

También debiera aumentar el número de jueces y fiscales. Ya no es tan ínfimo como en 1882, pero sigue sin atender a las necesidades actuales de recursos humanos. Y ni siquiera la coordinación entre los diversos jueces y fiscales está lo suficientemente asegurada, tampoco con los órganos jurisdiccionales y fiscales extranjeros –de frecuente importancia en este ámbito¹⁹–, pese a los esfuerzos realizados por la Unión Europea en los últimos años²⁰, que siguen una tendencia histórica nunca culminada²¹. La lucha contra delitos de investigación tan complejos como los de corrupción nunca cambiará si no se aumenta la actual planta de jueces y fiscales, por muchas reformas procesales que deseen acometerse.

¹⁷CERDÁ Y SUÑER, *Teoría general de la urbanización y aplicación de sus principios y doctrinas a la reforma y ensanche de Barcelona*, 1867.

¹⁸Según el programa publicado en el B.O.E. de 13-3-2010.

¹⁹Véase RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, «La necesaria flexibilización del concepto de soberanía en pro del control judicial de la corrupción», en AAVV (coord. RODRÍGUEZ GARCÍA/FABIÁN CAPARRÓS), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, 2004, pp. 241 y ss.

²⁰Tras el importante Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, se sucedieron varias normas importantes: Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (2002/584/JAI). Decisión marco del Consejo 2003/577/JAI de 22 de julio de 2003 relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas. Decisión del Consejo 2005/876/JAI de 21 de noviembre de 2005 relativa al intercambio de información de los registros de antecedentes penales. Decisión marco del Consejo 2006/783/JAI de 6 de octubre de 2006 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso. Decisión marco del Consejo 2008/909/JAI de 27 de noviembre de 2008 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea. Decisión marco del Consejo 2008/978/JAI de 18 de diciembre de 2008 relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal. Resolución del Consejo 2010/C 70/01 de 26 de febrero de 2010 de 26 de febrero de 2010, relativa a un modelo de acuerdo por el que se crea un equipo conjunto de investigación (ECI). Actualmente está pendiente de cumplimiento la muy relevante Resolución del Consejo 2009/C 295/01 de 30 de noviembre de 2009, sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales.

²¹Convenio europeo de extradición de 13-XII-1957. Convenio europeo de asistencia mutua en materia penal de 20-IV-1959. Convenio europeo sobre traslado de personas condenadas de 21-III-1983. Convenio de 19-VI-1990 de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14-VI-1985. Convenio de 10-III-1995 relativo al procedimiento simplificado de extradición entre Estados Miembros de la Unión Europea. Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea (29-V-2000).

3.1. Superación de la estructura procesal tradicional.

La división entre instrucción y juicio oral parece verdaderamente dogmática e incuestionable. No es sólo que todas las legislaciones de nuestro entorno más cercano, incluso del mundo anglosajón, conozcan esta estructura, sino que en la práctica a los jueces les suele parecer completamente imposible celebrar un juicio oral si no se ha practicado previamente una buena instrucción. Incluso en supuestos donde no hay instrucción oficialmente, como en los juicios de faltas, o en los que se quiere reducir al mínimo, como en los juicios rápidos²², en la práctica se observa la necesidad de practicar una cierta actividad instructora previa al juicio. Testimonio de esa tendencia es el propio procedimiento ordinario, cuando ordena la práctica de la “sumaria instrucción suplementaria”, dando la extraña idea de que en el juicio oral fuera imposible practicar algunas actuaciones de averiguación -de prueba-, que la ley no concreta. O como si siempre fuera necesaria la práctica de una diligencia de instrucción para ser comprobado su resultado en el juicio oral²³, lo que es ciertamente sorprendente hallándose el juicio oral abierto.

Sin entrar a juzgar ahora otros casos, parece claro que en los supuestos de delitos de corrupción esa distribución tradicional no arroja el resultado deseado. La estructura instrucción-juicio oral, tal y como se celebra en la práctica, parece no tener sentido. Actualmente, con la grabación de las declaraciones de imputados y testigos durante la instrucción, se ha provocado una especie de sensación tragicómica de absurdo cuando se ve que esos mismos sujetos, ya en el juicio oral, modifican su declaración. Pero ello es solamente una anécdota. La realidad de fondo es que la enorme mayoría de actuaciones investigadoras preceden a la instrucción, y han sido llevadas a cabo por la policía sin sujeción a procedimiento alguno -porque no está establecido en ninguna parte-, o en el mejor de los casos bajo la dirección de alguna fiscalía, utilizando los estrechos márgenes del art. 773 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En la instrucción propiamente dicha se revisa la documentación incautada, que suele ser ingente, y se toma declaración a imputados, testigos y víctimas, lo que suele demorarse bastante en el tiempo, dado que no pocas veces se instan nuevas diligencias a la luz de los datos que van surgiendo de la lectura de la documentación, así como de las propias declaraciones de los sujetos referidos.

Hecho todo lo anterior, se cierra la instrucción con un ingente acopio de material -incriminatorio sobre todo- del que no es sencillo defenderse. En la instrucción actual, pese a la cierta influencia en la misma del principio acusatorio, muchas actuaciones se celebran inquisitivamente por la policía judicial, a espaldas del imputado y, por tanto, en exclusiva connivencia con la posición de la acusación, que suele ser asumida por el ministerio fiscal, con el riesgo de comprometer la defensa del reo²⁴. Y sin embargo, se producen algunas -

²²Arts. 795 y ss. LeCrim.

²³Intenta explicar su sentido AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Tomo V, 1924, pp. 588 y ss. SERRA DOMÍNGUEZ, «Información suplementaria», en *Estudios de Derecho procesal*, 1969, pp. 784 y ss.

²⁴Como decía la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882: “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

pocas- absoluciones, dada la consciencia de los jueces de los actuales tribunales enjuiciadores, propiciada por su formación y ordenada por la ley²⁵, de que solo pueden juzgar basándose en la prueba observada en el juicio oral. Sin embargo, aunque estadísticamente es muy difícil confirmar este dato, la sensación que se suele tener en el juicio oral es de notoria influencia de lo acaecido durante la instrucción²⁶.

Como se ve, aunque parezca mentira después de más de 130 años, el modelo que tenemos es claramente de transición. Se observan constantes idas y venidas entre la mayor o menor importancia o influencia de la instrucción y del juicio oral. Se intenta denodadamente que sea el juicio oral el que tenga mayor peso en la sentencia, pero se impone muchas veces lo actuado en la instrucción porque la misma dura tanto y es tan detallada, que poco lugar a la duda queda en cuanto a la culpabilidad de los reos, al menos en la mente de los instructores. Y ello amenaza con hacer incomprensible el juicio oral, especialmente cuando su resultado contrasta con lo concluido durante la instrucción.

Por todo ello, estimo que ha llegado el momento de decidir si esa ingente inversión de recursos, tanto en la instrucción como en el juicio oral, tiene un auténtico sentido, sobre todo cuando asistimos a la ineficacia de buena parte de los esfuerzos para el debido esclarecimiento de los hechos. A primera vista podría parecer que un doble examen de los hechos (el de la instrucción y el del juicio oral) daría mayores garantías a fin de obtener una sentencia correcta. Pero no es exactamente así. La duplicidad de algunas actuaciones es ciertamente inútil, aunque el hecho de que el caso sea analizado por dos personas independientes (el instructor y el juez enjuiciador) sí que, obviamente, garantiza una mejor calidad del fallo. Veamos a continuación cómo organizar esta aparente paradoja a través de una estructura coherente y eficaz, que asegure que se mantengan las ventajas que, pese a todo, proporciona el sistema vigente.

3.2. Inevitable extensión de la instrucción para la preparación del juicio.

Así como quizás en algunos casos -bastantes más de los que se piensa- la instrucción ciertamente podría ser reducida al mínimo, pasándose directamente las actuaciones al juicio oral, en los supuestos de delitos de corrupción ello no parece posible.

Los delitos de corrupción contienen un elemento clandestino muy importante, aún más quizás que en otros supuestos, porque dicha clandestinidad se suele desarrollar a lo largo de un periodo de tiempo extenso, y no constantemente, sino en momentos puntuales. No es lo mismo que un robo, un homicidio o una agresión sexual, que suelen ser puntuales. La corrupción, en los supuestos en que la estamos considerando, es algo que se va larvando

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."

²⁵Art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

²⁶Nuevamente, MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, 1997, pp. 276 y ss.

poco a poco en una estructura de poder, y que va adquiriendo dimensiones variables, más o menos estables, a lo largo del tiempo. Es posible que sólo consiga identificarse un acto de corrupción, pero la situación de irregularidad puede ser algo más generalizada de lo que es posible demostrar. Este fenómeno de clandestinidad continuada es común con el *modus operandi* de las bandas organizadas²⁷, y requiere una paciencia investigadora que motiva que una sigilosa instrucción extendida en el tiempo sea normalmente inevitable.

Esa discreta instrucción, normalmente a cargo de la policía judicial, debiera ser regulada con mayor precisión²⁸ para que su actuación siempre y en todo caso venga precedida de la autorización de una autoridad extrapolicial, juez o fiscal. Y de esa forma, todos los seguimientos, las declaraciones de confidentes –que son auténticos testigos²⁹–, y por descontado la interceptación de comunicaciones, las entradas y registros y la incautación de prueba documental, habría de ser realizada con el máximo control de autoridades, insisto, no meramente policiales, lo que por descontado también atañe a la cooperación internacional.

Se comprende que toda esa labor precisa de un cauce instrumental flexible en el tiempo como es la instrucción. Si en estos casos de corrupción comenzáramos el juicio oral con la primera *notitia criminis*, o bien tras simplemente un mes aproximadamente de investigaciones, es más que probable que dicho juicio fuera ineficaz, y que desde luego pudiera durar bastante más de un año, con constantes y comprensibles tiempos muertos para obtener pruebas que irían en contra del carácter concentrado de dicho juicio, que busca favorecer la memoria de los juzgadores³⁰.

Por último, cabe recordar cuál era la intención principal del legislador al exigir que el juez del juicio oral no basara sus conclusiones en la instrucción: que no se dejara llevar por el parecer del juez de instrucción³¹. Para ello diseñó un acertado sistema, el del procedimiento ordinario, en el que el juez de instrucción no puede expresar conclusión alguna acerca de dicho material, más allá de la adopción de las medidas cautelares. Por esa razón dispuso dicho legislador que de la decisión acerca del sobreseimiento o la apertura del juicio oral se encargara el órgano sentenciador, a solicitud de las partes acusadoras –cumpliendo con el principio acusatorio–, y no al juez de instrucción.

²⁷Véase GÓMEZ MARTÍN, «Notas para un concepto funcional de terrorismo», en AAVV (dir. LUZÓN), *Derecho penal del estado social y democrático de derecho: Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, 2010, pp. 1011 y ss.

²⁸Siguiendo la línea marcada por los códigos A, B, C, D, E, F, G y H que acompañan a la *Police and Criminal Evidence Act* del Reino Unido.

²⁹Véase STS (Sala 2ª), 2.10.2012, (RJ: STS 6654/2012), FD 4.

³⁰MONTERO AROCA, *El principio de oralidad y su práctica en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 1983, t. II, p. 271.

³¹Decía la Exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882: “*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.*”

Actualmente ese esquema se ha desvirtuado en el procedimiento abreviado, en el que es el juez de instrucción quien decide sobre esa apertura o no del juicio oral³². A fin de que pueda utilizarse con mayor libertad al menos parte del material instructorio, sería imprescindible que el juez de instrucción volviera a ejercer solamente su labor primigenia: recopilar vestigios, sin más conclusiones. Lo veremos a continuación.

3.3. La no reiteración de las declaraciones grabadas y practicadas con todas las garantías.

Teniendo en cuenta que en la instrucción es bastante probable que se realicen muchas actuaciones de auténtica prueba anticipada –aunque actualmente no tengan el valor de tales–, sería bastante conveniente la regulación precisa de dichas actuaciones, bastante más allá de lo que dispone actualmente la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con el objeto de que una parte relevante de dichas actuaciones sea celebrada con todas las garantías de audiencia y defensa para todas las partes, a fin de que puedan ser aprovechadas en el juicio oral, sin necesidad de repetir las.

Ello haría referencia, fundamentalmente, a la mayoría de las declaraciones. La razón de que dichas declaraciones sean reiteradas en el juicio oral parte de una idea que actualmente sabemos que es falsa. Se ha creído desde tiempo inmemorial –y aún se cree por muchos– que un juez puede adivinar la falsedad o veracidad de una declaración mirando el rostro y los gestos del declarante. Aunque persiste una tendencia de la psicología del testimonio que investiga dichas reacciones físicas o fisiológicas³³, no existen investigaciones concluyentes en la materia, y además se olvida que la enorme mayoría de las veces que una persona miente, lo hace inadvertidamente, como consecuencia de los fallos de la memoria humana, que muy diversos estudios confirman que no es especialmente buena. El sujeto rellena instintivamente las lagunas de su memoria, no con lo que ocurrió, sino con lo que cree que debió de haber ocurrido, hasta convencerse totalmente de la realidad de lo que dice. Y cuando obra de esa forma, es imposible que tenga reacción gestual alguna en el momento de mentir, simplemente porque ni siquiera sabe que está mintiendo³⁴.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que si las declaraciones son grabadas, dicha gestualidad, en caso de que algún día pudiera llegar a demostrarse útil –lo que no es el caso actualmente–, también podría examinarse *a posteriori*. Y si ello es así, la única utilidad de repetir la declaración en el juicio oral es que el juez de dicho juicio formule preguntas directamente al declarante, lo que suele ser excepcional. Hay que pensar, además, que los abogados de las partes ya habrán tenido la oportunidad de realizar esas preguntas durante

³²Pese a que la intención era justamente la contraria. Véase STC 186/1990 de 15.11.1990, FJ 4.B: “*Pero este juicio acerca de la improcedencia de abrir el juicio oral –en definitiva de la improcedencia de la acusación formulada–, de existir, es un juicio negativo en virtud del cual el Juez cumple funciones de garantía jurisdiccional, no de acusación. En cualquier caso, la principal característica del nuevo proceso penal abreviado, desde la óptica de nuestra doctrina sobre el «Juez imparcial», estriba en haber residenciado la fase intermedia en el Juzgado de Instrucción y no en el de enjuiciamiento, con lo que la imparcialidad del órgano decisor queda plenamente garantizada.*” Véase sobre este particular ORTEGO PÉREZ, *El juicio de acusación*, 2007, p. 133.

³³Por todos, EKMAN, *Cómo detectar mentiras*, 2012 y *El rostro de las emociones*, 2004.

³⁴Véase NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, 2010, pp. 212 y ss.

la instrucción, si la declaración se realizó con el formato de prueba anticipada, es decir, con todas las garantías.

En consecuencia, habría que regular los casos excepcionales en que sea preciso esclarecer alguna declaración, a juicio del juez o previa solicitud de las partes, por ejemplo cuando la misma se practicó antes de ser conocidos ciertos datos de la investigación, y no volvió a ser reiterada después. Si no es así, las declaraciones no tendrían por qué ser repetidas en el juicio oral, lo que ahorraría muy buena parte de su tiempo de celebración.

Además, debe tenerse en cuenta que las declaraciones que se presten en la instrucción pueden ser bastante más espontáneas que las que se rindan en el juicio oral, en el que absolutamente todas han podido ser cuidadosamente preparadas. Ello habla a favor de su mayor veracidad y facilidad de valoración, en consecuencia. De ese modo, se evitarían, además, los vergonzosos contrastes que existen entre unas y otras declaraciones en el juicio oral, dejando al tribunal ante un complicado dilema: o se hace caso exclusivamente de las declaraciones del juicio oral, cumpliendo con lo que ordena la ley, o bien se decide la remisión, directa o indirecta, a las de la instrucción, lo que, pese a algunos pareceres jurisprudenciales³⁵, es subrepticio y contrario a lo dispuesto por la ley. Si cambiaran estas disposiciones en el sentido propuesto, se conseguirían valorar en el juicio oral, legítimamente y con pleno conocimiento de causa del porqué, las declaraciones de la instrucción.

Y es que en el fondo, prescindir de dichas declaraciones instructorias representa solamente un burdo cumplimiento de las intenciones del legislador de 1882, cuando lo que en realidad deberían cumplirse, siempre que fuera posible, son sus mandatos en orden a la brevedad de la instrucción –lo que casi nunca se hace–, y sobre todo con respecto a la ausencia de influencia en el juicio oral de lo concluido por el juez de instrucción, lo que actualmente es imposible en el procedimiento abreviado.

En estos casos de corrupción ya hemos concluido que la brevedad no es posible. Por ello, recordando de nuevo que la única intención del legislador era que el reo no se viera perjudicado y condicionado en el juicio oral por las conclusiones del juez de instrucción, habría que reconducir dicha intención en el sentido siguiente: debe recordarse que el juez de instrucción, en el procedimiento ordinario, no realiza juicios de valor sobre el material instructorio, más allá de la adopción de medidas cautelares. Si ello fuera así en todos los procedimientos penales –no sólo en el ordinario–, no tendría que presentar objeciones que los jueces del juicio oral valoren directamente las declaraciones instructorias de testigos e imputados³⁶, siempre que en dichas declaraciones tuvieran la oportunidad de participar activamente los abogados de todas las partes. Salvo que el juez de instrucción se extralimitara en sus facultades de dirección del interrogatorio, no podría pensarse que dicho interrogatorio estuvo condicionado por dicho juez, porque las partes pudieron preguntar lo que quisieron. Ello obligaría al juez de instrucción a favorecer la forma

³⁵STS 4.12.2006 (RJ: STS 8410/2006), FD 2.; STS 2.10.2012 (RJ: STS 6654/2012), FD 7.

³⁶Lo que, además, ya se practica en el caso de menores, para evitar la victimización secundaria. Véase STS 10.3.2009, FD. 4, nº rec. 10808/2008. Sentencia C-105/2003 de 16 de junio de 2005 (“asunto Pupino”).

narrativa del interrogatorio, que es la mejor para favorecer que se extraiga del mismo el mejor resultado³⁷ y también la que precisamente es más apropiada celebrar en un cauce laxo en el tiempo como es la instrucción. Y, en su caso, el juez también debiera ser flexible – más flexible de lo que a veces acontece actualmente– en la admisión de preguntas de las partes en dicho interrogatorio, controlando exclusivamente que se eviten las cuestiones capciosas y sugestivas sobre todo, entre otras que pueden falsear la legitimidad de un interrogatorio desde el punto legal y psicológico³⁸. Por último, se hace imprescindible el examen de las grabaciones por parte de todo el tribunal, y no sólo del ponente.

3.4. Carácter complejo de la prueba documental. La diligencia pericial contable.

Otro de los puntos que debiera mejorar sustancialmente es la regulación de toda la prueba documental, sobre todo cuando requiere de la valoración de un perito contable, como suele ser muy frecuente en los supuestos de corrupción.

Actualmente, esa regulación sencillamente no existe en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y no podemos esperar a que el juez de instrucción pueda obligar a un auditor (o a dos³⁹) a prestar el servicio pericial, como dispone el art. 462 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, porque existe el problema de los costes⁴⁰. Ello motiva que acabe siendo un perito de los órganos administrativos de la Hacienda pública quien acabe ejecutando la labor, con el claro inconveniente de que dicho perito pertenece al mismo poder ejecutivo que el ministerio fiscal⁴¹, lo que descarta su imparcialidad por más objetividad y empeño que quiera poner en su tarea. Peor aún es que sea un perito designado por el reo quien se encargue de ese encargo. Y no podemos esperar a un resultado tan ingenuo como sería pensar que de los pareceres contradictorios de los dos peritos, el juez extraerá una conclusión correcta, porque además el juez ni siquiera es perito contable. Y por otra parte, por mucho dinero que se sospeche que haya defraudado el imputado, puede no ser viable para él sufragar los gastos de un perito en esos casos, dado que habida cuenta de la ingente documentación que puede existir en autos, sus honorarios serán muy elevados.

Se trata de un problema que tiene muy difícil solución si seguimos pensando que jueces y fiscales únicamente tienen que ser expertos en materias jurídicas. Desde luego, podemos seguir confiando en su valoración del dictamen pericial acudiendo a las máximas de experiencia tradicionales en cuanto al control de la calidad del dictamen. Pero al tratarse la

³⁷Como lo previno acertadamente el propio legislador nada menos que en 1882: art. 436.II LECrim: *el Juez dejará al testigo narrar sin interrupción los hechos sobre los cuales declare, y solamente le exigirá las explicaciones complementarias que sean conducentes a desvanecer los conceptos oscuros o contradictorios.*

³⁸Véase NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, 2010, pp. 230 y ss.

³⁹Art. 459 LECrim. Véase también art. 778.1.

⁴⁰Problema no resuelto en absoluto por el art. 485 Ley de Enjuiciamiento Criminal ni por ningún otro de la ley.

⁴¹De hecho, colabora con él, como prevé y reconoce la Instrucción 4/2006: *“Para el eficaz desempeño de sus atribuciones, y sin perjuicio de la facultad que la Ley (artículo 4.3 EOMF) les confiere para requerir en cualquier momento el auxilio de las administraciones competentes en el correspondiente territorio, los Fiscales Delegados contarán además con el auxilio de las Unidades de Apoyo de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, de la Intervención General de la Administración del Estado y de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial adscritas a la Fiscalía Especial, a las que cuando lo precisen se dirigirán por conducto del Fiscal Jefe de ésta.”.*

materia contable de una especialidad cuyos índices de acierto no son estadísticamente calculables -a diferencia de lo que ocurre en las ciencias experimentales-, es muy difícil, por no decir imposible, realizar la valoración acudiendo a esos criterios⁴².

Por ello, sólo cabe, o bien ampliar la formación de jueces y fiscales en materia contable, o bien designar unos jueces y fiscales especializados en esa materia. Lo segundo, aunque ya se ha realizado en el ámbito de la Fiscalía⁴³ -aunque sin requerirse oficialmente dicha formación- no parece totalmente adecuado, al menos en el ámbito judicial, porque contribuye a fragmentar la justicia, que debe ser ordinaria y única para todos. En consecuencia, parece preferible ampliar dicha formación contable sobre todo con respecto a los jueces, para que puedan, no sólo examinar por sí mismos la documentación, sino también a fin de que les sea posible revisar, con criterio y pleno conocimiento de causa, el parecer de los peritos. Sólo de ese modo se evitará que acepten su parecer de manera acrítica, o lo rechacen inmotivadamente.

3.5. El control de la información.

Los procesos de corrupción constituyen un suculto objetivo para la prensa. Por más esfuerzos que se han hecho, no se han logrado evitar las filtraciones más que cuando los jueces de instrucción han tomado excepcionales -y muy controvertidas- medidas de incautación del material gráfico. De lo contrario, parece imposible controlar el acceso a esa información.

Sin embargo, en estos casos en los que invariablemente aparecen implicados servidores públicos, no parece que sea legítimo vedar a la prensa el acceso a esa información⁴⁴. Esa restricción sí estaría justificada cuando las instrucciones hagan referencia a delitos cometidos por ciudadanos corrientes y anónimos, puesto que la comisión de dicho delito no tiene que vulnerar su derecho al honor y a la intimidad más que en la medida en que sea necesario para el buen fin de las investigaciones. Pero en esos casos no está implicado normalmente el derecho a la información, sino una simple -y malsana- inclinación a la indiscreción, que vulgarmente recibe las denominaciones de "chisme" o "morbo", y que tiene una simple explicación en el ámbito de la psicología social⁴⁵, pero que ahora no viene al caso.

Desde luego, un cargo público tiene que poder disfrutar de su privacidad⁴⁶, pero sus actuaciones públicas no deben ser secretas en ningún caso, porque forman parte de su

⁴²Sobre dichos criterios, NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, 2010, pp. 294 y ss.

⁴³Con la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, y con los Fiscales especialistas en delitos económicos. Véase Instrucción 4/2006, sobre atribuciones y organización de la fiscalía especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción y sobre la actuación de los fiscales especialistas en delincuencia organizada.

⁴⁴En sentido similar, OTERO GONZÁLEZ, «Medios de tutela ante los juicios paralelos durante la fase de juicio oral (a propósito de la STC 135/1999, de 20 de julio -caso de la Mesa Nacional de HB-)», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 53, núm. 1, 2000, p. 301.

⁴⁵DIFONZO, «Rumor psychology: social and organizational approaches», *American Psychological Association*, 2007.

⁴⁶Véase STEDH Worm c. Austria, de 29.8.1997, p. 50.

trabajo, que sufráramos todos los ciudadanos, tampoco poniendo como excusa sus derechos al honor y a la intimidad. La honorabilidad del cargo se demuestra con la ausencia de corrupción precisamente, y no con la opacidad de la actuación del servidor público. Y por ello, dicho servidor deberá esperar estoicamente hasta el final del proceso para que su honor sea restaurado. No es que se dude jurídicamente de su inocencia. Se recela de la misma socialmente y por ello se afecta a su derecho al honor. Pero ello es inevitable en una sociedad democrática en la que los ciudadanos tienen pleno derecho de acceso a la información.

Sin embargo, lo que sí debe ser controlado es el acceso a la información que no contribuya en absoluto a la transparencia de la actuación de la justicia, y que simplemente suponga la difamación innecesaria de la imagen pública de una persona⁴⁷. Es por ello por lo que es completamente inoportuno algo que, por desgracia, se está convirtiendo en demasiado frecuente: la distribución de las imágenes del ingreso en prisión, o del momento en que se le ponen las esposas al detenido, o bien del instante en que accede custodiado a la sede judicial o policial. Todas esas imágenes son innecesarias, y solamente sirven para satisfacer esa inclinación a la indiscreción de la que antes hablaba. Por ello, en estos casos en los que, además, está en juego la futura carrera de personas que están sirviendo a la ciudadanía, esas imágenes deberían ser evitadas. Aunque en realidad, mi opinión es que deberían ser evitadas en todo caso, por las mismas razones que ya han sido expuestas.

4. La escritura en el juicio oral

Otro de los dogmas indiscutibles del proceso penal es que el juicio oral debe ser, valga la redundancia, oral. Pero se olvida que la razón de que sea así es que, en otra época, era la única forma de que, a la vez, fuera público, saliendo definitivamente del secreto y oscurantismo que se había impuesto durante la vigencia del sistema inquisitivo.

Actualmente, que el juicio se celebre en una sala de vistas no favorece publicidad alguna de las actuaciones. Es más, en ocasiones favorece su secreto, si cualquiera contempla las imágenes con las sillas del público completamente vacías, lo que desvela que, desde luego, no parece la mejor manera de dar difusión a las actuaciones judiciales.

De hecho, hoy en día lo que es absolutamente público es lo que aparece introducido en una página-web. Pues bien, los escritos de calificación provisional son, valga de nuevo la redundancia, escritos. Y los de calificación definitiva deben ser también escritos si se modifica dicha calificación⁴⁸, por lo que son perfectamente publicables en la *web*, abierta a

⁴⁷Véase ORTEGO PÉREZ, «De los delitos, de ciertas «penas»... y de algunas instrucciones (La justicia penal en los medios de comunicación) », *Diario La Ley*, núm. 7346, 19.2.2010: “Hechos tales como la forma de proceder al traslado de unos imputados hasta la Audiencia Nacional, permitiendo su exposición pública esposados y con una bolsa de basura entre sus manos para llevar sus pertenencias, a modo de versión moderna del sambenito y del capirote de los reos durante el procedimiento inquisitorial del medievo, cuando el art. 520.1 LECrim. dispone con claridad manifiesta que la detención y la prisión provisional deberán practicarse «en la forma que menos perjudique al detenido o preso, en su persona, reputación y patrimonio».”.

⁴⁸Art. 732 Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sobre dichos escritos, véase SERRA DOMÍNGUEZ, «El juicio oral»,

todo ser humano con acceso a la red. No es posible concebir mayores posibilidades de publicidad.

Si además se tiene en cuenta que las actuaciones orales del tribunal son sobre todo las declaraciones de partes, testigos y peritos, y que, en la línea anunciada anteriormente, las mismas son perfectamente trasladables al juicio oral mediante su grabación durante la instrucción, las actuaciones orales del tribunal quedan limitadas a los informes de los letrados.

En esas condiciones, quizás no sería descabellado que el juicio oral redujera drásticamente su duración estrictamente a la emisión de esos informes. De hecho, probablemente debiera cambiar completamente la estructura de dicha fase. Si se tiene en cuenta que todas las partes, y también el tribunal, habrán examinado todo el material de la instrucción, dicha fase, lejos de los tradicionales informes, podría limitarse al debate y resolución de los puntos más dudosos, que debieran ser puestos de manifiesto por el tribunal y por las partes con antelación.

De esa manera se podría dirigir mejor el debate con mucha mayor concreción, y el juicio oral devendría muchísimo más útil. El mismo tendría una primera audiencia en la que se debatirían las posibles vulneraciones de derechos fundamentales, así como la posible solicitud de la práctica de alguna prueba adicional no celebrada de manera anticipada durante la instrucción. Además, en esa primera audiencia deberían fijarse esos puntos de debate, habiéndolos manifestado previamente las partes en sus escritos de calificación provisional, y el tribunal en el auto de apertura del juicio oral. La siguiente audiencia debería celebrarse en un lapso razonable para prepararla, pero no excesivo para no perder la memoria de las actuaciones. La misma debería estar centrada en el debate antes citado. Esa audiencia podría durar los días que fuera necesario, pero que incluso en el más dilatado de los procesos no debiera extenderse más allá de dos o tres semanas, estando reducida a ese debate.

E insisto, por último, en que estas audiencias deben ser un auténtico debate, con turnos de intervención que huyan de los tradicionales informes, de manera que se establezca un auténtico diálogo público con los miembros del tribunal. La mejor manera de resolver dudas es plantearlas abiertamente y entrar en discusión sobre las mismas. Sin duda, de ese modo habría de ganar mucha calidad la motivación de la sentencia, dado que se huiría por fin del tradicional esquema del juez guardando silencio durante todo el juicio, manifestando dicho juez su opinión abiertamente, de forma que pueda ser debidamente rebatida o matizada⁴⁹.

en AAVV, *Estudios de Derecho procesal*, 1969, pp. 774 y ss.

⁴⁹Esa fase de resolución de dudas tiene, además, apoyo legislativo y doctrinal. §279.III de la ZPO alemana: *“Im Anschluss an die Beweisaufnahme hat das Gericht erneut den Sach- und Streitstand und, soweit bereits möglich, das Ergebnis der Beweisaufnahme mit den Parteien zu erörtern.”* GEHRLEIN, *Erste Erfahrungen mit der reformierten ZPO – Erstinstanzliches Verfahren und Berufung*, MDR, 2003, p. 423. PROFESORES DE DERECHO PROCESAL DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS, *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 1974, vol. I, pp. 140 y 305: *“Para que no se pueda pensar que una providencia para mejor proveer se ordena con fines*

Por añadidura, de ese modo se evita uno de los inconvenientes que presentó el sistema inquisitivo. Como en la vigencia de dicho sistema lo único importante era la instrucción que confirmaba las conclusiones del mismo juez que estaba llamado a juzgar, el acusado se veía inerte en el juicio oral. Sin embargo, del modo que he propuesto se obliga al tribunal a tener una postura activa, porque ni es el mismo órgano que investigó, ni tampoco recibió conclusión alguna por parte de los instructores, más allá del escrito de acusación del ministerio fiscal. De ese modo podría descartarse una postura acomodaticia del tribunal del juicio oral, porque, de hecho, en el momento de celebración de dicho juicio los jueces están concretando todavía sus propias conclusiones, lo que podría favorecerse, además, evitando la tradicional brevedad –y que ya carecería de sentido– de los escritos de calificación provisional, que al tener que exponer los puntos de debate, no podrían limitarse a meras exposiciones descriptivas de la postura procesal de cada parte. Y modificando también el contenido habitual de los escritos de calificación definitiva, tratando extensamente la valoración de las pruebas.

5. Los indultos

Por último, es necesario realizar una referencia, aunque sea mínima, a la problemática vergonzante de los indultos⁵⁰. Se ha detectado en los últimos años un aumento alarmante⁵¹ del perdón gubernamental de delitos de corrupción que no parece tener otra intención que el encubrimiento.

Aunque el tema se sale de la órbita estrictamente procesal, debe decirse que es evidente que el indulto constituye una intromisión ilegítima del poder ejecutivo en el poder judicial, aprovechándose de una potestad de los jefes de Estado que proviene de épocas en que la división de poderes, pese a ser pronunciada formalmente, era más que discutible. De hecho, cuando el poder del Estado estaba centralizado en una sola persona y todos los órganos públicos, incluidos los jueces, eran delegados de su poder, desde luego no tenía absolutamente nada de particular que quien podía juzgar, también pudiera perdonar. El sistema era injusto, antidemocrático, pero al menos tenía una lógica jurídica.

dilatorios, el artículo 308 del Proyecto preceptúa que el Juez o la Sala han de manifestar los puntos en que se presenten las dudas sobre los hechos, determinantes de la necesidad de la instrucción probatoria, y que ésta no podrá ser reiterada.” (...) “El Juez o la Sala expresará en la providencia para mejor proveer, a título indicativo, los puntos sobre los que se les ofrezcan las dudas, o las razones determinantes de la necesidad de ella.” Sobre esta fase en el Derecho catalán antiguo, VIVES Y CEBRIÁ, Traducción al castellano de los Usages y demás derechos de Cataluña que no están derogados ó no son notoriamente inútiles, Tomo I, 1832, p. 275, nota 1.

⁵⁰LINDE PANIAGUA, *Amnistía e Indulto en España*, 1976. REQUEJO PAGÉS, «Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español», *Historia Constitucional (revista electrónica)*, núm. 2, 2001. (<http://hc.rediris.es/02/index.html>).

⁵¹Que hasta ha propiciado la creación de una página en Wikipedia dedicada a los indultos concedidos en España, que ciertamente resulta, por decirlo de algún modo, “ilustrativa”. (Véase http://wiki.15m.cc/wiki/Lista_de_indultos). Véase también DOVAL PAIS /BLANCO CORDERO/ FERNANDEZ-PACHECO ESTRADA/VIANA BALLESTER/SANDOVAL CORONADO, «Las concesiones de indultos en España (2000-2008)», *Revista Española de Investigación Criminológica*, Artículo 5, núm. 9, 2011, pp. 1 y ss.

Sin embargo, actualmente carece de todo sentido, sobre todo cuando se concede sin motivación. El indulto tiene sentido en algunos casos de evidente rehabilitación del condenado, cuando la pena ya no puede servir a ninguna de sus finalidades legítimas, y así debería disponerse en la ley que autorice el indulto –que podría ser el propio código penal o la Ley de Enjuiciamiento Criminal–, decidiéndolo motivadamente la autoridad correspondiente.

El problema es cuál debería ser dicha autoridad. En la enorme mayoría de países del mundo, el indulto está en manos, bien del jefe del Estado⁵², bien del poder ejecutivo, como sucede en España⁵³. Y acostumbra a ser discrecional, pese a que las intenciones de los legisladores es que estuviera sometido a condicionantes tales como escuchar a la víctima, al tribunal sentenciador y estar fundamentado en razones de justicia, equidad o utilidad pública, tal y como se dispone en la Ley de indulto española.

Otra solución es la del Código penal de Suiza, país en el que el indulto es concedido por el Parlamento⁵⁴. Desde luego, tampoco es ésta la solución ideal, puesto que el parlamento, pese a ser el órgano de representatividad más directa de la voluntad popular, también es el que más claramente refleja las tendencias políticas.

En todo caso, sea cual fuere el órgano que conceda el indulto, la ley debiera establecer unas causas bien tasadas para otorgarlo. Y como ya era la intención de la Ley de 1870⁵⁵, el mismo debiera estar en manos principalmente del tribunal sentenciador, por un esencial respeto a la división de poderes. Lástima que esa misma ley restringiera su aplicación a los indultos totales.

⁵²Como en los EEUU, donde fue especialmente sonado el indulto de Richard Nixon en el caso Watergate, a través de la Proclamation 4311 no tiene desperdicio: *“It is believed that a trial of Richard Nixon, if it became necessary, could not fairly begin until a year or more has elapsed. In the meantime, the tranquility to which this nation has been restored by the events of recent weeks could be irreparably lost by the prospects of bringing to trial a former President of the United States. The prospects of such trial will cause prolonged and divisive debate over the propriety of exposing to further punishment and degradation a man who has already paid the unprecedented penalty of relinquishing the highest elective office of the United States”*.

⁵³Art. 30 de la Ley de 18.6.1870 por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto.

⁵⁴Art. 381 del Código Penal suizo: *“Begnadigung. Zuständigkeit. Das Recht der Begnadigung mit Bezug auf Urteile, die auf Grund dieses oder eines andern Bundesgesetzes ergangen sind, wird ausgeübt: a. in den Fällen, in denen die Strafkammer des Bundesstrafgerichts oder eine Verwaltungsbehörde des Bundes geurteilt hat, durch die Bundesversammlung; b. in den Fällen, in denen eine kantonale Behörde geurteilt hat, durch die Begnadigungsbehörde des Kantons”*.

⁵⁵Art. 11: *“El indulto total se otorgará a los penados tan sólo en el caso de existir a su favor razones de justicia, equidad o utilidad pública, a juicio del Tribunal sentenciador”*.

6. Bibliografía

AAVV (coord. RODRÍGUEZ GARCÍA y FABIÁN CAPARRÓS) (2004), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca.

AAVV (coord. FABIÁN CAPARRÓS) (2000), *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Ratio Legis, Salamanca.

Enrique AGUILERA DE PAZ (1924), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Tomo V, Editorial Reus, Madrid.

AAVV (1871), «Apéndices a la memoria histórica de los trabajos de la Comisión de codificación de 1861», (Apéndice III), *RGLJ*, tomo XXXIX, p. 138 y ss.

Antonio BELLVER DE OÑA (1898), «La Administración de Justicia. Necesidad de reformas y bases sobre las que debe descansar», *RGLJ*, tomo XCIII, pp. 261 y ss.

Rafael BUSTOS GISBERT (2000), «La corrupción de los gobernantes: responsabilidad política y responsabilidad penal», en AAVV (coord. FABIÁN CAPARRÓS), *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Ratio Legis, Salamanca, pp. 33 y ss.

Ildefonso CERDÁ Y SUÑER (1867), *Teoría general de la urbanización y aplicación de sus principios y doctrinas a la reforma y ensanche de Barcelona*, Madrid.

Luis Humberto CONTRERAS ALFARO (2005), *Corrupción y principio de oportunidad penal*, Ratio Legis, Salamanca.

Nicholas DIFONZO (2007), *Rumor psychology: social and organizational approaches*, American Psychological Association, Washington.

Antonio DOVAL PAIS/Isidoro BLANCO CORDERO/Cristina FERNANDEZ-PACHECO ESTRADA/Clara VIANA BALLESTER/Juan Carlos SANDOVAL CORONADO (2011), «Las concesiones de indultos en España (2000-2008)», *Revista Española de Investigación Criminológica*, Artículo 5, núm. 9, pp. 1 y ss.

Paul EKMAN (2012), *Cómo detectar mentiras*, Ediciones Paidós, Barcelona.

-EL MISMO (2004), *El rostro de las emociones*, RBA, Barcelona.

Florencio GARCÍA GOYENA/Joaquín AGUIRRE/Juan Manuel MONTALBÁN/José DE VICENTE Y CARAVANTES (1852), *Febrero o Librería de Jueces, abogados y escribanos*, Madrid, Tomo III.

Fernando GARRIDO (1868-1869), *Historia del reinado del último Borbón de España. De los crímenes, apostasías, opresión, corrupción, inmoralidad, despilfarros y fanatismo de los Gobiernos que ha regido a España durante el Reinado de Isabel de Borbón*, Vol. 3, Barcelona, pp. 544 y ss.

Markus GEHRLEIN (2003), «Erste Erfahrungen mit der reformierten ZPO – Erstinstanzliches Verfahren und Berufung», *MDR*, 2003, pp. 423 y ss.

Vicente GIMENO SENDRA (2012), «Corrupción y propuestas de reforma», *Diario La Ley*, núm. 7990.

Víctor GÓMEZ MARTÍN (2010), «Notas para un concepto funcional de terrorismo», en AAVV (dir. LUZÓN), *Derecho penal del estado social y democrático de derecho: Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, Madrid, pp. 1011 y ss.

José Antonio GONZÁLEZ ROMANILLOS (2004), «El procedimiento civil como medio de control de la corrupción política. Formula Octaviana y crimen repetundarum», *Foro Nueva época*, núm. 00/2004, pp. 391 y ss.

Enrique LINDE PANIAGUA (1976), *Amnistía e Indulto en España*, Tucur Ediciones, Madrid.

José de los Santos MARTÍN OSTOS (1981), *Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil español*, Editorial Montecorvo, Madrid.

Manuel MIRANDA ESTRAMPES (1997), *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, J.M. Bosch, Barcelona.

Juan MONTERO AROCA (1983), «El principio de oralidad y su práctica en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Justicia*, II, pp. 279 y ss.

Jordi NIEVA FENOLL (2010), *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid.

-EL MISMO (2009), «El “último” proceso inquisitivo español (el proceso penal de la Novísima Recopilación)», en Jordi NIEVA FENOLL, *Jurisdicción y proceso*, Marcial Pons, Madrid, pp. 163 y ss.

Francisco ORTEGO PÉREZ (2010), «De los delitos, de ciertas «penas»... y de algunas instrucciones (La justicia penal en los medios de comunicación)», *Diario La Ley*, núm. 7346, 19-2-2010.

-EL MISMO (2007), *El juicio de acusación*, Atelier, Barcelona.

Pilar OTERO GONZÁLEZ (2000), «Medios de tutela ante los juicios paralelos durante la fase de juicio oral (a propósito de la STC 135/1999, de 20 de julio -caso de la Mesa Nacional de HB-)», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 53, núm. 1, pp. 301 y ss.

PROFESORES DE DERECHO PROCESAL DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS (1974), *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid.

Juan Luis REQUEJO PAGÉS (2001), «Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español», *Historia Constitucional (revista electrónica)*, núm. 2. (Véase: <http://hc.rediris.es/02/index.html>).

Nicolás RODRÍGUEZ GARCÍA (2004), «La necesaria flexibilización del concepto de soberanía en pro del control judicial de la corrupción», en AAVV (coord. RODRÍGUEZ GARCÍA y FABIÁN CAPARRÓS), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, pp. 241 y ss.

-EL MISMO (2000), «Los sistemas procesales penales frente al reto de controlar la corrupción», en AAVV (coord. FABIÁN CAPARRÓS), *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Ratio Legis, Salamanca, pp. 73 y ss.

Bertram SCHMITT (1992), *Die richterliche Beweiswürdigung im Strafprozess*, Schmidt-Romhild, Lübeck.

Manuel SERRA DOMÍNGUEZ (1969), «El juicio oral», *Estudios de Derecho procesal*, Editorial Ariel, Barcelona, pp. 774 y ss.

-EL MISMO (1969), «Información suplementaria», *Estudios de Derecho procesal*, Editorial Ariel, Barcelona, pp. 784 y ss.

Adam SMITH (1801), *An Inquiry into the nature and causes of the Wealth of Nations*, vol. II, Paris.

Michele TARUFFO (2009), *La semplice verità*, Editori Laterza, Bari.

Pedro Nolasco VIVES Y CEBRIÁ (1832), *Traducción al castellano de los Usages y demás derechos de Cataluña que no están derogados ó no son notoriamente inútiles*, Tomo I, Barcelona.