
JUTGES I POLICIES. ALGUNES RAONS D'UNA RELACIÓ DISFUNCIONAL

JOSÉ LUIS RAMÍREZ ORTIZ

Magistrat del Jutjat Penal 27 de Barcelona

A causa del disseny de la instrucció judicial, sobretot en causes penals, la relació entre jutges i policies és inevitable. Aquest article afronta aquesta relació, no des del plantejament formalment establert sinó des de la pràctica diària.

Per mitjà de l'exposició de les funcions i missions de cadascun d'aquests cossos, l'autor analitza les seves interaccions reals i de quina manera s'aparten d'allò establert normativament.

Al llarg de l'article es proposen les raons d'aquesta disfuncionalitat, fet que permet copsar els motius de la, a vegades, incomprensió mútua entre policies i jutges. Finalment, l'autor presenta una sèrie de solucions en les quals proposa unes pràctiques respectuoses amb les funcions que tant jutges com policies han de desenvolupar en un Estat democràtic.

Due to the design of legal proceedings, particularly for criminal cases, the relationship between judges and the police is inevitable. This article looks at this relationship, not from a formal approach but from a day-to-day perspective.

By describing the functions and missions of each party, the author analyses their real-life interactions and how they differ from what is stipulated by law. Throughout the article, reasons for this somewhat dysfunctional relationship are suggested, allowing the reader to grasp the causes of what sometimes appears as mutual misunderstanding between police officers and judges. To conclude, the author presents a number of solutions and suggests certain practices that respect the roles that both judges and police officers have to play in a democratic State.

1. DELIMITACIÓ PRELIMINAR. EL FÀCTIC I EL NORMATIU

Molts treballs han analitzat les relacions complexes entre les forces i els cossos de seguretat de l'Estat i el poder judicial, entre jutges i policies, en l'àmbit multifacètic de la prevenció i la investigació dels delictes. Malgrat l'extensa bibliografia existent, cal advertir que la major part del que s'ha escrit parteix d'un enfocament predominantment normatiu, sigui fent atenció a les relacions entre el dret històric i el dret vigent, sigui centrant-se en el dret actualment en vigor. Sense deixar de reconèixer la importància d'aquest tipus d'anàlisi, jugaré aquesta perspectiva amb una altra de diferent: la dels usos, les pràctiques i les normes no escrites que solen presidir aquestes relacions. Com ens diu Zagrebelsky (2008): «les normes només tracen el marc d'actuació, i ens diuen poc sobre el que hi ha dins: acords, pràctiques, relacions interpersonals, maneres de ser, fer i pensar, que es configuren com el que és essencial. Allò rellevant, per això, no són les regles escrites, sinó la percepció que es tenguí del significat de les institucions que regulen».

En definitiva, si volem diagnosticar els problemes i interrogants que deriven de la relació entre jutges i policies i solucionar-los, la normativa ens proporcionarà una resposta parcial, incompleta i insatisfactòria. Hem de girar la nostra atenció cap a les pràctiques i el discurs implícit que s'hi oculta.

2. LA DISTINCIÓ TEÒRICA ENTRE JUTGES I POLICIES

2.1 INDEPENDÈNCIA I IMPARCIALITAT. ACTIVITAT POLÍTICA I ACTIVITAT JUDICIAL

D'una manera molt elemental es pot ubicar el tret diferencial en la prerrogativa de la independència. Els jutges, en l'exercici de les seves funcions jurisdiccionals, són absolutament independents. No obeeixen ordres ni instruccions de cap poder públic, ni tenen superiors a les directrius dels quals hagin d'ajustar la seva forma de procedir. No succeeix així, contràriament, amb els policies, subjectes a l'ordre intern, als principis de jerarquia i subordinació propis de la seva organització burocràtica.

La independència té com a objectiu garantir la imparcialitat del jutge, una neutralitat que no es pot assegurar pel que fa a la policia, vist el diferent tipus de funcions que els uns i els altres estan cridats a realitzar.

Des d'aquest punt de vista, el que distingeix l'activitat judicial de la política —i la policial és una activitat molt impregnada d'elements polítics—, és l'intent de generar un espai institucional aliè i neutral respecte a l'enfrontament directe de persones amb interessos en conflicte, fins al punt que «si s'anul·la la diferència funcional entre política i justícia, el procés penal acaba desenvolupant només funcions parajudicials o extrajudicials, això és, la teatralització ritual de la lluita política» (Zolo, 2007).

Un exemple pot aclarir la qüestió. Un govern pot optar legítimament, en la funció de direcció de la política interior (art. 97 CE) i per a garantir la seguretat ciutadana, per dissenyar la lluita contra cert tipus de delinqüència a través de determinats mecanismes. Les Corts Generals, en la mateixa direcció, poden, en exercir la potestat legislativa (article 66.2 CE), aprovar lleis que permetin el combat contra un segment delinqüencial concret. L'aprovació parlamentària de la LO 1/2004 de mesures de protecció integral contra la violència de gènere, la creació d'òrgans jurisdiccionals específics i d'unitats policials especialitzades o l'aprovació de plans generals o especials de seguretat pública per combatre el fenomen evidencien la impossible aproximació «neutral» des de l'àmbit polític.

Tanmateix, d'alguna manera pot pretendre's que, mentre que a les forces i als cossos de seguretat de l'Estat se'ls exigeix la implicació en la lluita contra el fenomen citat, la resposta dels òrgans judicials hagi de ser equivalent. Els jutges no fan política criminal. Ni poden, ni han de fer-la. La funció jurisdiccional consisteix a comprovar, en el context d'un judici contradictori en el qual les parts es presentin en condicions d'igualtat, si la hipòtesi de l'acusació està avalada per proves suficients per a desvirtuar la presumpció d'innocència que empara l'acusat i, per tant, aquest és mereixedor de la pena que per a la conducta declarada provada estableix la llei. L'activitat jurisdiccional, com ha dit Ferrajoli (2006), no està dirigida a la satisfacció d'interessos

preconstituïts. El Parlament, el Govern, les administracions, fins i tot quan operen amb les formes i dins dels límits establerts per les lleis, fixen o segueixen línies o finalitats polítiques més o menys contingents, unes vegades informades per la voluntat de la majoria, altres pel propi interès de l'Administració pública. Els jutges, al contrari, no persegueixen cap interès prejudicial. En aquest sentit, la imparcialitat del jutge respecte de les finalitats perseguides per les parts, no només és personal, és a dir, el jutge no ha de tenir cap interès privat en el resultat de la causa, sinó tampoc institucional. Per tant, no pot tenir cap interès acusatori. En síntesi, les forces i els cossos de seguretat de l'Estat poden lluitar contra la «violència de gènere». Els jutges, no. Les forces i els cossos de seguretat de l'Estat han de garantir la seguretat ciutadana. Als jutges no els correspon aquesta missió.

Només si es parteix d'aquesta premissa, que té base normativa en l'article 104 CE, respecte a les forces i els cossos de seguretat de l'Estat, i en el 117 CE, respecte als jutges, estarem en condicions d'abordar adequadament els problemes derivats de la relació entre uns i d'altres.

2.2 UN FACTOR DE CONFUSIÓ: EL DISSENY DE LA INSTRUCCIÓ JUDICIAL

Dit això anterior, la subsistència en el procés penal del model denominat acusatori formal o mixt, en el qual a la fase de judici oral, vertebrada sobre el principi acusatori, precedeix una fase d'instrucció, de naturalesa inquisitiva, dirigida per un subjecte institucional com el jutge, podria, en principi, desdibuixar els límits abans enunciats. El Tribunal Constitucional, referent a això, ha sostingut en síntesi que la Constitució no imposa un determinat model d'investigació criminal, per la qual cosa la investigació prèvia a l'enjudiciament a càrrec del jutge d'instrucció és plenament concorde amb la Carta Magna. Una qüestió diferent són els límits en què el jutge ha de basar la seva actuació per no vulnerar els drets i les garanties que assisteixen les persones investigades en el procés penal.

Com es desprèn de l'assenyalat en l'apartat anterior, els àmbits d'actuació són, en principi, clars. A les forces i els cossos de seguretat de l'Estat els correspon, sota la dependència del govern, garantir la seguretat ciutadana, mentre que als jutges els competeix l'exercici de la funció jurisdiccional, jutjant i fent executar allò jutjat. Així mateix, que l'article 104 CE atribueixi a la policia la missió de protegir el lliure exercici dels drets i llibertats, no és un obstacle a tot el que s'ha exposat: la policia no declara o reconeix l'existència, constitució o modificació dels drets. El que li encomana la Constitució és únicament la protecció de l'exercici de llibertat dels drets i llibertats. La protecció, més que del contingut dels drets, de l'exercici de fet d'aquests drets (Llera, 2006), sense la qual no es comprendria la seguretat ciutadana, entesa en sintonia amb la interpretació constitucional de la clàusula d'«ordre públic», com a «temor raonable de risc per als drets i interessos de les persones o béns».

Ara bé, mentre que en matèria de prevenció i enjudiciament de delictes, les diferents posicions són clares, no succeeix el mateix en els àmbits de la investigació dels delictes i instrucció de les causes penals. Aquí es creuen, convergeixen en un punt, les activitats de càrrecs institucionals que, en principi, semblaven molt diferents.

Dedicaré la resta de l'exposició a destacar que la inevitable relació entre ambdós cossos, que deriva de la intersecció referida, malgrat que no significa la desnaturalització del paper «jurisdiccional» que continua exercint el jutge d'instrucció, pot generar pràctiques incompatibles amb aquesta funció rellevant.

3. LA POLICIA JUDICIAL I EL JUTGE INSTRUCTOR

3.1 LA POLICIA JUDICIAL I EL MARC NORMATIU

Segueixo parcialment, en aquest apartat concret, Zubiri de Salinas (1990). Segons assenyala, són diversos els textos que cal tenir en compte.

a) Llei d'enjudiciament criminal. Dels articles 282 al 289 LECr es desprèn, per una part, que la policia judicial constitueix una sèrie heterogènia d'autoritats i funcionaris administratius, començant pels encarregats de la seguretat pública, és a dir, la policia en sentit estRICTE. D'altra banda, també diu que la relació de tals autoritats i funcionaris amb els jutges és de subordinació, si bé limitada i referida tan sols al compliment de les instruccions concretes que els donessin per dur a terme una investigació sumarial. La regulació va constituir un innegable avenç en la mesura que va configurar definitivament la separació entre el poder judicial i l'executiu i va supeditar el segon al primer quant a la tasca específica dels jutges d'instrucció.

b) Article 126 de la Constitució. La norma esmentada disposa: «La policia judicial depèn dels jutges, dels tribunals i del Ministeri Fiscal en les seves funcions d'esbrinament del delicte i descobriment i assegurament del delinqüent, en els termes que la llei estableixi». De l'enunciat normatiu es desprenen dues exigències. La primera, la necessitat de crear i regular una policia judicial. La segona, que l'esmentada policia depengui funcionalment dels jutges i del Ministeri Fiscal.

c) Articles 443 a 446 Llei orgànica del poder judicial (en l'actualitat, articles 547 a 550). De la normativa esmentada es desprèn la coexistència de dos tipus de policia judicial. D'un costat, la genèrica, com a funció d'auxili en l'esbrinament dels delictes i en el descobriment i assegurament dels delinqüents, que vincula a tots els membres de les forces i els cossos de seguretat, tant si depenen del Govern central com de les comunitats autònomes o dels ens locals, que no deixa de ser una concreció de la mateixa obligació que l'article 118 CE imposa a tots. D'altra banda, l'específica, que es plasma en les unitats anomenades de policia judicial. En ambdós casos, el principi general és una reproducció de l'article 126 de la Constitució: «En les funcions d'investigació penal, la policia judicial actuarà sota la direcció dels jutjats i tribunals i del Ministeri Fiscal». Així mateix, tant en un cas com en un altre, la dependència orgànica dels membres de la policia judicial roman invariable.

d) Llei orgànica de forces i cossos de seguretat. L'article 11.1 reproduïx parcialment l'article 104 CE quan diu: «Les Forces i els Cossos de Seguretat de l'Estat tenen com a missió protegir el lliure exercici dels drets i les llibertats i garantir la seguretat ciutadana». Ara bé, la norma detalla els mecanismes a través dels quals les policies poden complir la comesa esmentada, entre els quals es pot destacar,

per la dualitat de funcions que reflecteixen, els continguts en els apartats e) i f) «mantenir i restablir, en el seu cas, l'ordre i la seguretat ciutadana» i «prevenir l'execució d'actes delictius» i g) «investigar els delictes per descobrir i detenir els presumptes culpables, assegurar els instruments, els efectes i les proves del delicte, posant-los a disposició del jutge o tribunal competent». D'altra banda, els articles 29 a 36 regulen les denominades «unitats de policia judicial», que distingeixen entre les unitats orgàniques i les unitats adscrites, i la diferència radica en què aquestes últimes poden assignar-se pel Ministeri de l'Interior, un cop haver escoltat el Consell General del Poder Judicial, determinats jutjats o tribunals, quan el seu volum d'activitat ho aconselli. En tot cas, la dependència orgànica és del Ministeri de l'Interior, com indica l'article 31.

e) Reial decret 769/1987, de 19 de juny, sobre regulació de la policia judicial. El Reglament desenvolupa la normativa legal esmentada en sis capítols i aprofundeix en els aspectes relatius a la dependència funcional.¹ Són objecte de desenvolupament específic les unitats de policia judicial, destacant-ne el mateix principi de dependència funcional.²

3.2 EN L'ÀMBIT DEL QUÈ ÉS FÀCTIC: EL JUTGE INSTRUCTOR QUE NO INVESTIGA

Seguint el fil anterior, de la lectura conjunta dels articles 282, 284, 286 i 295 LECr, es desprèn que, constatada l'execució d'un fet punible, i que excepcionalment el jutge no pugui intervenir directament, la policia assumeix la pràctica de les diligències necessàries fins al moment en què l'autoritat judicial pugui fer-se'n càrrec. En qualsevol cas, la pràctica d'aquestes diligències no pot prolongar-se més de vint-i-quatre hores. D'entre aquestes diligències, es preveuen les actuacions necessàries per a la comprovació del delicte, el descobriment dels delinqüents i per a la recollida dels efectes, instruments i proves del delicte dels quals hi hagués perill de desaparició. En tot cas, tal com s'indica, es tracta de diligències «de prevenció»; això vol dir que les diligències es realitzen en qualitat de suplència i fins que el jutge d'instrucció assumeixi la direcció del procés, ja que no hi ha norma que empari l'atribució a la policia d'una funció d'investigació autònoma.

Tanmateix, com evidencia Asencio Mellado (2004), la praxi policial-judicial no s'acomoda avui dia al model normatiu referit. Al contrari, el que revela la praxi esmentada és la independització de la funció investigadora de la policia judicial, que deixa de ser un simple cos auxiliar. La redacció de l'article 17.2 CE suposa el

1. P. e. article 10: «depenen funcionalment dels jutges, tribunals o membres del Ministeri Fiscal que coneguin l'assumpte objecte de la seva investigació»; article 12: «informaran de l'evolució de les seves investigacions i informaran del resultat final de la seva actuació a l'autoritat judicial o al Ministeri Fiscal que l'hagués ordenat, en els termes i formes que aquest disposi».

2. P. e. article 11: «Els funcionaris policials comissionats per l'autoritat judicial o fiscal d'acord amb l'article 21 per a la pràctica d'alguna diligència d'investigació específica s'atindran en el seu desenvolupament a les ordres i directrius que haguessin rebut, sense que les instruccions de caràcter tècnic que obtinguessin dels seus superiors policials immediats puguin contradir les primeres».

reconeixement implícit d'aquesta realitat, no només en ampliar el termini màxim de detenció de vint-i-quatre a setanta-dues hores, sinó en introduir un termini relatiu amb la fórmula que «no durarà més del temps estrictament necessari per a la realització de les indagacions pertinents a l'esclariment dels fets». Evidentment, els mitjans de transport existents l'any 1978 no haurien justificat el termini de vint-i-quatre hores. Al contrari, haurien exigint la posada a disposició immediata. Per tant, tal ampliació del termini constitueix el reconeixement que s'atribueix a la policia una potestat independent d'investigació, la qual cosa permet ampliar el termini de posada a disposició fins a un màxim de setanta-dues hores i deixa en qüestió el contingut dels articles 284, 286 i 295 LECr. Evidentment, ja no es «presenta» el jutge al lloc dels fets per formar el sumari i que provocaria amb això la cessació de les diligències de prevenció policials. Al contrari, és la pròpia policia que es desplaça al jutjat i presenta l'atestat, generalment amb la persona detinguda.

En el context actual, per tant, es pot dir que s'han invertit els papers en la fase de la investigació del delictes. Ja no és possible afirmar que la policia es limita a intervenir «a prevenció» de l'autoritat judicial. És patent, i la pràctica així ho demostra, que existeix un espai d'investigació policial autònoma. De la mateixa manera, és clar que, en general, els jutges d'instrucció ni investiguen pròpiament els fets, ni controlen tècnicament la investigació que du a terme la policia. Al contrari, confien necessàriament en les informacions i investigacions que els proporciona. Les taxes de criminalitat existents, la complexitat de diverses manifestacions delictives, la superior preparació criminalística dels funcionaris policials en matèria investigadora i el disseny antiquat de l'organització judicial penal (pensi's, sota aquest angle, en l'estructura ineficaç dels jutjats d'instrucció, configurats com cel·les absolutament independents entre si, integrades per un personal molt reduït, la vocació natural del qual és la de registrar abans que la d'investigar) són factors que, indubtablement, determinen aquest resultat.

3.3 UN POSSIBLE RISC: EL JUTGE QUE ACOMPLEIX FUNCIONS DE GUARDIÀ DE LA SEGURETAT CIUTADANA

Com hem vist, les forces i els cossos de seguretat de l'Estat tenen atribuïdes una heterogeneïtat de funcions (investigació de delictes i il·lícits administratius, prevenció d'uns i d'altres, i execució i col·laboració amb la jurisdicció i l'administració). Referent a això, Ferrajoli (2006) sosté que en la lògica de l'Estat de dret les diferents competències haurien de quedar atribuïdes a cossos de policia separats entre si i orgànicament dependents, no solament en la funcionalitat sinó també en la jerarquia i l'Administració, dels diversos poders dels quals són auxiliars. En particular, postula que la policia judicial, encarregada de la investigació dels delictes i de l'execució de les decisions judicials hauria d'estar rígida i separada dels altres cossos de policia, ja que les seves funcions són substancialment diferents de les altres policies, hauria d'estar dotada de les mateixes garanties d'independència davant de l'executiu que del poder judicial, del qual hauria de dependre en exclusiva.

En el nostre ordenament, igual com en els del nostre entorn, no succeeix així. Per tant, donada la inexistència d'una policia judicial que respongui als principis

esmentats, la promiscuïtat de funcions encomanades a un mateix aparell policial no només dificulta la caracterització dels actes duts a terme pels cossos policials a l'exercici de les seves funcions (purament administratius o de prevenció de delictes / «a prevenció» de l'autoritat judicial o d'investigació), sinó que atesa la configuració vigent de la instrucció penal que provoca una estreta relació entre jutges i policies, genera el risc de contaminació de la pròpia actuació jurisdiccional, que pot convertir-se també en purament governativa o de prevenció de l'execució de delictes. Ferrajoli, gràficament, parla, en aquests casos, de policia amb funcions parajudicials i de magistratura amb funcions parapolicials.

Aquesta situació no és casual, ja que obeeix a una determinada concepció de l'Estat, en aparença extingida després de la promulgació de la CE. Tanmateix, la seva subsistència actual no és tampoc producte del mer *transport històric*, sinó fruit d'una decisió deliberada, que no solament l'ha tolerat sense reformes sinó que, fins i tot, l'ha potenciat accentuant els seus trets. Díez Ripollés (2004) posa en relleu l'aposta decidida per un model la meta del qual no és anticipar-se a la intervenció dels òrgans formals de control social —policia i administració de justícia— mitjançant el reforçament dels vincles socials dels delinqüents o persones en trànsit de convertir-s'hi, sinó atribuir als òrgans esmentats la tasca preventiva directament. Sota aquest prisma, si bé, políticament, és discutible tal atribució en primera instància a les forces i als cossos de seguretat de l'Estat, jurídicament no ho és en tractar-se de funcions que tenen encomanades constitucionalment (article 104 CE). Radicalment diferent és la perspectiva des de l'òptica de la jurisdicció, en resultar indiscutibles els límits de la seva potestat, que de cap manera s'estenen a la prevenció del delicte. La funció jurisdiccional, com hem vist, es redueix a l'enjudiciament dels fets i a l'execució dels pronunciaments derivats del judici, però en cap cas no té com a objectius ni la preservació de la seguretat ciutadana ni la prevenció del delicte. És aquest, pel cap alt, un efecte col·lateral de la potestat jurisdiccional (el temor a la pena, que només pot ser imposada pels òrgans jurisdiccional, pot tenir un efecte dissuasiu), però no la seva finalitat.

Tanmateix, en la denominada societat del risc, es potencia des de tots els àmbits (no solament des de l'executiu, sinó també des del poder legislatiu i especialment des dels mitjans de comunicació o anomenats quart poder), no només el manteniment i reforç del model, sinó també la convicció o estat d'opinió que es tracta de l'únic model possible, cosa que filtra no només l'activitat judicial, sinó també la consciència del jutge. Un exemple evident el constitueix la política en matèria de violència de gènere, en la qual la inserció de la denominada ordre de protecció, en síntesi, un procediment sumari, de cognició limitada, i en el qual la decisió final l'adopta qui decideix incoar el procediment i generalment hi aporta tot el material probatori en què basa la decisió, obeeix a la necessitat imperiosa de conjurar hipotètiques situacions de risc, és a dir, de prevenir delictes. Això que, en principi (i fora d'alguns trets imperfectes derivats no de la institució en si mateixa, sinó de la pròpia configuració de la instrucció), és conciliable amb la CE si es parteix que el que jutja actua pronosticant el risc i adoptant les mesures pertinents a partir de la prèvia execució d'un il·lícit, a la pràctica resulta antitètic quan en la major part dels casos el pronòstic del risc es desvincula del fet investigat que pot

ser, en si mateix, penalment insignificant; no obstant això, s'acorden privacions de llibertat o restriccions de la llibertat ambulatoria per prevenir delictes. Això és, s'utilitzen poders jurisdiccionals per complir una funció policial.

4. LES RAONS DE LA DISFUNCIÓ

Com veurem a continuació, ens trobem davant un model disfuncional. Qualsevol que s'apropi al funcionament quotidià d'un jutjat d'instrucció i constati com gestiona la informació que li proporcionen les forces i els cossos de seguretat i altres jutjats d'instrucció, pot comprovar per si mateix aquesta asserció. Ara bé, ja que no s'endevina en l'horitzó pròxim una reforma en profunditat de la LECr, la solució conjuntural passa per detectar les raons d'aquesta disfuncionalitat, cosa que de passada ajuda a entendre els motius de la incomprensió que mútuament es professen policies i jutges d'instrucció i, així, proposar, com farem en el punt 5, solucions per la via de les pràctiques respectuoses amb les importants funcions que en un Estat democràtic de dret uns i d'altres tenen encomanades.

4.1 INVESTIGAR I INSTRUIR

Per aquest efecte, pot ser-nos d'utilitat la distinció conceptual entre investigació i instrucció, nocions que, si bé poden resultar parcialment coincidents, com veurem, presenten trets diferencials marcats.

Podríem caracteritzar la investigació com aquella activitat concretament dirigida a l'esclarament dels fets presumptivament delictius, així com al descobriment dels seus autors. Es tractaria, en essència, d'un àmbit d'actuació netament policial.

La instrucció, d'altra banda, seria aquella fase necessària del procés penal, preparatòria del judici oral, la finalitat de la qual és triple:

- a) l'esclarament dels fets i el descobriment dels seus autors; aquest és el punt de coincidència amb la investigació policial;
- b) l'obtenció de fonts de prova sobre tals extrems, que puguin ser utilitzables en el judici per confirmar la hipòtesi incriminatòria; i,
- c) l'adopció de mesures cautelars, ja siguin personals o reals per garantir el resultat del procés.

Es tracta, per tant, d'una activitat marcadament jurisdiccional.

4.2 L'OBJECTE DE LA INVESTIGACIÓ-INSTRUCCIÓ

Un primer grup de conflictes que la pràctica presenta es deuen a la possibilitat que els objectes de la investigació policial i la instrucció judicial no siguin coincidents. La realitat demostra que les causes de les possibles divergències obeeixen a les diferents lògiques que regeixen l'actuació dels subjectes que participen en unes i altres activitats. Precisament, el fet que un mateix cos policial alterni fun-

cions de preservació de la seguretat ciutadana, de prevenció de delictes, i d'investigació; funcions, les dues primeres, estranyes als jutges, explica les diverses aproximacions amb què policies i jutges aborden una investigació. Així, mentre que els últims mai no perden de vista el caràcter preparatori del judici oral que correspon a la fase d'instrucció i, per tant, la necessitat de delimitar adequadament, subjectivament i objectivament l'objecte processal, a fi de gestionar el procediment amb unes mínimes garanties de governabilitat i celeritat, els primers no poden deixar de considerar les repercussions que per al manteniment de la seguretat pública poden tenir les informacions a les quals vagin tenint accés en el curs de la investigació. Per això els impulsos investigadors en un o un altre cas tenen una direcció oposada, ja que mentre al jutge d'instrucció li interessarà delimitar al més aviat possible l'àmbit de la investigació, el policia investigador tendirà a expandir-lo. Així, allà on el jutge veu un o diversos actes concrets de receptació que han de ser sotmesos a judici, el policia pot contemplar un fenomen més complex, un mercat il·lícit integrat per proveïdors de diferents nivells, distribuïdors, venedors i compradors, que fan d'aquest mercat, el seu mode de vida. Allà on el jutge d'instrucció compleix la seva funció delimitant amb rapidesa l'àmbit objectiu i subjectiu de la causa, i remetent el resultat de la instrucció al tribunal corresponent per al seu enjudiciament, el policia no voldrà limitar-se a intervenir sobre un segment del fenomen, ja que sap que, en cas de fer-ho així, en permet la subsistència. El conflicte està, amb freqüència, «sobre la taula».

En el sentit indicat, no és inusual trobar-se amb supòsits en els quals la instrucció està pràcticament conclosa, després d'anys de tràmit, i la policia remet al jutjat un atestat ampliadori que en dificulta la clausura en estendre l'univers de fets que vertebrèn la investigació i el cercle de subjectes actius. La qüestió es complica fins a extrems insospitats quan l'atestat que es presenta al jutjat que instrueix no només amplia la investigació que coneix aquest jutjat sinó que també amplia tantes altres investigacions, el coneixement de les quals ha estat atribuït a altres òrgans judicials, ja que llavors el conflicte s'estén i té lloc entre diversos jutjats.

En aquests i altres supòsits, qualsevol observador imparcial conclouria que l'absència de la relació adequada entre els subjectes que institucionalment tenen atribuïda la funció d'investigar delictes, derivada de l'aparent bicefàlia en la direcció de la investigació, segons es parteixi de la llei o de la realitat, és la causa de desajustos que haurien de ser corregits urgentment. Tindria tota la raó.

4.3 ELS ATESTATS AMPLIATORIS

Si el conflicte pot sorgir en els casos en què jutges i policies actuen professionalment encara que descoordinadament, la situació s'agreuja quan es condueixen de manera rutinària o simplement burocràtica.

Posaré un exemple que es presenta amb freqüència: diguem que es cometen cinc delictes de robatori amb força en diferents naus ubicades en polígons industrials situats en diversos partits judicials limítrofs en el curs d'alguns dies. Es formen cinc atestats diferents i es lliuren als jutjats de guàrdia corresponents. Cada jutjat de guàrdia, al seu torn, el remet, dins del seu propi partit, al jutjat que corres-

pongui d'acord amb les normes de repartiment internes, sense perjudici de les quals el jutjat que alterni l'assumpte pugui rebutjar l'atribució per entendre que no li correspon i ho discuteixi, ja sigui davant un jutjat del mateix partit, o davant de jutjats d'altres partits judicials per entendre que no té competència territorial. Els jutjats receptors, finalment, incoen els procediments a l'efecte de registrar i servir de suport als atestats presentats, i els arxiven en resultar que l'autor és desconegut. En el curs d'una altra actuació policial diferent, es deté una persona en un altre lloc, que condueix un vehicle robat en una altra causa diferent, al maleter de la qual es troben objectes que van ser robats en algunes de les naus esmentades. La policia farà l'atestat corresponent, posarà el detingut a disposició del jutge de guàrdia del lloc de la detenció, indicarà en l'atestat que és, al seu torn, ampliadori d'uns altres sis (els cinc, dels robatoris a les naus, i el sisè, del robatori del vehicle). El jutjat de guàrdia, una vegada legalitzada la situació personal del detingut, es trobarà amb el problema de a quin jutjat remetre les diligències incoades en ocasió de la posada a disposició del detingut referit. Les possibilitats són múltiples. Així, pot optar per remetre les diligències originals al jutjat que conegui el primer fet i enviar testimoni als restants, o només els originals al jutjat que conegui el primer fet. Al seu torn, els destinataris també podran acceptar la informació que se'ls remet o rebutjar-la per diverses raons. En qualsevol cas, és rellevant que determinades decisions d'alguns jutjats poden impedir que el flux d'informació arribi als jutjats restants o, fins i tot, pot donar-se el cas que s'instrueixin en paral·lel causes pels mateixos fets (p.e., si un dels jutjats que rep un testimoni interpreta que té elements per reobrir la causa per procedir no solament pel seu fet sinó també per un altre el qual ja coneixia un altre òrgan judicial).

Imaginem que, sense coordinació ni cap control superior, es continuen generant atestats considerats ampliadoris dels set que fins ara teníem, i es continuen lliurant de forma rutinària als jutjats de guàrdia respectius. Les possibilitats que es desconegui del cert què instrueix cada òrgan judicial i, per tant, les opcions que, o bé dupliquin activitats investigadores, o bé ometin tota investigació en la convicció que un altre jutjat la porta a efecte, o bé fragmentin injustificadament la instrucció que hagués de ser unitària, són patents.

Novament, s'adverteix el mateix vici abans denunciada: l'absència de mecanismes eficaços de relació, en defecte d'una direcció clara determina aquests lamentables resultats.

4.4 LES DILIGÈNCIES DE LA INVESTIGACIÓ-INSTRUCCIÓ

Un altre grup de problemes deriva també de les diverses maneres d'abordar l'activitat investigadora per part de policies i jutges. Ara ens referim als instruments i diligències d'investigació. En aquest context, és indubtable que, en general, les forces i els cossos de seguretat de l'Estat tenen la convicció que els jutges són persones incomprensibles que, possiblement per viure d'esquena a la «realitat del carrer», no fan res més que posar traves a la seva tasca investigadora. Tanmateix, una anàlisi sense ser simplista que recordi, d'una banda, que els jutges, malgrat que siguin eventualment instructors, continuen sent jutges i, per tant, garantidors

per definició dels drets constitucionals i, d'altra banda, que la instrucció té per objectiu l'obtenció de fonts de prova que puguin ser utilitzables per a confirmar les conclusions obtingudes a través de la investigació, demostra el caràcter erroni d'aquesta convicció. No és que els jutges pretenguin sembrar d'obstacles el camí de la investigació. El que passa és que «no hi ha espai per a la veritat al marge del respecte als drets fonamentals i, en conseqüència lògica, no pot declarar-se o ordenar-se la privació de llibertat de cap persona sobre la convicció de culpabilitat aconseguida si s'utilitzen instruments probatoris produïts amb la infracció d'aquests límits materials» (Hernández *et al.*, 2007).

Si segons el principi de legalitat dels delictes i les penes («ningú no pot ser condemnat a cap pena si no és per algun delicte o falta prèviament establerts a la llei, així com a la pena es correspongui segons aquesta llei»), trobem el de legalitat processal («sempre que s'hagi observat el procediment legalment establert»), i hem dit que és missió de la instrucció no només esclarir el fet i descobrir-ne els possibles responsables, sinó, al mateix temps, obtenir fonts de prova sobre tals extrems que puguin ser utilitzables en el judici per confirmar la hipòtesi incriminatòria, fàcilment es comprèn la necessitat que l'instructor vetlli sobre la regularitat del material que s'aporta a la causa a través del qual es pretén «fer constar» l'existència del delicte i dels seus responsables.

En l'àmbit de la prova il·lícita es fa patent el conflicte existent entre l'interès públic en la recerca de la veritat material, d'una banda, i l'interès, no menys públic, a salvaguardar l'ordre de convivència que els drets fonamentals imposen a les societats democràtiques. En síntesi, la il·legalitat en l'activitat d'obtenció de la prova vulnerant drets fonamentals, produeix, entre altres conseqüències, la prohibició de la seva valoració, la ineficàcia probatòria (article 11.1 LOPJ).

En aquesta matèria és obvi que la ineficàcia constitueix un instrument bàsic per prevenir la comissió eventual de determinades conductes. De fet, la regla d'exclusió probatòria afirmada per primera vegada en el dret nord-americà en la sentència *Weeks v. US*, de 1914 (Beltrán i González, 2006), segons la qual una prova obtinguda il·legalment —es tractava d'un registre policial sense autorització judicial— no podia ser utilitzada ni en cap seu policial ni per l'acusació en el judici, té específicament per objectiu en aquesta ordenació dissuadir (*deterrence effect*) els agents policials de l'ús de mètodes o formes en la investigació dels fets delictius que puguin desconèixer els drets dels ciutadans establerts a la Constitució. D'aquí que la inadmissibilitat de la prova il·lícita es restringeixi, en general, a l'obtinguda per funcionaris policials o autoritats públiques, i no per particulars. En el nostre ordenament, si bé els tribunals no han declarat de forma directa que sigui aquest l'objectiu perseguit, és evident que l'efecte que la il·licitud porta aparellada constitueix un element dissuasiu eficaç, sense perjudici de les responsabilitats penals que poguessin escaure. Cal recordar, a aquest efecte, el capítol V del títol XXI del Codi penal, regulador dels delictes comesos pels funcionaris públics contra les garanties constitucionals.

No obstant això, partint d'aquestes premisses, i refutant el prejudici, determinats modes policials de procedir són difícilment comprensibles. Tres exemples poden servir.

En el primer cas, es detecta en un aeroport l'existència d'un paquet en el qual se sospita que conté droga. Agents policials, correctament, sol·liciten autorització al jutge de guàrdia competent perquè n'autoritzi l'entrega vigilada, ja que hi consta un destinatari. Dos agents de paisà, a tal efecte, van al domicili del destinatari per entregar-li el paquet i, una vegada l'accepta, el detenen. Porten el detingut a dependències policials i, com a detingut, sense demanar la presència del lletrat, ni autorització judicial, obren el paquet, i comuniquen posteriorment al jutjat que a l'interior hi havia droga. L'instructor va raonar en l'atestat que existia una jurisprudència que entenia que, en relació amb determinats paquets postals, no era necessària l'autorització judicial, per la qual cosa podien procedir a obrir-los directament, i així ho van fer. Sense negar l'existència d'aquesta jurisprudència, és incomprendible no ja que un funcionari policial s'arrisqui a interpretar doctrines jurisprudencials —cosa complexa fins i tot per a un jurista—, sinó que ho faci quan no existia cap raó d'urgència que demorés demanar l'oportuna autorització judicial. Si el sospitós estava detingut, quin obstacle hi havia per sol·licitar autorització al jutge de guàrdia? Quin risc per a la pròpia investigació determinava l'actuació policial immediata? Si es considera que era discutible l'aplicabilitat al cas de la doctrina jurisprudencial que permetia l'obertura policial del paquet, és obvi que s'ha creat un problema per l'esdevenir de la causa que fàcilment podria haver-se evitat.

En el segon cas, es deté un individu sospitós d'integrar una banda organitzada dedicada a cometre robatoris en establiments comercials. En l'escorcoll se li requisa un telèfon mòbil. Tot seguit, detingut el sospitós, sense presència lletrada, i sense sol·licitar la seva autorització, un agent policial accedeix a les dades de la memòria del telèfon, en concret, al registre de trucades entrants i sortints. Aquí sorgeix el mateix problema que en el cas anterior: per què no es va sol·licitar al jutge de guàrdia l'oportuna autorització per accedir a l'agenda del telèfon intervingut, tal com exigeix la STC 230/2007, del 5 de novembre? La resposta, no obstant això, pot ser diferent. Podria dir-se que s'ignorava que en aquest cas era necessària l'autorització judicial, que l'acte pogués violar el dret al secret de les comunicacions, ja que el cas no és tan evident com l'anterior. Ara bé, tant en un cas com en l'altre, potser no és exigible a qui, en l'exercici legítim de les funcions pròpies del càrrec, realitza quotidianament actes de coerció i compulsió sobre les persones, que s'informi degudament sobre la legalitat de l'actuació? Breument: qui no sap alguna cosa, ha d'informar-se; qui no pot fer alguna cosa, ha de deixar-ho.

L'últim cas és més greu, ja que la manera de procedir ratlla la infracció penal, sense perjudici de la responsabilitat disciplinària que pogués resultar procedent. La policia investiga diverses persones que tenen causes obertes en diferents jutjats per fets que, a criteri policial, evidencien un cert grau d'organització. En el transcurs de la investigació, consideren convenient l'entrada i l'escorcoll del domicili d'algun sospitós. Per això, es decideix acudir a un dels jutjats d'instrucció que tramet alguna de les causes per sol·licitar la pertinent autorització judicial. El jutjat dicta resolució denegatòria. Tot seguit, els mateixos agents, ocultant el fet que la petició acaba de ser denegada judicialment, es dirigeixen a un altre jutjat i sol·lici-

ten novament autorització per a la pràctica de la diligència. No es tracta que les dades fàctiques que incorpora l'ofici poden ser valorades d'una manera diferent en una o una altra causa. Es tracta simplement, tal com revela la manera de procedir, que els agents actuants parteixen del prejudici que la resolució judicial constitueix un simple tràmit, un obstacle a superar, per seguir investigant. De cap manera es reflexiona sobre l'abast de la resolució judicial, el dret fonamental en joc, i els efectes perjudicials que pogués tenir aquesta manera de procedir per a la instrucció judicial si algun jutge, en desconeixement de la resolució negativa antecedent, l'atorgués per part seva.

Un cas similar és objecte d'anàlisi minuciosa en la sentència de la Sala Segona del Tribunal Suprem 6/2007, de 10 de gener (ponent: Martín Pallín). En aquest cas, en el transcurs d'una instrucció oberta en un òrgan judicial determinat, a petició d'una brigada policial especialitzada en la investigació de delictes contra la salut pública, es practica una entrada i un escorcoll que no produeixen cap fruit en termes incriminatoris i, després de la pràctica d'altres diligències, finalment, el jutjat acorda la cessació de les actuacions, en estimar que no apareixien indicis de criminalitat que aconsellessin proseguir la instrucció. Tot i això, la pròpia unitat antidroga, vuit dies després del sobreseïment acordat, es dirigeix a un altre jutjat diferent i aporta un informe en el qual implica les mateixes persones investigades a les diligències cessades i posa en relleu l'existència de «fets nous», que no eren sinó els mateixos que ja constaven en les actuacions arxivades. Sobre la base d'aquest informe, es va sol·licitar la intervenció de diversos telèfons mòbils que pertanyien a les mateixes persones, les comunicacions de les quals havien estat intervingudes en el procediment anterior, ocultant al nou instructor que havia existit un procediment anterior contra les mateixes persones, que s'havia tramitat durant aproximadament uns sis mesos i que havia estat arxivat recentment.

La sentència no deixa cap dubte. N'extracto, pel seu interès, algunes reflexions:

La regulació de la policia judicial, article 282 i següents LECr, estableix unes previsions sobre la seva actuació en la investigació dels delictes i els possibles autors. Actuaran com a auxiliars dels jutges i tribunals i del Ministeri Fiscal, i hauran de seguir les instruccions que en rebin (article 283 LECr). Una vegada entreguin les indagacions al jutge d'instrucció cessen les seves atribucions prèvies i hauran de sometre's a les directrius marcades per ell un cop que ha iniciat les diligències processals. En aquest cas concret, no només va intervenir el jutge, sinó que segons el seu requeriment s'acorden investigacions tan incisives sobre els drets fonamentals com la interceptació i l'escolta de les comunicacions telefòniques... El Reial Decret 769/1987 sobre regulació de la policia judicial estableix normes de submissió a les directrius judicials anàlogues encara que més desenvolupades que les establertes per la Llei d'enjudiciament criminal. En cap cas es pot fer cas omís de les decisions judicials sobre la continuació o la finalització del procediment, prenent pel seu compte i de manera oculta decisions que porten en si un frau de la llei incompatible amb les garanties que estableix el sistema... no respon al principi de la bona fe i s'actua en frau de llei buscant un efecte processal que no s'havia obtingut en un altre jutjat,

però que oculta al nou l'existència del procediment anterior. Com a policia judicial havien de conèixer que la revocació del sobreseïment provisional només podia aconseguir-se per la via dels recursos. Tenia oberta la possibilitat de posar els fets en coneixement del superior jeràrquic del Ministeri Fiscal perquè es posesin en marxa els mecanismes de recursos establerts per la llei... Aquesta actuació produeix una alteració de la competència objectiva (el primer jutjat era un jutjat d'instrucció ordinari i el segon un jutjat central d'instrucció) prescindint de les normes de procediment amb infracció dels principis d'audiència i possible defensa. [...] Es frustra, per manifesta il·legalitat, en l'actuació inicial, l'aplicació i observació de les regles processals en unes actuacions que no poden ser admeses en el si de l'ordre constitucional i que, per tant, s'han d'acabar declarant l'absoluta i irreversible nul·litat i la conseqüent absolució dels condemnats.

Igualment, va acordar deduir testimoni de particulars per si els fets poguessin ser constitutius d'un delictes de falsedat en documentació oficial.

En els casos examinats, ha succeït alguna cosa que s'hagués pogut evitar. El fet que s'actuï com si policies i jutges no tinguessin res a dir-se, sens dubte, té alguna cosa a veure.

4.5 UNA ALTRA MALA PRAXI POLICIAL: L'OCULTACIÓ D'INFORMACIÓ JUDICIALMENT RELLEVANT

El supòsit és recurrent. Existeix una pràctica antiga contrària a l'article 2 de la LECr que consisteix a redactar els atestats sovint ometent les dades o circumstàncies que puguin afavorir el sospitós. Tot allò que pogués crear dubtes legítims sobre el rendiment explicatiu de la hipòtesi inculpatòria o, fins i tot, sobre la influència en el fet de les condicions psicofísiques de l'investigat, es passa per alt en la documentació policial. Aquesta manera d'actuar, tanmateix, no passa desapercibuda. Al contrari, en el judici oral emergeix la informació ocultada, amb què inevitablement se suscitaran interrogants sobre la professionalitat dels agents que hi intervenen.

La consolidació d'aquesta praxi delata la influència de diversos fets. En aquest cas, la consubstancial miopia de l'investigador cap a tot allò que desdibuïxi la hipòtesi de treball es veu agreujada per la contaminació de la feina d'investigació per consideracions *seguritàries* (3.3), i per l'autoconvicció que la tasca policial conclou amb el «tancament» de l'atestat, per la qual cosa les vicissituds ulteriors del procediment són, en termes policials, indiferents. Aquesta manera d'abordar la pròpia funció, irrespectuosa amb els drets de les persones investigades, no solament és contrari a les regles de la bona fe, que també han de presidir l'acció policial, sinó que, a més, és contraproduent, per tal com ja s'ha dit que el judici oral pot ser i sol ser el moment propici per posar en relleu aquestes corrupteles, la qual cosa pot tenir efectes indubtables en la sentència que posi fi al procediment. En qualsevol cas, de tot això podem concloure que el problema és que la policia fa la seva funció com si el judici oral no existís, la qual cosa ens remet novament als déficits en la relació entre policies i jutges.

4.6 QUAN EL JUTGE IMPULSA LA INVESTIGACIÓ

De vegades els conflictes es produeixen quan és el jutge, figura generalment passiva en la investigació, qui decideix impulsar-la.

Malgrat que en el punt 3.2 he dit que, en general, els jutges d'instrucció ni investiguen pròpiament els fets, ni controlen tècnicament la investigació que du a terme la policia, existeixen determinats fets delictius refractaris a la deguda investigació policial, és a dir, davant dels quals sembla que hi hagi una mena de «ceguesa policial». És paradigmàtic el cas dels delictes contra els drets dels treballadors. Fins i tot en els casos en què hi ha hagut un resultat lesiu de consideració (mort o lesions greus per al treballador), l'actuació policial sol limitar-se a l'elaboració d'unes primeres diligències en què es detalla el resultat, es fa una inspecció ocular, es rep declaració d'alguns testimonis, companys de feina i algun responsable de l'empresa, i després l'assumpte es remet al jutjat donant per acabades les diligències policials. Hi ha altres delictes, generalment estafes o alçaments de béns, en els quals s'observa una situació similar. En alguns casos, la pròpia convicció que no es tracta de delictes que mereixin una investigació policial es desprèn inequívocament del contingut dels atestats, en els quals ni tan sols no es fa l'esforç per identificar les persones físiques que representen les persones jurídiques o han utilitzat la seva cobertura per cometre algun fet delictiu. Simplement es ressenya la persona jurídica com a hipotètica implicada i es remeten les diligències al jutjat.

Aquests casos són simptomàtics de l'influx predominant que en l'actuació policial té el paper de garant de la seguretat ciutadana sobre el d'investigador dels delictes. Això és, sembla que els delictes s'investiguin amb més o menys profunditat en funció del grau en el qual afectin la seguretat ciutadana, concepte que es fa elàstic i l'àmbit del qual queda determinat per les polítiques criminals que en cada cas es promouin des de l'Executiu.

Aquesta situació, que és inherent a la promiscuïtat de funcions policials i a la prevalença de la dependència orgànica (comandaments naturals) sobre la funcional (jutges, en el marc d'investigacions concretes), és, fins a cert punt, comprensible. Almenys, la instrucció judicial evitarà la impunitat. Més qüestionables solen ser certes rutines policials.

Primer exemple. En una investigació que es considera policialment tancada, quan el cert és que res no s'ha investigat, l'instructor oficia la policia perquè realitzi gestions tendents a l'esclarament dels fets i, en concret, a la determinació de la identitat de les persones responsables, ofici que arriba a concretar alguns elements substancials del que ha de ser investigat. La resposta tardana que es remet al jutjat és un ofici que recorda a l'instructor que pels mateixos fets es va confeccionar un atestat i es va remetre al jutjat. Amb aquesta finalitat, s'adjunta, amb l'ofici, còpia de l'atestat que, evidentment, ja obra al jutjat. Una altra modalitat de resposta davant la petició judicial que s'investiguin els fets és la sintètica fórmula «no consta» cap denúncia presentada pels fets esmentats i cap atestat incoat.

Segon exemple. En una altra investigació similar, el jutge demana a la policia que amplii un atestat i, a aquest efecte, que esbrini, entre altres coses, les dades

d'identitat de certes persones sobre les quals l'única informació que consta són els seus números de telèfon, els quals estan detallats. La resposta policial és un ofici en el qual es diu que per poder accedir a la informació esmentada cal que se sol·licitin pel jutjat les dades a les companyies telefòniques, quan el cert és que el primer ofici lliurat directament a la policia ja comissionava per si mateix totes les gestions conduents al compliment d'allò ordenat.

Tercer exemple. De vegades, passa una altra pràctica estranya que té difícil explicació: la policia realitza, en el marc de les primeres diligències, una inspecció ocular que documenta en un reportatge fotogràfic. Remet un atestat breu al jutjat donant per conclosa la seva intervenció, si bé no s'arriba a remetre mai el reportatge fotogràfic, que queda als arxius policials. L'atestat, o bé defuig l'existència del reportatge (la qual cosa el jutjat descobreix posteriorment, quan aconsegueix la veritable investigació), o bé la refereix, encara que posant en relleu que es troba als arxius policials i que serà remès al jutjat, en cas que així ho sol·liciti.

Quart exemple. En el marc de la investigació judicial, s'oficia la policia perquè esbrini el lloc on es pot trobar una persona concreta de la qual se sospita que ha comès un delictes i de la qual se sap que podria raure en una localitat concreta. La resposta, no inusual, és «consultat el padró d'habitants d'aquesta localitat, el subjecte no consta inscrit». És més vistosa la resposta quan es contrasta amb una altra pràctica policial d'encaix legal complex: «les trucades requisitòries policials de detenció». En aquest sentit, no és infreqüent trobar atestats remesos al jutjat que continguin la menció següent:

Les gestions encaminades per a la localització i detenció del senyor X han estat, al tancament d'aquestes diligències, negatives. Per tot l'exposat en aquestes diligències policials, i ja que, a criteri de l'instructor (de l'atestat), existeixen indicis suficients per a considerar el senyor X com a autor dels fets, i ja que aquesta persona no ha pogut ser localitzada, des d'aquesta instrucció (policial), s'ha donat d'alta una ordre policial de detenció, a fi que quan es localitzi el senyor X, sigui detingut i se li prengui declaració en relació amb els fets que es refereixen en aquestes diligències.

Deixant de banda la qüestió relativa als dubtes sobre la legalitat d'aquesta praxi,³ tenint en compte que l'atestat ja ha estat remès a l'òrgan judicial, el que seria raonable sol·licitar-li, en cas d'estimar-se necessari, la conveniència de la detenció a fi que l'instructor adoptés la decisió pertinent, contrasta la celeritat d'un cas amb la passivitat en l'altre.

En aquests i altres casos similars, fa la impressió que el fet que els assumptes s'haguessin considerat «policialment tancats», ha pesat més en les respostes que en les peticions judicials, com si els àmbits policial i judicial constituïssin compartiments estancs.

3. Vegeu l'últim article d'aquest dossier, de Xermán Varela i José Luis Ramírez: «Dotze tesis en matèria de detenció policial».

Igual com en altres casos fins ara analitzats, també aquestes pràctiques deixen entreveure una determinada concepció de les institucions implicades, en les quals, efectivament, l'article 126 CE sembla paper mullat.

5. PROPOSTES DE SOLUCIÓ

5.1 LA URGENT NECESSITAT DE REFORMA DEL PROCÉS PENAL

En l'apartat 4 ja he anticipat que, de moment, no sembla imminent una reforma del procés penal, malgrat que n'és patent la necessitat. En síntesi, el model actual no solament impedeix la persecució eficaça de la delinqüència,⁴ sinó que produeix el risc que els propis policies investigadors es burocratitzin per la seva proximitat amb les regles judicials (la vocació, com dèiem abans, de «registrar abans que investigar»), i determina la seva pròpia sobrecàrrega.

Seria convenient, a aquest efecte, «desjudicialitzar» la investigació,⁵ atribuint-la a una policia judicial caracteritzada per les notes d'especialització professional, informació, cooperació internacional, neutralitat i objectivitat i a tractament especial de les formes més greus de delinqüència, sota el paper director del Ministeri Fiscal. Al Ministeri públic li correspondria la direcció de la investigació (en el sentit d'emissió de directrius o instruccions i decisió sobre una investigació específica). Seria, òbviament, el destinatari de la investigació i qui es comunicués amb el jutge quan la seva intervenció fos necessària, que adoptaria la decisió pertinent sobre l'exercici de l'acció penal a la conclusió de la investigació. En aquest model, en la fase d'investigació, el jutge recuperaria el paper natural de tercer imparcial, i se li reservarien les següents funcions:

- a) El control jurisdiccional de qualsevol possible restricció de drets fonamentals.
- b) La garantia de l'objectivitat en la investigació (a través de mecanismes com el recurs contra el tancament de la investigació sense exercici de l'acció penal, davant de queixes per denegació de diligències d'investigació sol·licitades, o davant la prolongació indeguda).
- c) L'adopció de mesures cautelars, tant personals com reals, sense perjudici de l'assegurament immediat que hagi pogut dur a terme la policia.
- d) L'adopció de mesures de protecció que impliquin una major ingerència en drets individuals.
- e) La pràctica de la prova anticipada.

4. Binder (2007), parla de la importància de construir una «visió estratègica de la persecució penal» i es pregunta quin sentit té perseguir cada robatori de vehicle en particular si no es fa res amb els acumuladors, mitjancers i venedors dels altres segments del mercat com he esmentat en el punt 4.3

5. Molts autors defineixen aquest model. Sintetitzant les línies mestres, Carmona Ruano, Miguel: «Hacia un nuevo proceso penal» en *Hacia un nuevo proceso penal*. [Obra colectiva]. Col. Manuales de Formación Continuada. Consell General del Poder Judicial, 2006.

Aquest model, indubtablement més eficaç que el vigent, ja que no produiria les disfuncions que s'han anat relatant en aquest escrit, ha estat, no obstant això, qüestionat per raons polítiques, quan suposa l'atribució de la direcció de la investigació a una institució no imparcial com el Ministeri Fiscal. En aquest sentit, Andrés Ibáñez (2007) destaca que «el debat jutge d'instrucció *versus* fiscal...no remet a una confrontació corporativa, ni tampoc es planteja en termes abstractes, sinó sobre les condicions d'aquest jutge i aquest fiscal» i, per això, conclou: «És un debat que perdria tot el seu sentit quan el segon tingués assegurat un estatut apte per garantir la independència de la seva actuació en funció (només) de les exigències de la legalitat». Des d'aquesta perspectiva, no són tècniques les distàncies que separen els que opten per un o un altre model, sinó polítiques: amaga la discussió sobre com es distribueix el poder de l'Estat en l'àmbit de la persecució penal.

5.2 RECAPITULACIÓ

Dit això, mentre no es faci la necessària reforma, no tot està perdut. Recapitulant, a grans trets la situació actual es caracteritza per les següents notes:

- a) Normativament, la persona que té institucionalment atribuïda la direcció de la investigació és el jutge d'instrucció, ajudat per la policia judicial que en depèn funcionalment, i mantenint la dependència orgànica de l'executiu (Govern de la Nació —Cos Nacional de Policia i Guàrdia Civil—, de les comunitats autònomes —policies autonòmiques— o dels corresponents municipis —policies locals—).
- b) A la pràctica, la policia judicial investiga de manera autònoma i remet el resultat de les indagacions al jutge instructor, que manté una actitud passiva.
- c) Tanmateix, la policia judicial, encarregada de la investigació dels delictes i de l'execució de les decisions judicials, no està separada dels altres cossos de policia, malgrat que les seves funcions són substancialment diferents, per la qual cosa és inevitable que consideracions *seguritàries* pesin sobre la lògica no només de com s'investiga sinó del que ha de ser investigat. Això succeeix no només quan es tracta de la «policia judicial genèrica», sinó també en relació amb la «policia judicial específica» o unitats orgàniques de policia judicial, ja que la Llei orgànica de forces i cossos de seguretat de l'Estat preveu que els funcionaris policials especialitzats que integren aquestes últimes puguin compatibilitzar les seves funcions de policia judicial amb altres orientades a la prevenció de la delinqüència o les que se'ls encarregui com a membres de les forces i els cossos de seguretat de l'Estat, en virtut del major o menor grau d'exclusivitat que els atorgui el Ministeri de l'Interior o els departaments corresponents de les comunitats autònomes.
- d) En relació amb això anterior, existeixen certs fenòmens delictius que, per diferents motius, no solen ser investigats per la policia judicial, sinó directament pel jutge d'instrucció.

- e) Quan és la policia judicial que dirigeix la investigació, es produeixen algunes disfuncions:
- no solen coincidir els objectes de la investigació policial i de la instrucció judicial;
 - aquesta falta de coincidència entorpeix, d'una part, la investigació policial com a mecanisme integral d'abordatge del fenomen delinqüencial, i, d'una altra, la instrucció judicial, que ha de delimitar objectivament i subjectivament l'objecte processal per no fer ingovernable la tramitació de l'expedient;
 - això provoca, igualment, que la policia judicial vegi en el jutge d'instrucció un obstacle per a l'èxit de la investigació, que sol plantejar problemes en un doble pla: el de la competència i el de les garanties processals;
 - no sol haver-hi una relació mínimament fructífera entre policia judicial i jutge d'instrucció.
- f) Quan és el jutge que impulsa la investigació, també apareixen disfuncions motivades, en general, per la convicció policial que els qui han de donar instruccions sobre com investigar i el que ha de ser investigat no són els jutges d'instrucció, sinó els propis comandaments orgànics.

Se'n desprèn que, en definitiva, s'opera amb desconfiança i incomprensió recíproques, com si els àmbits policial i judicial fossin absolutament estancs: la relació institucional es redueix, bé al lliurament dels atestats als jutjats, bé a la petició d'autoritzacions per practicar determinades diligències en drets fonamentals. No existeix una actuació coordinada.

5.3 LA POSICIÓ DEL MINISTERI FISCAL: UNA FIGURA DESAPROFITADA

No ens hem referit fins ara al Ministeri Fiscal perquè, a la pràctica, la seva intervenció en la fase d'investigació és, llevat d'en determinats casos que puguin tenir transcendència mediàtica, purament anecdòtica, ja que, en general, només s'interessa pel procediment a l'acabament de la instrucció quan se li dona trasllat per qualificar. Tanmateix, el cert és que, legalment, no són poques les atribucions que se li encomanen abans de la fase intermèdia.

L'avantprojecte de reforma de l'EL 7/1988, de 28 de desembre, pretenia instaurar el model processal de fiscal director de la investigació, cosa que, finalment, no va tenir lloc, a mercè de les resistències que va provocar. Miranda Estrampes (2003) recorda, referent a això, que el Consell General del Poder Judicial, al seu Informe a l'Avantprojecte, advocava directament per la supressió de les noves facultats i atribucions reconegudes al Ministeri Fiscal i a la policia judicial. A l'informe s'afirmava que: «hi ha una manca de sentit per la inseguretat que genera, mentre subsisteixi la instrucció en el procés penal, que un òrgan jurisdiccional independent i imparcial, amb l'exclusiva funció d'instruir, coexisteixi amb un altre òrgan amb funcions paral·leles i no ben delimitades amb les seves.» Ara bé, de l'intent frustrat de reordenació del procés penal, va quedar una regulació connotada per

l'ambigüitat quant a l'àmbit real de les facultats investigadores del Ministeri Públic, situació que ha mantingut la reforma operada per la Llei 38/2002.

Pel que ara ens interessa, l'article 773 LECr atribueix al Ministeri Fiscal les següents funcions:

- a) L'exercici de l'acció penal. Amb aquesta finalitat, té una obligació inequívoca de personar-se des del moment inicial de la incoació del procediment i en el seu curs li correspon una posició proactiva que li permet instar al jutge d'instrucció la pràctica de diligències de prova o aportar al procediment de les que disposi, així com l'adopció de mesures cautelars o el seu aixecament.
- b) L'impuls i la simplificació de la tramitació del procediment. Com recorda l'esmentat autor, el germen d'aquesta funció la trobem a l'article 3.1 de l'Estatut orgànic del Ministeri Fiscal quan declara que li correspon «vetllar perquè la funció jurisdiccional s'exerceixi eficaçment conforme a les lleis i en els terminis i termes que s'hi estableixen i exercitar, si escau, les accions, recursos i actuacions pertinents». En la mateixa línia, li correspon sol·licitar «la conclusió de la investigació tan aviat com estimi que s'han practicat les actuacions necessàries per resoldre sobre l'exercici de l'acció penal».
- c) Donar ordres generals i particulars a la policia judicial. A continuació del que s'ha exposat en el punt 3.1, la dependència funcional de la policia judicial no solament es predica dels jutges, sinó també, i en relació d'igualtat, dels fiscals, a qui els és aplicable el mateix règim normatiu. S'ha de destacar l'article 20 del Reial decret 769/1987, de 19 de juny, segons el qual: «Quan els funcionaris integrants de les unitats orgàniques de la policia judicial realitzin diligències d'investigació criminal formalment concretades a un supòsit presumptivament delictiu, però amb caràcter previ a l'obertura de la corresponent actuació judicial, actuaran sota la dependència del Ministeri Fiscal corresponent que, en qualsevol moment, podrà fer-se càrrec de la seva direcció; en aquest cas, els membres de la policia judicial actuaran sota la seva dependència directa i practicaran sense demora les diligències que el fiscal els encomani per a l'esbrinament del delicte i descobriment i assegurament del delinqüent».

Quant a les ordres generals, desvinculades de la investigació d'un fet delictiu concret, la Fiscalia General de l'Estat va establir a la Circular 1/1989, de 8 de març, diverses orientacions sobre la manera de donar-les i, segons el parer de Miranda Estrampes, poden ser un instrument útil com a via de comunicació a la policia judicial de les noves línies jurisprudencials en matèria d'investigació delictiva que incideixin directament en l'actuació investigadora policial.

- d) La realització de diligències preprocessals d'investigació. En aquest àmbit, se sap que, una vegada incoat un procediment judicial, el Ministeri Fiscal no pot continuar ni iniciar una investigació en paral·lel sobre els

mateixos fets.⁶ Ara bé, això no significa que a partir d'aquell moment hagi de cessar la relació Ministeri Fiscal-polícia judicial. Summament interessants són, sobre aquest particular, les Instruccions 1/2008 de la Fiscalia General de l'Estat, sobre la direcció pel Ministeri Fiscal de les actuacions de la policia judicial, i 2/2008, sobre les funcions del fiscal en la fase d'instrucció.

La Instrucció 2/2008 diu, significativament, que:

S'ha de desterrar aquest vetust arquetip del fiscal aliè a les vicissituds de la causa i burocràticament circumscrit a despatxar el dictamen corresponent quan s'entra a la Fiscalia [...] Una vegada iniciat, res relatiu al procés penal en curs pot ser aliè al fiscal [...] (i s'ha d'evitar) que es produeixin situacions en què per la seva part només es conegui l'existència del procediment quan hagi finalitzat aquesta fase preparatòria i s'hagi traslladat per qualificar ja que, en definitiva, és en realitat el qui està en millor posició i, per això, defensarà la seva pretensió en l'acte de judici oral, per orientar la instrucció i valorar quan aquesta s'hagi de tancar. [...] (Els fiscals) hauran d'oficiar la policia judicial perquè es duguin a terme diligències concretes que s'estimin necessàries per a la seva ulterior aportació a les diligències judicials [...] (que) hauran d'unir-se al procediment judicial, inexcusablement, sigui quin sigui el seu resultat.

D'altra banda, la Instrucció 1/2008, exposa:

La dependència funcional de la policia judicial respecte del Ministeri Fiscal no té caràcter absolut [...] perquè la responsabilitat sobre l'eficàcia de la política criminal excedeix de les missions que atribueix l'article 124 CE, ja que estan reservades al poder executiu, [...] (per la qual cosa) la policia judicial té un important àmbit d'actuació autònoma [...]

Però també reconeix que les successives reformes legislatives:

han consolidat progressivament la posició activa del Ministeri Fiscal i han produït el conseqüent efecte d'incrementar les seves relacions de direcció-coordinació respecte de la policia judicial.

Per això, a la Instrucció es considera imprescindible que els fiscals procurin:

establir vies per a una comunicació àgil i fluida amb els responsables de les diferents investigacions criminals, sigui quina sigui la fase processal en què es trobin.

Finalment, s'especifica que la posició del Ministeri Fiscal en la seva funció de direcció de la policia judicial serà diferent en cada una de les fases processals. Pel

6. Article 773 LECr últim paràgraf: «El fiscal cessarà les seves diligències tan aviat com tingui coneixement de l'existència d'un procediment judicial sobre els mateixos fets».

que ens interessa ara, en la fase d'investigació preprocessal, s'indica que el fiscal pot assumir la direcció jurídica de les actuacions de la policia judicial en qualsevol moment. En aquesta fase, a més, els fiscals en cap podran donar instruccions generals a les unitats de policia judicial sobre «criteris de preferent investigació, maneres d'actuació, coordinació d'investigacions i altres extrems anàlegs». En el curs de la instrucció judicial, malgrat que la investigació paral·lela estigui vedada, es recorda que «el fiscal pot ordenar a la policia judicial la pràctica de diligències concretes relatives a aspectes puntuals de la investigació», el resultat del qual haurà d'aportar a la causa.

5.4 UNA INTERVENCIÓ ACTIVA DEL MINISTERI PÚBLIC

Una lectura atenta de les disfuncions que hem anat desgranant revela que, en última instància, tot remet la dificultat de coordinar les activitats desenvolupades per dos subjectes institucionals diferents, subjectes a les seves pròpies lògiques, de manera que l'aprofitament dels recursos destinats a la persecució penal sigui òptim.

És patent que la policia judicial, encara que de fet solgui dur a terme la tasca investigadora, no té la condició de part processal (la seva activitat és criminalística, no jurídica, i el seu espai natural és clarament extraprocessal, no intraprocessal), encara que té un evident interès incriminador. D'aquí ve la seva difícil relació amb el jutge d'instrucció, que, encara que tampoc no tingui la condició de part processal, no pot (ni ha de) tenir cap interès acusatori en la instrucció que du a terme. Si ho fes, perdria la imparcialitat, precondition de la funció que exerceix. Només qui constitucionalment i institucionalment té atribuït l'exercici de l'acció penal (qui n'és part) i, per la seva estructura, no es troba territorialment restringit com els jutjats d'instrucció, a la manera dels organismes unicel·lulars, està en condicions de traduir jurídicament la visió estratègica que de la persecució penal tenen les forces i els cossos de seguretat, i de canalitzar-la per obtenir els màxims rendiments que del procés puguin aconseguir-se.

El Ministeri Fiscal està, per això, en disposició de:

- a) Afavorir la correlació entre els objectes de la investigació policial i instrucció judicial i fer possible una persecució més eficaç de la delinqüència.
- b) Superar les limitacions que per a la investigació deriven del disseny de la planta judicial respecte dels jutjats instructors. A aquest efecte, la coordinació amb la policia judicial permetria als fiscals, sense perdre les normes de competència dels òrgans jurisdiccionals, promoure la centralització de determinades actuacions disperses entre diversos jutjats en un de sol.
- c) Orientar, en perspectiva jurídica, la investigació policial. Sota aquesta mirada, seria el Ministeri Fiscal qui faria pròpia, p. e., la petició policial d'entrada i escorcoll, donant-li forma jurídica i presentant-la davant de l'instructor.
- d) Reprendre un paper actiu en aquelles investigacions que impulsa directament l'instructor. La creació de fiscalies especialitzades en determinades figures delictives (com ara els delictes socials), és un clar exponent de la

importància, en termes de persecució penal, d'aquesta qüestió. La possibilitat, en la mateixa línia, que els fiscals en cap de les fiscalies que comptin amb unitat de policia judicial adscrita o els fiscals en cap provincials, a través de la direcció de les corresponents unitats de policia judicial, donin instruccions generals als cossos policials sobre maneres d'actuació, coordinació d'investigacions i altres extrems anàlegs, és d'una enorme potencialitat.

Finalment, aquesta recuperació per al Ministeri Públic d'un espai summament sensible (el marc de la investigació-instrucció), permetria correlativament que el jutge d'instrucció recuperés el seu espai com a tercer imparcial i garantís els drets que la investigació posa en dubte.

Tot això em porta a concloure que, a compte d'una reforma en profunditat del procés penal, la normativa vigent permet pràctiques i maneres de procedir més respectuoses amb els drets i interessos de tots els implicats, allunyades d'una visió inquisitiva-securitària de la investigació, així com també més eficaces, ja que permeten esquivar les disfuncions que he anat analitzant.

Com deia al principi, més transcendent que la pròpia normativa és la predisposició amb què ens hi apropem, l'expectativa de sentit que portem en aproximar-nos a les regles del dret. Tal com conclou Zagrebelsky (2008), amb qui posem fi a aquestes línies: «L'element essencial és prejurídic..., és juridicocultural i es manifesta de forma directa en les accions, els raonaments i els comportaments que formen part de la institució, ja que, en cert sentit i per un temps, són la institució i la fan ser com és».

BIBLIOGRAFIA

- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. «Por un Ministerio Público dentro de la legalidad». *Justicia penal, derechos y garantías*. Lima-Bogotá: Palestra Temis, 2007.
- ASENCIO MELLADO, J.M. «La libertad de movimientos como derecho fundamental». *Manuales de formación continuada*, 22, 2004. Consell General del Poder Judicial.
- BELTRÁN DE FELIPE, M.; GONZÁLEZ GARCÍA, J. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- BINDER, A. *Tensiones político criminales en el proceso penal. Jueces para la Democracia: Información y Debate*, núm. 60, novembre de 2007.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana». *Revista Información y Debate. Jueces para la Democracia*, núm. 49, 2004.
- MIRANDA ESTRAMPES, M. *La reforma del proceso penal*. [Obra col·lectiva]. J.M. Bosch Editor, 2003.
- FERRAJOLI, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta, 2006.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, J.; BACH FABREGÓ, R.; YLLANES SUÁREZ, J.P. *Jurisprudencia procesal-penal del Tribunal Supremo (Un análisis crítico)*. Thomson-Aranzadi, 2007.

LLERA SUÁREZ-BARCENA, E. «La atribución de la actividad investigadora a la policía judicial». *Revista del Poder Judicial*. Número Especial XIX: Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, p. 101-125, 2006.

ZAGREBELSKY, G. *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Trotta, 2008.

ZOLO, D. *La justicia de los vencedores. De Núremberg a Bagdad*. Trotta, 2007.

ZUBIRI DE SALINAS, F. «La Policía Judicial». *Revista del Poder Judicial*, 19 de setembre de 1990.