
LA INSTRUCCIÓ: LA SEVA DIRECCIÓ I LA INVESTIGACIÓ DEL DELICTE. ALGUNES CONTRADICCIONS DEL MODEL ACTUAL

CARLOS RAMOS RUBIO¹

Magistrat de la Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya

Les contradiccions que presenta el nostre model actual d'instrucció penal, en què el jutge d'instrucció ha de compatibilitzar el protagonisme absolut de la investigació dels delictes (que constitueix una funció aliena a allò jurisdiccional stricto sensu) amb la tutela dels drets fonamentals de les persones afectades per la investigació —i fins i tot amb el judici sobre l'obertura del judici oral, afectant amb això la imparcialitat d'aquesta funció, aquesta sí, inequívocament jurisdiccional—, només es podran salvar si la investigació dels delictes s'atribueix a un òrgan com el Ministeri Fiscal, que, pel seu encaix constitucional i processal, es troba en condicions d'assumir aquesta responsabilitat.

In our current model of criminal proceedings, the examining judge has to make compatible the primary role of the criminal investigation, which is a function stricto sensu separate from the judicial sphere, with the protection of the basic rights of the parties affected by the investigation —including the hearing to decide on an oral trial— and thereby affecting the impartiality of the role. This contradiction can only be rectified if the criminal investigation is delegated to a body such as the Public Prosecution which, because of its constitutional and legal position, is well placed to take on this responsibility.

1. EFECTES DE LES INSTRUCCIONS 1 I 2/2008 DE LA FISCALIA GENERAL DE L'ESTAT

La publicació el 7 de març de 2008 de la Instrucció 1/2008 de la Fiscalia General de l'Estat (FGE), sobre la direcció pel fiscal de les actuacions de la policia, va produir una petita ciclogènesi judicial. Algun mitjà de premsa² va parlar de «guerra» i de «casus belli», així com de «rebel·lió judicial contra l'ordre del fiscal», precisant que els jutges «veuen en la notificació de la instrucció el dilluns de Setmana Santa, una maniobra i un primer pas cap al fet que la instrucció la dirigeixin els fiscals, però sense canviar la llei».

1. Vull agrair a la direcció de l'Institut de Seguretat Pública de Catalunya l'amable invitació per participar en les Jornades sobre jutges, fiscals i policies, organitzades el mes de març passat, encara que sigui per tractar d'un tema que, si bé no forma part de la meva actual dedicació professional, sempre ha constituït una preocupació personal en la meva antiga activitat de fiscal.

2. *El País*, edicions del 18 i 19 de març de 2008, ambdós articles signats per José Yoldi.

Enmig de l'enrenou provocat, va passar desapercibuda una segona instrucció de la FGE, la 2/2008 del següent 11 de març, dedicada a precisar les funcions dels fiscals durant la instrucció dels sumaris, als quals exhortava a convertir-se en protagonistes d'«una correcta i eficaç investigació» i a exercir una «inspecció permanent de les actuacions instructoras del jutge».

La Junta de Jutges Centrals d'Instrucció de l'Audiència Nacional, a partir del punt cinquè dels acords aprovats el 18 de març de 2008, valorava que:

«Qualsevol diligències practicades a l'empara d'aquesta instrucció podrien estar afectades de nul·litat en trencar, no només el principi de legalitat, sinó els de contradicció, i defensa processal, afavorint investigacions paral·leles, sense control judicial i amb risc greu de solapament de la investigació dirigida pel jutge d'instrucció».³

Es van afegir a aquest rebuig a reconèixer la validesa de les diligències —practicades pel Ministeri Fiscal a l'empara de la conclusió 8 d'aquesta instrucció, «que no haguessin estat prèviament sol·licitades i ordenades pel jutge d'instrucció», tenint en compte el paràgraf final de l'art. 773.2 LECr— totes les associacions de jutges, així com algun sindicat policial.

Fins i tot, el llavors portaveu del CGPJ —al qual es va sumar algun vocal— es va afanyar a mostrar públicament la seva sorpresa per una mesura que, responent a intencions fosques de «manipulació» de les instruccions sumariales per part del govern, podria traduir-se en «investigacions paral·leles» sense control judicial.⁴

A aquest rebuig, no s'hi van unir, en canvi, les associacions de fiscals. Les dues principals associacions de fiscals (AF i UPF) van mostrar una actitud favorable als criteris allí expressats. Fins i tot, la conservadora Associació de Fiscals AF va considerar «excessivament acalorada, corporativa i poc valorada» la resposta que la Junta de Jutges de l'Audiència Nacional va donar a la instrucció del fiscal general de l'Estat. En declaracions a Europa Press, el portaveu d'aquest col·lectiu, Jorge Cabré, va demanar als magistrats que «no treguin les coses d'òrbita», i va explicar que l'ordre del FGE es referia exclusivament a «casos puntuals i concrets en els quals el fiscal pugui demanar

3. L'article de l'edició d'*El País* de 19 de març de 2008 feia referència a com «fonts de la fiscalia» consideraven que «allò que és manifestament nul no és el contingut de les dues instruccions, sinó l'acord de la Junta de Jutges de l'Audiència Nacional, perquè no és matèria de la seva competència i, a més, predetermina el criteri d'una actuació judicial». La guerra estava servida.

4. Això es publicava a l'edició de *Libertad digital* del 18 de març de 2008, on es podia llegir: «El portaveu del Consell General del Poder Judicial, Enrique López, s'ha mostrat sorprès davant la nova maniobra de Cándido Pumpido, destinada al control de la justícia per part del govern. En declaracions a *Libertad Digital*, ha reconegut que «ho hem sabut per la premsa» ahora que ha anunciat un estudi detallat del cas [...]. López ha destacat en declaracions a Europa Press que la posició del fiscal ha de ser de «col·laboració amb el jutge» i no d'«obertura d'investigacions paral·leles». «La investigació, un cop hi ha un procediment judicial i sempre que hi hagi actes d'instrucció, l'hi correspon al jutge», va concloure López. El vocal del CGPJ José Luis Requero ha recordat que la fiscalia, d'acord amb la Llei orgànica d'enjudiciament criminal i amb l'estatut del ministeri públic, ja pot ordenar diligències policials, «sempre que no hi hagi una instrucció judicial oberta», ha remarcat el jutge Requero, «hem d'esperar que el fiscal general no estigui pensant d'atribuir als fiscals facultats per dirigir les actuacions de la policia judicial que suposin, a la pràctica, el desenvolupament d'instruccions paral·leles a les que realitzen els jutges».

diligències en el curs d'una instrucció». «No pot ser que la Junta de Jutges de l'Audiència Nacional consideri la nul·litat de les proves que presentin els fiscals fent ús d'aquesta instrucció», va dir abans de destacar que la legislació empara que el fiscal «impulsi i agilitzi» els procediments judicials i que l'ordre garanteix que totes les diligències sol·licitades pel ministeri públic s'incorporin a la causa, «en sigui quin en sigui el resultat». El portaveu de l'Associació de Fiscals, d'orientació conservadora, també va reclamar «valentia política» als partits perquè obrin un debat sobre el «model d'instrucció» i la possibilitat que els fiscals vagin assumint progressivament la tasca de dirigir les investigacions en detriment dels jutges. No obstant això, va dir que aquest canvi només es podria plantejar si es garantís que el nomenament del FGE es realitzés «de manera independent» al govern de torn. «El problema no és la jerarquia fiscal, sinó que el cim d'aquesta jerarquia sigui veritablement independent», va apuntar.

D'altra banda, la llavors presidenta de la Unió Progressista de Fiscals (UPF), Gabriela Bravo —avui portaveu del CGPJ—, va afirmar que la instrucció de Conde-Pumpido «no aporta cap novetat», ja que es correspon amb una circular que es va redactar el 1989. «Respectem la disconformitat d'aquest grup de jutges però considerem també que no hi ha cap tipus d'absorció d'unes competències que no ens corresponguin», va destacar Bravo en unes declaracions a la Cadena Ser recollides per Europa Press. La UPF va insistir que aquesta mesura està emparada per la Llei d'enjudiciament criminal i l'Estatut orgànic del Ministeri Fiscal. «Des de l'any 1989 existeix una instrucció que estableix que el Ministeri Fiscal pugui intervenir en la fase judicial i fins i tot recórrer a la policia judicial per recollir proves i dades», va argumentar Bravo. De la mateixa manera, va posar en relleu que la instrucció «no trenca el principi de contradicció» ni provoca «una desigualtat d'equilibri entre les parts, sobretot si es té en compte que el Ministeri Fiscal no és una part qualsevol».

Fins i tot, algun mitjà de comunicació⁵ es va permetre recordar llavors, com un precedent poc o gens falaguer, el cas d'una fiscal de l'Audiència Nacional⁶ i d'un informe pericial balístic sobre l'atemptat d'ETA contra José María Aznar (19 d'abril de 1995), en aquell moment candidat a la presidència del govern.⁷

2. REFLEXIONS SOBRE EL MODEL D'INSTRUCCIÓ FISCAL

Tornant a la Instrucció 1/2008, el fiscal general de l'Estat firmant d'aquesta es va afanyar a aclarir que tant aquesta com la correlativa obeïen «al compromís adquirit en

5. El mateix a què es refereix la nota 1, en l'edició del 18 de març.

6. María Dolores Márquez de Prado.

7. Segons es narra en un entrefilet de l'article, l'informe es va sol·licitar al marge del procés seguit contra l'etarra Mikel Azurmendi *Hankas*, però com que el resultat va ser negatiu i «abonava l'absolució» de l'imputat «va decidir no incorporar-lo al sumari». En l'expedient disciplinari obert a la fiscal i al llavors cap seu, Eduardo Fungairiño, se'ls va imposar una sanció per una falta molt greu de «conducta irregular que compromet la dignitat de la funció fiscal», que hauria d'haver anat acompanyada d'una sanció de suspensió de feina i sou de fins a un any, però que es va quedar en una simple multa de 50.000 ptes. per decisió del llavors fiscal general de l'Estat, Cesáreo Ortiz Úrculo. De totes maneres, el gener de 1998 la ministra de Justícia Margarita Mariscal de Gante va deixar sense efecte les sancions.

el discurs d'obertura dels tribunals sobre el desenvolupament del principi acusatori i de potenciació del paper del fiscal en les investigacions». Deia el FGE en el discurs d'obertura de tribunals de l'any 2008, adjunt a la memòria d'aquest exercici que:

Des de fa anys la societat espanyola és un testimoni privilegiat de l'esforç del Ministeri Fiscal per implicar-se més i més en la investigació criminal, obstinació en què estem compromesos des del ple convenciment que la missió constitucionalment assignada de promoure l'acció de la justícia i de defensar els drets dels ciutadans, especialment d'aquells que han sofert els efectes del delictes, així com de garantir la independència dels tribunals, no ens permet romandre al marge de la instrucció dels processos criminals. És el propi legislador qui, com si atengués una línia d'actuació uniforme i constant, ha aprofitat les reformes successives processals per anar atorgant cada vegada més protagonisme al Ministeri Fiscal en aquesta fase prèvia a l'exercici de l'acció penal, iniciativa que ha estat plenament assumida pels integrants de la institució que han acceptat un repte la projecció futura del qual cristal·litzarà en l'anunciada i anhelada modificació de la Llei d'enjudiciament criminal.

Precisament aquesta obstinació ens va fer publicar la Instrucció 2/2008 en la qual s'exhorta als fiscals a participar activament en la fase d'investigació dels procediments penals, aprofitant tots els mecanismes que el legislador ha posat a la nostra disposició per dinamitzar la tramitació processal a través de l'impuls de les actuacions necessàries per a la investigació dels fets il·lícits i els seus autors, assegurant, alhora, la defensa dels drets i interessos dels perjudicats per l'acció criminal. I vam pretendre el mateix amb l'elaboració de la Instrucció 1/2008 que posa èmfasi en l'articulació de les relacions del Ministeri Fiscal amb les unitats de policia judicial com a responsables immediates de l'activitat orientada al descobriment del delictes i identificació dels criminals.

El cert és que aquesta instrucció FGE ens recorda una cosa òbvia: que, davant la indefinició del model constitucional (art. 126 CE), el concepte de policia judicial entre nosaltres segueix sent el *funcional*⁸ i no l'*orgànic*.⁹

Malgrat això, a partir de la regulació de desenvolupament,¹⁰ es pot distingir entre:

- a) Un model de policia judicial *genèric* o de *primer grau* que concerneix *tot-hom* (art. 118 CE i art. 283 LECr), sense perjudici del diferent protagonisme dels diversos cossos policials, ja que al costat dels protagonistes de la *funció* (CNP, GC o les policies d'algunes comunitats autònomes com Catalunya,

8. L'exposició de motius de la LOPJ es refereix a «la funció de la policia judicial» que consisteix en «l'auxili als jutjats i tribunals i al Ministeri Fiscal en la investigació dels delictes i en el descobriment i assegurament dels delinqüents», per afirmar tot seguit que competeix a «tots els membres de les forces i cossos de seguretat, tant si depenen del govern central com de les comunitats autònomes o els ens locals, dins l'àmbit de les seves respectives competències».

9. Com és el cas de l'adoptat en altres sistemes de dret comparat (el portuguès, per exemple).

10. La LOPJ 1985, modificada per la LO 19/2003 de 23 de desembre, i la LOFCSE 1986 desenvolupada pel RD 769/1987 de 19 de juny i pel RD 54/2002 de 18 de febrer.

Euskadi i la comunitat foral de Navarra), hi ha els *col·laboradors específics* per a determinades competències com el contraban (SEVA, LO 12/1995), les muntanyes (agents forestals, L 10/2006), o *genèrics* (policies locals o les policies d'altres comunitats autònomes, en els estatuts de les quals no hi ha la corresponent previsió legislativa en els termes de l'art. 37.1 LOFCSE). La instrucció es permet recordar la legitimitat del SEVA i la validesa processal de les actuacions que dugui a terme en la persecució del contraban en els termes que resulten de l'acord del ple no jurisdiccional de la Sala Segona del TS de 14 de novembre de 2003. De la mateixa manera recorda la capacitació professional a què estan arribant les policies locals en els grans nuclis urbans, i la possibilitat que s'adhereixin al conveni marc de col·laboració, cooperació i coordinació de 20 de febrer de 2007, subscrit entre el Ministeri d'Interior i la FEMP a l'empara d'allò disposat a la LOFCSE i del RD 1571/2007, per poder exercir les funcions de policia judicial, «tant pel que fa a la recepció de denúncies com a la investigació dels fets, en relació amb les infraccions que s'especifiquen en aquest conveni, quan constitueixen falta o delictes menys greus».

- b) I un model de policia judicial *específica* o *en sentit estricte* (art. 548 i s. LOPJ i art. 29 i s. LOFCSE) que fa referència a les *unitats orgàniques de policia judicial* (RD 769/1987), constituïdes d'acord amb els principis de permanència i estabilitat —tot i que no el d'exclusivitat—, així com els d'especialització¹¹ i d'unitat de direcció,¹² amb subjecció estricta o dependència *funcional* respecte de jutges, tribunals i Ministeri Fiscal en l'execució de cometes relatives a la investigació del delictes i el descobriment i assegurament del delinqüent.

La preocupació de la FGE consistia precisament a determinar «l'extensió i el límit de l'actuació investigadora de l'anomenada policia judicial genèrica», davant les «situacions d'incertesa dels agents policials i de desconcert en la percepció social, insostenibles en l'àmbit de la investigació criminal, provocades per resolucions judicials que atorguen una valoració jurídica diferent a les actuacions realitzades per cossos enquadrats en aquest model de policia judicial». La polèmica no es referia al SEVA, la condició de policia judicial genèrica del qual havia estat afirmada, per un acord del ple no jurisdiccional de la Sala Segona del TS, del 14 de novembre de 2003, i per nombroses sentències de l'Alt Tribunal,¹³ a les policies

11. La Instrucció 1/2008 recorda que «en determinats casos, a causa de l'alt grau d'especialització tècnica i professional a què han arribat algunes unitats, se'ls ha atorgat el reconeixement jurídic de policia científica, que els atribueix la condició processal de pèrits en lloc de testimonis en les matèries de la seva especialitat».

12. A aquest efecte es van crear pel RD 769/1987 la comissió nacional i les comissions provincials de policia judicial, amb l'objectiu d'impartir les directrius per obtenir l'eficàcia necessària, particularment en els supòsits en què les conductes delictives desbordin l'àmbit territorial d'un sol òrgan judicial i siguin objecte de procediments tramitats per diversos jutjats.

13. Sentències del TS 2a 392/2006 de 6 d'abril, 888/2006 de 20 de setembre, 343/2007 de 20 d'abril i 671/2008 de 22 d'octubre, entre d'altres.

locals, la intervenció de les quals en determinats delictes de tràfic de drogues va comportar la declaració de nul·litat de les actuacions policials.¹⁴

La pretensió de la Instrucció 1/2008 FGE era contribuir a «la unificació real de la interpretació i l'aplicació del dret, buscant la certesa de l'ordenament jurídic», establint els criteris i les pautes d'actuació que havien de regir l'actuació del Ministeri Fiscal en la funció de direcció *funcional* de la policia judicial tenint en compte que tindria un major protagonisme processal quant als principis acusatori i de contradicció. Es diu en la Instrucció 1/2008 FGE que:

Les successives reformes legislatives, la fita inicial de les quals va ser la LO 7/1988, de 28 de desembre, que va introduir el procediment abreujat a la LECr, amb posteriors modificacions de la llei processal penal i de la introducció de nous procediments penals, han anat consolidant progressivament la posició activa del Ministeri Fiscal, i com a conseqüència han produït l'efecte d'incrementar-ne les relacions de direcció-coordinació respecte de la policia judicial i bandejar l'anterior distanciament històric.

Així, en el cas dels processos tramitats a l'empara de la LO 5/2000, de 12 de gener, reguladora de la responsabilitat penal del menor (LORPM), el fiscal rep directament l'atestat, decideix les diligències que s'han de practicar i ordena directament a la policia judicial les que corresponguin.

D'altra banda, en els processos de la LO 5/1995, de 22 de maig, del Tribunal del Jurat (LOTJ), segons els articles 25, 26 i 28, qualsevol acte d'instrucció exigeix una prèvia imputació, per a la qual el jutge no té competència, per la qual cosa la funció del fiscal en relació amb la formulació d'aquesta, l'ampliació o la petició de les diligències concretes que s'han de practicar, determina la necessitat d'una relació continuada de direcció-coordinació amb els funcionaris policials encarregats de la investigació.

Igualment en l'àmbit dels delictes tramitats d'acord amb les normes sobre procediment per a l'enjudiciament ràpid i immediat de determinats delictes i faltes, en virtut de la reforma parcial de la LECr operada per la Llei 38/2002, de 24 d'octubre, el legislador ha atribuït al Ministeri Fiscal un destacat protagonisme, determinant d'un contacte directe necessari amb les actuacions de la policia judicial.

En els procediments ordinari i abreujat, el fiscal rep còpia de l'atestat i, un cop incoat el que correspon, proposa a l'instructor la pràctica de les diligències procedents, d'aquesta manera conviuen les adoptades a instància seva amb les acordades d'ofici pel jutge. No obstant això, no hi ha res que impedeixi que els senyors fiscals, particularment en els casos que revesteixen certa gravetat o complexitat, facin comparèixer els funcionaris policials per demanar-los explicacions i aclariments i fins i tot per donar-los les instruccions que siguin procedents, en la manera que s'exposa a sota.

Tot això respectant, en tot cas, d'una banda, l'àmbit d'actuació governamental, relacionat amb la política criminal (art. 97 CE) i amb la seguretat ciutadana (art. 104 CE), i de l'altra, l'autonomia organitzativa i de funcionament de la pròpia policia judicial (Circular FGE 1/1989).

14. Per exemple, SAP Madrid 1a 255/2008 de 10 de juny.

La primera recomanació del FGE als diferents fiscals responsables és òbvia pel sentit pràctic que té:

Procuraran 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.

Una de les seves conseqüències, malgrat això, tot i que ja fa temps que es practiqui en determinats serveis especialitzats de diferents fiscalies (anticorrupció, delictes econòmics, jurat), no està exempta de certa polèmica: s'ordena als fiscals contactar abans del judici amb els policies que hi estan citats com a testimonis o pèrits, per demanar-los els aclariments o ampliacions de la informació sobre les causes que siguin necessàries», així com per assegurar-se que els citats haguesin tingut una intervenció «rellevant en relació amb la pretensió punitiva» a fi d'evitar tant «les citacions generalitzades d'agents policials» com «les respostes genèriques o evasives en l'acte del judici oral».

A part d'això, es pretén «actualitzar i ampliar les pautes per les quals s'han de regir els fiscals en la seva funció de direcció jurídica i coordinació de les actuacions de la policia judicial referides a la investigació del delictes i el descobriment i assegurament del delinqüent». Això sobre la base¹⁵ de distingir entre:

- a) Instruccions generals, impartides només pels fiscals en cap i referides a criteris i prioritats de l'activitat investigadora, maneres d'actuar, coordinació «o altres qüestions similars per aplicar-se en assumptes de naturalesa anàloga». Segueix la Instrucció 1/2008 FGE: «La Instrucció 2/1988 i la circular 1/1989 van aprofundir en el desenvolupament del model de policia judicial dissenyat per la Constitució i per la resta de l'ordenament jurídic, establint pautes d'actuació del Ministeri Fiscal per a l'assumpció de la direcció de la investigació policial, referida a la determinació jurídica dels elements i extrems que puguin constituir fonts i mitjans de prova i els requisits per a validar-la, formalment i processal, el compliment dels quals haurà de promoure i fins i tot imposar per a la investigació policial.¹⁶

15. D'acord amb l'art. 773.1 LECr, l'art. 35 LOFCE, els art. 20 i 21 RD 769/1987, l'art. 4.4 EOMF, així com la Instrucció 2/1988 FGE i la Circular 1/1989 FGE.

16. En aquest àmbit de direcció de la policia judicial pel Ministeri Fiscal, també és convenient recordar que l'art. 773.1 LECr estableix que correspon al fiscal (...) donar a la policia judicial instruccions generals o particulars per al compliment més eficaç de les seves funcions (...) i, en la mateixa línia, l'art. 35 LOFCS assenyala que els jutges i tribunals penals i el Ministeri Fiscal tindran, respecte als funcionaris integrants d'unitats de policia judicial que li siguin adscrites (...), entre altres facultats, la de donar ordres i instruccions que siguin necessàries, en execució d'allò disposat en les normes d'enjudiciament criminal i l'Estatut del Ministeri Fiscal, així com de determinar en aquestes ordres el contingut i circumstàncies de les actuacions que interessen a aquestes unitats.

Concretant l'abast d'aquestes disposicions, la Circular 1/1989 assenyala que el contingut de les facultats del fiscal (després de la LO 7/1988, de 28 de desembre) amb vista a la dependència al seu respecte, de la policia judicial, apareix (...) ampliat respecte al contingut inicial de l'article 4.4 de l'Estatut orgànic, que només preveia donar ordres i instruccions en cada cas concret. Ara també es poden impartir instruccions

- b) *Instruccions particulars i ordres*, en el marc d'una investigació concreta i per als fiscals encarregats d'aquesta.

En aquest punt destaca la criticada conclusió 8a, que va ser objecte de la més gran polèmica:

Els senyors fiscals estan facultats legalment per continuar en les funcions de direcció de la policia judicial encara que hi hagi un procediment judicial en curs, per al qual encara en aquests supòsits podran ordenar a la policia judicial la pràctica de diligències concretes referides a aspectes puntuals de la investigació, amb l'objecte i l'obligació d'aportar-les a la causa qualsevol que en fos el resultat, en virtut del principi d'imparcialitat que presideix la seva actuació.

D'altra banda, en la Instrucció 2/2008 s'insisteix en la mateixa línia en recordar que:

Dins d'aquestes comeses que tendeixen a aconseguir l'agilització de la fase d'instrucció els senyors fiscals, en cas necessari, podran oficiar a la policia judicial perquè es duguin a terme les diligències concretes que s'estimin necessàries per a la seva ulterior aportació a les diligències judicials. S'ha de subratllar que aquesta habilitació s'ha d'entendre referida a la pràctica de diligències concretes, sense que en cap cas es pugui desembocar en una investigació fiscal paral·lela a la instrucció judicial. Aquesta habilitació que la llei confereix al fiscal (*vid.* art. 773.1 LECr i circular 1/1989) s'haurà d'utilitzar amb prudència, en casos degudament justificats, ja que fàcilment es poden col·legir les disfuncions i duplicitats que un mal ús d'aquesta pot generar. És clar, a més, que les diligències practicades així s'hauran d'unir al procediment judicial, inexcusablement i en sigui quin en sigui el resultat, tal com ja es ressenyava en la recent Instrucció 1/2008, de 7 de març.

És evident que en el rerefons de la polèmica hi ha la possible reforma de la instrucció penal, sota l'impuls dels vents que vénen d'Europa (Alemanya, Itàlia, França i Portugal) i que imposen l'harmonització dels procediments penals i la creació d'institucions penals internacionals, com el fiscal europeu. L'edició del diari *El Público* del dia 11 d'agost de 2009, en un article signat per Luis Calvo, publicava «La UE

generals, sobre les maneres d'actuar de la policia en la investigació criminal amb vista a prioritats dins de l'activitat investigadora, coordinació amb altres policies (...).

El RD 769/1987 estableix que quan els funcionaris integrants de les unitats orgàniques de la policia judicial realitzin diligències d'investigació criminal formalment concretades a un supòsit presumptament delictiu, però amb caràcter previ a l'obertura de la corresponent actuació judicial, actuaran sota la dependència del Ministeri Fiscal. A aquest efecte, passaran comptes de les investigacions a la fiscalia corresponent que, en qualsevol moment, es podrà fer càrrec de la direcció d'aquestes, cas en el qual els membres de la policia judicial actuaran sota la seva dependència directa i practicaran sense retard les diligències que el fiscal els encomani per a la investigació del procediment penal, (...) el fiscal encarregat de les actuacions (...) podrà (...) ordenar que compareguin en presència seva (...) els funcionaris policials concrets (...) amb la finalitat d'impartir les instruccions que estimi pertinents, indicar les línies d'actuació i controlar el compliment de les seves comeses o l'evolució de les investigacions.

crearà el 2010 la figura del fiscal europeu» i precisava que la presidència espanyola de la UE, prevista per al primer semestre del 2010, pretén marcar «un salt quantitatiu en l'espai europeu de llibertat, seguretat i justícia», i donar «un impuls decisiu a la creació de la fiscalia europea», que s'ocuparà de protegir els interessos financers de la Unió, però més tard ampliarà les seves funcions, per perseguir organitzacions criminals internacionals i delictes de dimensió transfronterera.¹⁷

No es pot dir, malgrat tot, que els vents que sobre aquesta qüestió bufen a Europa siguin plàcids en absolut.

A França, per exemple, d'on hem copiat el nostre model actual d'instrucció penal, el govern acaba de presentar un projecte de reforma que pretén fer desaparèixer la *vella* figura del jutge d'instrucció i confiar la investigació sumarial als fiscals (*parquet*), que de fet —sota el principi d'oportunitat i mantenint la mateixa organització jeràrquica sotmesa al control de l'executiu— des de l'any 2002 ja dirigeixen el 96% de les investigacions.¹⁸ En lloc seu, com a resposta en part a les recomanacions dels experts,¹⁹ es crea la figura del jutge de la instrucció i de les llibertats,²⁰ que haurà d'intervenir per autoritzar les intrusions en els drets fonamentals dels investigats o per imposar al fiscal la realització de certes diligències.

Això no serà així sense polèmica, el Sindicat de la Magistratura s'oposa a aquesta reforma i denuncia al seu web que:

*... la triple logique à l'œuvre dans cet avant-projet de loi : la prise de contrôle de l'ensemble du processus pénal par le pouvoir exécutif, le refus d'envisager une défense enfin conforme aux standards européens et l'absence de limitation réelle de mesures privatives de liberté pourtant largement décriées. Une réforme radicale de notre procédure pénale s'imposait, que le Syndicat de la magistrature appelait depuis longtemps de ses vœux. Irrémédiablement viciée par la suppression sans contrepartie d'un juge indépendant, celle qui s'annonce constitue pour la justice une régression historique qui impose une large mobilisation.*²¹

A més, la reacció de jutges, advocats, funcionaris de presons i altre personal judicial —en total una vintena d'organitzacions— no s'ha fet esperar. El passat 9 de març es van manifestar davant dels edificis judicials per protestar per la refor-

17. Sobre aquesta figura es pot veure «El nacimiento del fiscal europeo», de José Manuel Fernández Aparicio, a la *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, any 8, núm. 17, gener-abril 2004.

18. La font és un article aparegut a *Le Monde* del 2 de març de 2010, firmat per Alain Salles i titulat «La réforme de la justice consacre le pouvoir du parquet».

19. Ens referim a les conclusions del *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, conegut com a *Rapport Leger* pel seu director, Philippe Leger, magistrat i antic advocat general del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees, publicat el setembre del 2009 en resposta a un encàrrec del president i del govern de França, la primera conclusió del qual advocava per la desaparició del jutge d'instrucció contaminat per «l'ambigüïtat de la seva doble funció», investigar i garantir la protecció de drets compromesos per la investigació («il est à la fois Maigret et Salomon»), i la seva substitució per un jutge investit exclusivament per funcions jurisdiccionals.

20. *Juge de l'enquête et des libertés* (JEL). També es crea la figura del Tribunal corresponent.

21. A això també s'hi oposa la Confédération Nationale des Avocats.

ma i per l'escassetesa de mitjans econòmics dedicats a la justícia francesa.²² Els manifestants van al·legar també altres motius de descontentament, com el fet que la població penitenciària (seixanta-dos mil reclusos) superi àmpliament el nombre de places disponibles a les presons gal·les (cinquanta-tres mil) i el pla de tancar unes seixanta presons entre els anys 2015 i 2017, a fi de ser reemplaçades per presons semiprivades.

En fi, la queixa dels magistrats francesos se centra en la manca d'independència davant del govern dels fiscals del país veí, i recorda que el TEDH, per això, els ha denegat la condició d'autoritat judicial.²³ I aquesta és precisament la principal queixa d'aquells que s'oposen a la introducció d'aquest model al nostre país,²⁴ al qual tampoc falten partidaris decidits i no només entre els propis fiscals.

Entre d'altres, Víctor Moreno Catena²⁵ i Antonio María Locar Navarrete dels quals es pot llegir:

El fiscal s'ha d'ubicar, una vegada per totes, en la seva comesa de protegir els interessos de la col·lectivitat a través de l'exercici d'una investigació instructora que correspongui a un model adversarial de justícia penal. El fiscal no ha de ser el contrapès que equilibri els poders de l'instructor *alonsonià*. La seva audiència no té per què ser determinant en la marxa de la instrucció *alonsoniana*. Tot és més fàcil: la instrucció s'ha de confiar al fiscal. D'aquesta manera, es constitueix [el Ministeri Fiscal] en la peça essencial que permet passar del model acusatori-formal de l'*alonsoniana* LECr al model adversarial, quedant aquest [el model acusatori-formal] plenament superat. El fiscal ha de tenir una autonomia funcional instructora plena. El fiscal ha de

22. S'ha de tenir en compte que recentment (2008), en un estudi complet titulat *Systèmes judiciaires européens sobre l'efficacité et qualité de la justice*, el Consell d'Europa ha col·locat França en el lloc 35è sobre 43 en atenció a l'esforç pressupostari efectuat a favor de la seva administració de justícia. En aquest mateix estudi, Espanya apareix al lloc 20è (p. 45 de l'informe).

23. En l'editorial del diari francès *Le Monde* del passat 10 de març de 2010, s'hi podia llegir, amb el títol «*Quelle justice ? : ...le transfert des pouvoirs du juge d'instruction —magistrat indépendant—, vers les magistrats du parquet crée une suspicion inévitable. Dès lors que le lien de subordination hiérarchique des procureurs à la chancellerie n'est pas dénoué, dès lors que leur nomination et l'évolution de leur carrière dépendent du ministère, c'est leur impartialité qui est en question. Notamment dans le cas d'affaires éventuellement embarrassantes pour le pouvoir exécutif ou ses amis. En 2008, la Cour européenne des droits de l'homme avait dénié au parquet, faute d'indépendance, la qualité d'autorité judiciaire. Le gouvernement n'entend pas tenir compte de cet avertissement. C'est tout à fait regrettable pour l'autorité et la légitimité de la justice* ».

24. Entre molts d'altres, vegeu l'article «El fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal», de Perfecto Andrés Ibáñez, a *Teoría & Derecho*, 1, 2007, p. 10-26; o de «¿Fiscal instructor?: pocas ventajas i un enorme inconveniente», de José Garberí Llobregat, a *Diario La Ley* 6.799, 15 d'octubre de 2007; o de «Sobre la conveniencia de atribuir la instrucción penal al Ministerio Fiscal», de Nicolás Cabezudo Rodríguez, publicat a *Revista Jurídica de Castilla León* 14, gener de 2008. També es pot veure Enrique Gimbernat Ordeig a «Contra el fiscal instructor», a «Tribuna Libre», *El Mundo*, 7 juny 2004 (any XV, núm. 5.294), en què es deia: «Si la investigació dels delictes serà dirigida per un fiscal manipulable, com demostra la recent història processal espanyola, i, per definició, no independent, perquè constitucionalment es regeix pel principi de «dependència jeràrquica», si les parts en el procés penal ja no tindran garantides els drets a un investigador predeterminat per la llei i imparcial, i si s'obstaculitza l'esclariment de la veritat material, en desaparèixer del procés penal la prova preconstituïda i la possibilitat de contrastar les contradiccions entre allò declarat en la fase sumarial i en el judici oral, per poder atorgar més credibilitat a alguna de les dues versions contraposades, llavors bona nit Estat de dret i tapa't».

25. Moreno Catena, V. «El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos», a *Teoría & Derecho*, núm. 1, 2007, p. 75-97.

ser la part adversarial instructora imprescindible. Però en tot cas una part. No un subjecte privilegiat pel «poder instructor» que gaudeix l'instructor *alonsonià* de la LECr. Una altra cosa és la projecció orgànica que implica un fiscal vinculat pels principis d'unitat d'actuació i dependència jeràrquica. La perversitat orgànica pot neutralitzar l'actuació del fiscal com a part adversarial? La resposta, en tot moment, ha de ser negativa. La unitat i dependència jeràrquica s'enquista en l'òrgan, no en la funció en la qual, en tot cas, el fiscal ha de gaudir de plena autonomia.²⁶

En les conclusions del curs *Hacia un sistema de instrucción penal más racional y garantista. Fiscal investigador y juez de garantías*, realitzat a Barcelona el novembre del 2008, es deia que:

- a) La definitiva consagració del principi acusatori en el procés penal se sustenta en l'estricta divisió entre el judici, plenament sotmès a la contradicció i publicitat davant un òrgan jurisdiccional no contaminat per actuacions prèvies, i la investigació o procediment preparatori de l'acusació (delimitació de fets i presumptes responsables i decisió sobre l'exercici de l'acció penal).
- b) Es proposa que, en la línia de la majoria de països del nostre entorn cultural, aquesta fase preparatòria s'atribueixi al ministeri públic, sense que sigui exigible en aquesta fase, que no produeix prova, una absoluta igualtat d'armes entre acusador i acusat, i això sens dubte sense perjudici de l'obligació del fiscal de comprovar tots els elements relatius al fet i la responsabilitat, bé de càrrec, o bé de descàrrec de l'encartat.
- c) Ara bé, aquesta fase preliminar ha de quedar sotmesa a un control extern exercit per una altra autoritat diferent, judicial —«jutge de garanties», «jutge de llibertats»—, qui amb independència i imparcialitat, i deslligat completament de la investigació, serveixi d'una banda de salvaguarda dels drets fonamentals de les parts sotmeses al procediment i de l'altra resolgui finalment sobre el sotmetiment o no a judici de la persona contra qui s'exercita l'acció penal.

De totes maneres i tot i les aparences, els models d'instrucció fiscal vigents en dret comparat no són gaire coincidents entre si. Excloent *ab initio* els sistemes de tall anglosaxó, els moviments reformistes estan entre el model alemany i el seu fiscal decisiu, passant pel portuguès, assimilable a l'anterior des d'un punt de vista orgànic per la seva dependència governamental però no des d'una perspectiva funcional, fins a arribar al model italià, destacat per la independència judicial que caracteritza el *pubblico ministero*.

Malgrat tot, si algú pensa que el fet que la instrucció l'assumeixi el fiscal posarà fi a casa nostra als problemes de relació o de diferència de criteri entre

26. Lorca Navarrete, A. M. «Algunas propuestas para una necesaria reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal» *Diario La Ley* núm. 6.057, secció «Doctrinas», 8 de juliol de 2004, any XXV, ref. D-150, editorial La Ley.

polícies i operadors judicials està equivocat. María Miranda²⁷ ens mostra un petit exemple d'això arran de la posada en llibertat de cinc suposats atracadors detinguts a Madrid a bombo i platerets per la policia, a partir de la qual s'havia difós públicament el vídeo abans de resoldre'n la situació personal sense que, pel que sembla, se'n proporcionés cap còpia al fiscal i al jutge responsables de la investigació. El curiós és que gairebé una setmana després de la posada en llibertat i enmig de la polèmica creada, la fiscalia de Madrid va modificar el seu criteri i va sol·licitar al Jutjat d'Instrucció número 2 de Madrid la detenció «immediata» dels cinc suposats atracadors. També es va cursar instrucció a la fiscalia de Vigo perquè se sol·licités al jutge d'aquesta localitat la mateixa mesura, ja que aquest investigava el grup de delinqüents amb anterioritat i el jutge de Madrid s'havia inhibit del cas a favor del seu company de Vigo. Deia la periodista que «el nivell d'enfrontament al qual han arribat dues de les principals institucions encarregades de la seguretat ciutadana (FGE i DGP), no s'havia produït amb anterioritat, o almenys no havia transcendit d'aquesta manera a la societat».

3. LA FASE D'INSTRUCCIÓ

Com ja se sap, en l'actualitat el procés penal espanyol incorpora una fase inicial d'esclariment dels fets, anomenada fase d'instrucció, que des dels seus orígens al segle XIX ha estat encomanada a un jutge anomenat precisament *jutge d'instrucció*. Aquest model de procés penal, malgrat les reformes sofertes per la nostra antiga i perjudicada Llei d'enjudiciament criminal, és vigent a Espanya des del 1882 i, abans, des de la llei provisional de 1872, inclosa la compilació general de les disposicions vigents en matèria criminal de 1879.

A ningú no se li fa estrany que actualment, i des de ja fa temps, s'hagi obert al nostre país un intens debat al voltant de l'ambigüitat de la figura del jutge instructor i la seva incapacitat institucional tant per garantir de manera efectiva el rigorós respecte de les garanties que han estat reconegudes als interventors en el procés, d'una banda, com per emprendre, de manera eficaç i compromesa amb les necessitats socials en matèria de seguretat, la tasca diària d'investigació dels delictes, debat amb el qual es pretén contribuir a l'actualització de les estructures processals i al paper que han d'exercir les diferents institucions i subjectes afectats pel sistema penal, i en especial el Ministeri Fiscal.

En aquest sentit no han faltat aquells que han denunciat l'adulteració patida pel nostre procés penal, pel que fa a la instrucció dels delictes, en relació amb el seu plantejament original, fins al punt de fer-lo difícilment reconeixedor.²⁸

27. Miranda, M. «Enfrentamiento institucional: duelo dialéctico entre el Fiscal General del Estado y la Policía», *La Tribuna del Derecho*, setmana de l'1 al 15 de juliol de 2006.

28. És especialment lúcida sobre aquesta qüestió l'anàlisi de Víctor Moreno Catena a «El papel del juez y del fiscal durante la investigación del delito» a publicacions del Consell General del Poder Judicial, *Manuales de Formación Continuada*, any 2005.

La fase d'instrucció ha deixat de ser una fase processal de durada breu, reservada i merament instrumental del procés, i s'ha convertit en una fase interminable, el progrés i els resultats de la qual devenen freqüentment del domini públic i els efectes de la qual es tornen greument condicionants de la sentència definitiva.

En efecte, la realitat diària demostra la incapacitat del sistema per complir el termini del mes que per a la instrucció dels sumaris per delictes preveia —preveu— com a desideràtum l'art. 324 LECr.²⁹ De fet, en el nostre sistema com en els altres sistemes continentals de tall napoleònic, la instrucció s'ha convertit en el punt central del procés penal, tant pel que fa a la troballa de la veritat material, mitjançant la capacitat estigmatitzadora del processament o de la imputació judicials, com pel que fa a l'apaivagament de la vindicta pública i a la repressió del delictes, mitjançant la perversió de la finalitat de les mesures cautelars, especialment de la presó provisional, convertida així en un veritable avenç o provisió de la pena definitiva,³⁰ si no en un instrument propiciador determinant de la investigació, per més reformes que s'hagin fet sobre aquesta qüestió.³¹

La finalitat original de la instrucció, procurar els elements que les parts requereixen per sustentar les seves posicions al *plenari*, que permetia concebre-la com una veritable fase *preparatòria* del judici oral, ha cedit en gran part davant del creixent valor intrínsec de les diligències sumariales en el resultat final, encara que es prevegi només per a supòsits taxats, relacionats tant amb la pèrdua dels mitjans de prova en general (art. 730 LECr), com també amb les contradiccions, les evasives i els silencis de testimonis, pèrits i acusats (art. 46.5 LOTJ),³² si bé exigint que la diligència sumarial s'hagués practicat en condicions compatibles amb la contradicció.

S'ha de tenir en compte que, precisament per això, la rapidesa i l'agilitat amb què eren concebudes les diligències d'instrucció pel legislador processal vuitcentista, orfes de solemnitats excessives, més pròpies del judici oral, sabut el valor

29. L'art. 5.2 preveu, malgrat tot, una durada superior per a les diligències preprocessals realitzades pel Ministeri Fiscal quan diu que: «La durada d'aquestes diligències haurà de ser proporcionada a la naturalesa del fet investigat, sense que pugui excedir de sis mesos, excepte que s'acordi una pròrroga mitjançant un decret motivat del fiscal general de l'Estat. No obstant això, les diligències d'investigació en relació amb els delictes als quals es fa referència en l'article 19.4 del present Estatut, tindran una durada màxima de dotze mesos excepte que s'acordi una pròrroga mitjançant decret motivat del fiscal general de l'Estat.»

30. Encara és molt present l'acalorat debat públic obert en relació amb les diferents respostes judicials ofertes en aquest punt en els anomenats casos Palau de la Música o Millet, instruït per un jutjat de Barcelona, i Pretòria, instruït per un jutjat central d'instrucció. A manera de petit reflex de les pressions *públiques* exercides sobre l'instructor del cas Palau perquè disposés la presó provisional dels principals implicats, a petició de la fiscalia (amb arguments sòlids) i de l'acusació particular, recomano la lectura de l'article «El caso Millet suscita el debate sobre cuándo decretar prisión preventiva», publicat a La Vanguardia.es l'1 d'octubre de 2009, per Javier Ricou, en què es recollia l'estat d'opinió dels representants associatius de jutges i fiscals.

31. Ens referim a la disposició final 2a.5 de la LO 5/1995, de 22 de maig, i a la LO 8/1995, de 16 de novembre.

32. El TS ha admès el valor incriminadori per sustentar una condemna de les declaracions sumariales no només de testimonis que no han pogut ser localitzats en la fase del judici oral (STS 2a 16/2005, de 21 gener i 17/2005 de 3 de febrer), sinó també d'acusats (per terrorisme) que es van negar a estar a la sala on se'ls jutjava, i per tant a declarar sobre els fets (STS 2a 278/2005, de 2 de març) o que simplement es van negar a declarar (STS 2a 788/2004, de 18 juny i 3/2008, d'11 gener) o que van declarar de manera diferent (STS 2a 1191/2004 de 21 d'octubre).

limitat i provisional, ara resulten moltes vegades embarassades per l'obsessió de l'instructor i, especialment, dels acusadors per proveir-se de *proves de càrrec* inatacables per al plenari, introduint moltes vegades sense sentit en aquesta fase inicial les solemnitats pròpies de les del plenari.

Si bé és cert que la publicitat del judici oral no és *propio sensu* transplantable a la instrucció dels delictes (art. 302 LECr), ningú ho diria en veure a la televisió les gravacions de les declaracions sumariales d'alguns imputats, ara que, en virtut de la vigent LEC i de la implantació dels mitjans adequats, aquest material es troba a l'abast dels informadors.³³ Sembla que s'ha assumit en l'actualitat que la *publicitat* de la instrucció, de totes les actuacions i diligències que s'hi practiquen, és la regla, sense reparar les conseqüències que deriven d'aquesta mesura.

No em proposo criticar l'exercici de la llibertat d'informació enfrontada al secret *genèric* del sumari,³⁴ però és indubtable que determinats tractaments informatius de les investigacions judicials dels delictes afecten irremediablement la *presumpció d'innocència* com a regla de tractament de l'imputat, que ha de ser tractat com a innocent durant tot el procés.³⁵

S'ha dit amb raó que la funció d'investigar delictes excedeix molt les comeses pròpies d'un jutge, que la Constitució (art. 117.4) limita en exclusiva a jutjar i fer executar allò jutjat i a les competències que li atribueixi la llei en garantia de qualsevol dret.

Ara com ara, el jutge d'instrucció espanyol pot decidir d'ofici sobre l'obertura de la instrucció, amb els consegüents efectes sobre la interrupció de la prescripció, i és qui ha de formular la imputació contra un subjecte. En garantia de l'investigat i per evitar que s'obrin procediments penals sense fonament, també li correspon rebutjar la denúncia o no admetre la querrela quan entengui que els fets no són constitutius de delicte, si bé la jurisprudència constitucional exigeix que la causa de rebuig *ad limine* sigui meridianament clara dels propis termes de l'actuació de part o que, en un altre cas, l'instructor realitzi una mínima activitat de comprovació dels fets abans de tancar el procediment.

33. Ens referim, sens dubte, a les declaracions dels imputats del cas Palau de la Música o Millet, algunes de les quals es poden veure avui a Internet, en l'adreça següent que facilita únicament per un interès merament acadèmic i exemplificatiu:

<http://www.rtve.es/noticias/20091030/cuelgan-internet-video-declaracion-del-presidente-del-palau-felix-millet-ante-juez/298346.shtml>.

34. Jo mateix vaig escriure un breu comentari sobre el tema ja fa alguns anys a «Llibertat d'informació i secret sumarial», treball publicat conjuntament per l'Asociación Catalana de Juristas y Demócratas i Jueces para la Democracia, al volum titulat *Funció jurisdiccional i accés a la informació (Jornades sobre periodisme, justícia i societat)*, editat a Barcelona el juny de 1998 (p. 65-74). Per les altres coses sempre he pensat que l'atenció informativa constitueix una garantia del bon funcionament de l'Administració de justícia i de la funció judicial en particular.

35. El cas més sagnant que recordo és el de la portada de l'ABC de Sevilla del dia 28 de novembre de 2009, dissabte, en la qual apareixia la imatge perfectament reconeixible d'un home que havia estat detingut (poc després es va saber que no n'hi havia motiu) a Tenerife per haver maltractat i matat una nena (filla de la seva xicoteta), amb el titular «La mirada del asesino de una niña de tres años».

En canvi sobre la publicitat informativa als judicis orals i, en especial, allò que es refereix al tractament de la imatge dels acusats, que també té connotacions negatives per a la presumpció d'innocència, es pot veure l'article signat per Vicente J. Navarro Marchante «Las imágenes de los juicios: aproximación a la realidad en España», publicat a *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, juliol de 2007.

El jutge d'instrucció també està facultat per ordenar d'ofici les diligències d'investigació que consideri oportunes —així com per admetre o rebutjar les que li siguin proposades per les acusacions—, per la qual cosa no hi ha dubte que, fins a cert punt, està compromès amb el seu èxit, cosa que pot topar amb la funció de garant dels drets de l'imputat. Com sosté algun autor,³⁶ precisament per això, el sistema presenta un «evident dèficit en la seva estructura i disseny», ja que la responsabilitat per a l'èxit de la investigació no és sempre compatible amb la funció de garantia dels drets de l'imputat, que es veuen afectats en la instrucció.

Això significa que s'atorga la direcció de la investigació precisament a qui és aliè al resultat, atès que no haurà de participar en el debat oral sobre les conseqüències. El jutge d'instrucció investiga per a les parts. Precisament per això, la iniciativa judicial en la investigació provoca amb freqüència la inhibició d'aquestes últimes —Ministeri Fiscal inclòs—,³⁷ que per això no assumeixen cap responsabilitat per l'èxit o el fracàs d'aquesta fase del procediment. I la inhibició d'aquestes provoca inevitablement en la majoria dels casos la pròpia relaxació judicial.

D'altra banda, el jutge d'instrucció és qui formula la imputació, ja sigui d'ofici o ja sigui acollint la d'una part acusadora, sense la qual no és possible obrir el judici oral, cosa que tampoc constitueix cap funció jurisdiccional *propio sensu*, decantant-se per una idea concreta de responsabilitat del subjecte passiu sense que hagi precedit un judici contradictori.

Tot això fa que la funció essencial del jutge com a garant dels drets de l'imputat es vegi, en ocasions, perjudicada per la seva implicació en el resultat de la instrucció, amb el risc de comprometre'n la imparcialitat i amb la perversa conseqüència d'instrumentalitzar la seva funció de garant per assegurar l'èxit.³⁸ No és menys perversa l'alternativa, afavorida per determinades inèrcies burocràtiques, de jutges d'instrucció que ja han descomptat la seva funció d'investigar, davant les contradiccions que es troben en resoldre sobre l'afectació dels drets fonamentals, i s'abstenen d'implicar-se d'alguna manera en la tasca d'esclariment dels fets, en aquest cas en perjudici de les víctimes (art. 13 LECr).

En darrer terme, és el propi jutge qui decideix sobre el moment de conclusió de la investigació, sense subjecció a termini, cosa que en pot comprometre la imparcialitat, encara que les parts la puguin instar, i sobre l'obertura del judici oral,

36. Ens referim a Víctor Moreno Catena en l'article abans citat.

37. Així s'explica el que es diu en la Instrucció 2/2008 FGE. De totes maneres és encomiable l'assumpció de responsabilitats de determinats fiscals, entre els quals desitjo ressenyar aquells que s'encarreguen de les investigacions del cas Palau de la Música o Millet, els desvetllaments dels quals no es veuen sempre recompensats per l'instructor, sense que això vagi en demèrit d'aquest, la capacitat del qual per assumir les seves pròpies responsabilitats (tant la de l'instructor com la del garant) també és digna d'elogi. Cadascú té el seu paper.

38. La finalitat de reforma operada en matèries de presó provisional per la LO 5/1995 va ser, entre d'altres, evitar que les presons provisionals fossin utilitzades com a mitjans coactius per obtenir confessions per jutges d'instruccions excessivament implicats en el resultat de les seves investigacions. No s'explica per què no s'ha decidit el mateix amb les altres mesures restrictives de drets fonamentals (intervencions telefòniques, entrades i escorcolls, etc.), per a les quals els riscos no són menors.

en virtut d'una actuació investigadora que ell mateix ha dut a terme i amb la qual inevitablement està compromès, tenyeix de parcialitat el judici sobre l'acusació.

D'altra banda, l'estructura del procés de vegades ens fa oblidar que qui de fet investiga el delicte és la policia judicial, que és qui té la formació i l'estructura professional adequada per fer-ho, qui rep habitualment les denúncies dels perjudicats i qui, per les seves funcions de prevenció en matèria de seguretat pública, està en millors condicions per descobrir la comissió dels delictes i localitzar-ne els autors.

4. CONCLUSIÓ

Així, doncs, la insatisfacció que provoca l'actual model d'instrucció en el nostre procés penal ens obliga a plantejar-nos la conveniència que l'òrgan que investigui els fets assumeixi la responsabilitat del resultat en la fase decisiva del judici oral i no es trobi, al mateix temps, implicat en la tutela dels drets dels que resultin afectats per la investigació.

La imparcialitat judicial i el principi acusatori ho demanen.

No té res d'estrany que aquest òrgan pugui ser el Ministeri Fiscal, pel seu encaix constitucional i processal.

Des d'aquest punt de vista, em sento plenament conforme amb les conclusions i propostes de reforma dels meus antics companys de la UPF adoptades en el XXIV congrés celebrat a Burgos el juny de 2009.