
LA INSTRUCCIÓN: SU DIRECCIÓN Y LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO. ALGUNAS CONTRADICCIONES DEL ACTUAL MODELO

CARLOS RAMOS RUBIO¹

Magistrado de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Las contradicciones que presenta nuestro actual modelo de instrucción penal, en el que el juez de instrucción debe compatibilizar el protagonismo absoluto de la investigación de los delitos —que constituye una función ajena a lo jurisdiccional *stricto sensu*—, con la tutela de los derechos fundamentales de las personas afectadas por dicha investigación, incluido el juicio sobre la apertura del juicio oral, afectando con ello la imparcialidad de esta función, esta sí, inequívocamente jurisdiccional, solo podrán salvarse si la investigación de los delitos se atribuye a un órgano como el Ministerio Fiscal, que, por su encaje constitucional y procesal, se halla en condiciones de asumir dicha responsabilidad.

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 strictu 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. EFECTOS DE LAS INSTRUCCIONES 1 Y 2/2008 DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

La publicación el 7 de marzo de 2008 de la Instrucción 1/2008 de la Fiscalía General del Estado (FGE), sobre la dirección por el fiscal de las actuaciones de la policía, produjo una pequeña *ciclo génesis* judicial. Algún medio de prensa² habló de «guerra» y de «*casus belli*», así como de «rebelión judicial contra el orden del fiscal», precisando que los jueces «ven en la notificación de la instrucción en Lunes Santo, una maniobra y un primer paso hacia que la instrucción la dirijan los fiscales, pero sin cambiar la ley».

En medio de la vorágine desatada pasó desapercibida una segunda Instrucción de la FGE (núm. 2/2008), del siguiente día 11 de marzo, dedicada a precisar

1. Quiero dar las gracias a la Dirección del Instituto de Seguridad Pública de Cataluña por la amable invitación para participar en las Jornadas sobre jueces, fiscales y policías, organizadas en marzo pasado, aunque sea para tratar de un tema que, si bien no forma parte de mi actual dedicación profesional, siempre ha constituido una preocupación personal en mi antigua actividad de fiscal.

2. EL PAÍS, ediciones del 18 y del 19 de marzo de 2008, en sendos artículos firmados por José Yoldi.

las funciones de los fiscales durante la instrucción de los sumarios, a los que se exhortaba a convertirse en protagonistas de «una correcta y eficaz investigación» y a ejercer una «inspección permanente de las actuaciones instructoras del juez».

La Junta de Jueces Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional, a partir del punto quinto de los Acuerdos aprobados el 18 de marzo de 2008, valoraba que:

Cualesquiera diligencias practicadas al amparo de esa Instrucción, podrían estar afectadas de nulidad al quebrantar, no sólo el principio de legalidad sino los de contradicción, y defensa procesal, propiciando investigaciones paralelas, sin control judicial y con riesgo grave de solapamiento de la investigación dirigida por el juez de Instrucción.³

Se añadieron a este rechazo a reconocer la validez de las diligencias que practicadas por el Ministerio Fiscal al amparo de la conclusión 8 de dicha Instrucción, «no hubieren sido previamente solicitadas y ordenadas por el juez de Instrucción», teniendo en cuenta lo dispuesto en el párrafo final del art. 773.2 LECr todas las asociaciones de jueces así como algún sindicato policial.

Inclusive, el entonces portavoz del CGPJ —al que se sumó algún que otro vocal— se apresuró a mostrar públicamente su sorpresa por una medida que, respondiendo a oscuras intenciones de «manipulación» por el Gobierno de las instrucciones sumariales, podría traducirse en «investigaciones paralelas» sin control judicial.⁴

A este rechazo no se unieron, en cambio, las asociaciones de fiscales. Las dos principales asociaciones de fiscales (AF y UPF) mostraron una actitud favorable a los criterios allí expresados. Incluso, la conservadora Asociación de Fiscales AF consideró «excesivamente acalorada, corporativa y poco valorada» la respuesta que la Junta de Jueces de la Audiencia Nacional dio a la instrucción del fiscal general del Estado. En declaraciones a Europa Press, el portavoz de este colectivo,

3. El artículo de la edición de EL PAIS de 19 de marzo de 2008 hacía referencia a como «fuentes de la Fiscalía» consideraban que «lo que es manifiestamente nulo no es el contenido de las dos instrucciones, sino el acuerdo de la Junta de Jueces de la Audiencia Nacional, porque no es materia de su competencia y, además, predetermina el criterio de una actuación judicial». La guerra estaba servida.

4. Tal cosa se publicaba en la edición de LIBERTAD DIGITAL del 18 de marzo de 2008, donde podía leerse: «El portavoz del Consejo General del Poder Judicial, Enrique López, se ha mostrado sorprendido ante la nueva maniobra de Cándido Pumpido, destinada al control de la justicia por parte del Gobierno. En declaraciones a *Libertad Digital*, ha reconocido que «nos hemos enterado por la prensa» a la par que ha anunciado un estudio detallado del caso [...] López ha destacado en declaraciones a Europa Press que la posición del fiscal debe ser de colaboración con el juez» y no la de «apertura de investigaciones paralelas». «La investigación, una vez que existe un procedimiento judicial y siempre que haya actos de instrucción le corresponde al juez», concluyó López. El vocal del CGPJ José Luis Requero ha recordado que la Fiscalía, de acuerdo con la Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal y con el Estatuto del Ministerio Público, ya puede ordenar diligencias policiales, «siempre que no exista una instrucción judicial abierta». En este sentido, «y a falta de conocer, de primera fuente, el contenido íntegro de la Instrucción», ha subrayado el juez Requero, «es de esperar que el fiscal general no esté pensando en atribuir a los fiscales facultades para dirigir las actuaciones de la policía judicial que supongan, en la práctica, el desarrollo de instrucciones paralelas a las que realizan los jueces».

Jorge Cabré, pidió a los magistrados que «no saquen las cosas de órbita», y explicó que la orden del FGE se refería exclusivamente a «casos puntuales y concretos en los que el fiscal pueda pedir diligencias en el curso de una instrucción». «No puede ser que la Junta de Jueces de la Audiencia Nacional considere la nulidad de las pruebas que presenten los fiscales haciendo uso de esta instrucción», señaló antes de destacar que la legislación ampara que el fiscal «impulse y agilice» los procedimientos judiciales y que la orden garantiza que todas las diligencias solicitadas por el Ministerio Público se incorporen a la causa, «sea cual sea su resultado». El portavoz de la Asociación de Fiscales, de orientación conservadora, también reclamó «valentía política» a los partidos para que abran un debate sobre el «modelo de instrucción» y la posibilidad de que los fiscales vayan asumiendo progresivamente la tarea de dirigir las investigaciones en detrimento de los jueces. No obstante, señaló que este cambio sólo se podría plantear si se garantizara que el nombramiento del FGE se realiza «de forma independiente» al Gobierno de turno. «El problema no es la jerarquía fiscal, sino que la cúspide de esa jerarquía sea verdaderamente independiente», apuntó.

Por su parte, la por entonces presidenta de la Unión Progresista de Fiscales (UPF), Gabriela Bravo —hoy portavoz del CGPJ—, afirmó que la instrucción de Conde-Pumpido «no aporta ninguna novedad», ya que se corresponde con una circular que se redactó en 1989. «Respetamos la disconformidad de este grupo de jueces pero consideramos también que no hay ningún tipo de absorción de unas competencias que no nos correspondan», destacó Bravo en unas declaraciones a la Cadena Ser recogidas por Europa Press. La UPF insistió en que esta medida está amparada por la Ley de enjuiciamiento criminal y el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal. «Desde el año 1989 existe una instrucción que establece que el Ministerio Fiscal pueda intervenir en la fase judicial e incluso recurrir a la policía judicial para recoger pruebas y datos», argumentó Bravo. De igual modo, puso de relieve que la instrucción «no quiebra el principio de contradicción» ni provoca «una desigualdad de equilibrio entre las partes, sobre todo si se tiene en cuenta que el Ministerio Fiscal no es una parte cualquiera».

Incluso, algún medio de comunicación⁵ se permitió recordar por entonces, como un precedente poco o nada halagüeño, el caso de una fiscal de la Audiencia Nacional⁶ y de un informe pericial balístico sobre el atentado de ETA contra José María Aznar (19 de abril de 1995), en ese momento candidato a la presidencia del Gobierno.⁷

5. El mismo a que se refiere la nota 1, en la edición del 18 de marzo.

6. María Dolores Márquez de Prado.

7. Según se relataba en un recuadro del artículo, el informe fue solicitado al margen del proceso seguido contra el etarra Mikel Azurmendi *Hankas*, pero como su resultado fue negativo y «apoyaba la absolución» del imputado «decidió no incorporarlo al sumario». En el expediente disciplinario abierto a la fiscal y a su entonces jefe, Eduardo Fungairiño, se les impuso una sanción por una falta muy grave de «conducta irregular que compromete la dignidad de la función fiscal», que debería haber llevado aparejada una sanción de suspensión de empleo y sueldo de hasta un año, pero que se quedó en una simple multa de 50.000 ptas. por decisión del entonces fiscal general del Estado, Cesáreo Ortiz Úrculo. De todas formas, en enero de 1998 la ministra de Justicia Margarita Mariscal de Gante dejó sin efecto las sanciones.

2. REFLEXIONES SOBRE EL MODELO DE INSTRUCCIÓN FISCAL

Volviendo a la Instrucción 1/2008, el fiscal general del Estado firmante de la misma se apresuró a aclarar que tanto ella como la correlativa obedecían «al compromiso adquirido en el discurso de apertura de los tribunales sobre el desarrollo del principio acusatorio y de potenciación del papel del fiscal en las investigaciones». Decía el FGE en su discurso de apertura de tribunales del año 2008, unido a la Memoria de ese ejercicio que:

Desde hace años la sociedad española está siendo testigo privilegiado del esfuerzo del Ministerio Fiscal por implicarse más y más en la investigación criminal, empeño en el que estamos comprometidos desde el pleno convencimiento de que la misión constitucionalmente asignada de promover la acción de la justicia y de defender los derechos de los ciudadanos, especialmente de quienes han sufrido los efectos del delito, así como de garantizar la independencia de los Tribunales, no nos permite permanecer al margen de la instrucción de los procesos criminales. Es el propio legislador quien, como si atendiera a una línea de actuación uniforme y constante, ha aprovechado las sucesivas reformas procesales para ir otorgando cada vez mayor protagonismo al Ministerio Fiscal en esta fase previa al ejercicio de la acción penal, iniciativa que ha sido plenamente asumida por los integrantes de la Institución que han aceptado un reto cuya proyección futura cristalizará, previsiblemente en la anunciada y anhelada modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Precisamente este mismo empeño nos llevó a publicar la Instrucción 2/2008 en la que se exhorta a los Fiscales a participar activamente en la fase de investigación de los procedimientos penales, aprovechando todos los mecanismos que el legislador ha puesto a nuestra disposición para dinamizar la tramitación procesal a través del impulso de las actuaciones necesarias para la averiguación de los hechos ilícitos y sus autores, asegurando, al tiempo, la defensa de los derechos e intereses de los perjudicados por la acción criminal. Y lo mismo pretendimos con la elaboración de la Instrucción 1/2008 que pone el acento en la articulación de las relaciones del Ministerio Fiscal con las unidades de Policía Judicial como responsables inmediatas de la actividad orientada al descubrimiento del delito e identificación de los criminales.

Lo cierto es que esta Instrucción FGE nos recuerda algo obvio: que, ante la indefinición del modelo constitucional (art. 126 CE), el concepto de policía judicial entre nosotros sigue siendo el *funcional*⁸ y no el *orgánico*.⁹

8. La exposición de motivos de la LOPJ se refiere a «la función de la Policía Judicial» consistente en «el auxilio a los juzgados y tribunales y al Ministerio Fiscal en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes», para afirmar a renglón seguido que compete a «todos los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, tanto si dependen del Gobierno central como de las comunidades autónomas o de los entes locales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias».

9. Como es el caso del adoptado en otros sistemas de derecho comparado (el portugués, por ejemplo).

A pesar de ello y no obstante lo cual, a partir de la regulación de desarrollo,¹⁰ puede distinguirse entre:

- a) Un modelo de policía judicial *genérico* o *de primer grado* que concierne a *todos* (art. 118 CE y art. 283 LECr), sin perjuicio del diferente protagonismo de los distintos cuerpos policiales ya que al lado de los protagonistas de la *función* (CNP, GC o las policías de algunas comunidades autónomas como Cataluña, Euskadi y la Comunidad Foral de Navarra), se encuentran los *colaboradores específicos* para determinadas competencias, como el contrabando (SEVA, LO 12/1995) o los montes (agentes forestales, L 10/2006), o *genéricos* (policías locales o las policías de las demás comunidades autónomas, en cuyos Estatutos no existe la correspondiente previsión legislativa en los términos del art. 37.1 LOFCSE).

La Instrucción se permite recordar la legitimidad del SEVA y la validez procesal de las actuaciones que lleve a cabo en la persecución del contrabando en los términos que resultan del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del TS de 14 de noviembre de 2003. De la misma manera, recuerda la capacitación profesional que están alcanzando las policías locales en los grandes núcleos urbanos y la posibilidad de que se adhieran al Convenio Marco de Colaboración, Cooperación y Coordinación de 20 de febrero de 2007, suscrito entre el Ministerio del Interior y la FEMP al amparo de lo dispuesto en la LOFCSE y del RD 1571/2007, para poder ejercer las funciones de policía judicial, «tanto en lo que se refiere a la recepción de denuncias como a la investigación de los hechos, en relación con las infracciones que en dicho Convenio se especifican, cuando constituyan falta o delito menos grave».

- b) Y un modelo de policía judicial *específica* o *en sentido estricto* (art. 548 y ss. LOPJ y art. 29 y ss. LOFCSE) que hace referencia a las *unidades orgánicas de policía judicial* (RD 769/1987), constituidas bajo los principios de permanencia y estabilidad —aunque no el de exclusividad—, así como los de especialización¹¹ y de unidad de dirección,¹² con estricta sujeción o dependencia *funcional* respecto de jueces, tribunales y Ministerio Fiscal en la ejecución de cometidos relativos a la averiguación del delito y el descubrimiento y aseguramiento del delincuente.

10. La LOPJ 1985, modificada por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, y la LOFCSE de 1986 desarrollada por el RD 769/1987, de 19 de junio, y por RD 54/2002, de 18 de febrero.

11. La Instrucción 1/2008 recuerda que «en determinados casos, debido al alto grado de especialización técnica y profesional que han alcanzado algunas unidades, se les ha otorgado el reconocimiento jurídico de Policía Científica, que les atribuye la condición procesal de peritos en lugar de testigos en las materias de su especialidad».

12. A tal efecto se crearon por el RD 769/1987 la Comisión Nacional y las Comisiones Provinciales de Policía Judicial, con el objeto de impartir las directrices para obtener la eficacia necesaria, particularmente en los supuestos en que las conductas delictivas desborden el ámbito territorial de un solo órgano judicial y sean objeto de procedimientos tramitados por diversos juzgados.

La preocupación de la FGE estribaba precisamente en determinar «la extensión y el límite de la actuación investigadora de la denominada Policía Judicial Genérica», ante las «situaciones de incertidumbre en los agentes policiales y de desconcierto en la percepción social, insostenibles en el ámbito de la investigación criminal, provocadas por resoluciones judiciales que otorgan distinta valoración jurídica a las actuaciones realizadas por cuerpos encuadrados en este modelo de Policía Judicial». La polémica no se refería al SEVA, cuya condición de Policía Judicial genérica había sido afirmado por un Acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del TS de 14 de noviembre de 2003 y por numerosas sentencias del Alto Tribunal,¹³ sino a las policías locales, cuya intervención en determinados delitos de tráfico de drogas comportó la declaración de nulidad de las actuaciones policiales.¹⁴

La pretensión de la Instrucción 1/2008 FGE era contribuir a «la unificación real de la interpretación y aplicación del Derecho, buscando la certeza del ordenamiento jurídico», estableciendo los criterios y las pautas de actuación que debían regir la actuación del Ministerio Fiscal en su función de dirección *funcional* de la Policía Judicial teniendo en cuenta su mayor protagonismo procesal en razón a los principios acusatorio y de contradicción. Se dice en la Instrucción 1/2008 FGE que:

Las sucesivas reformas legislativas, cuyo hito inicial fue la LO 7/1988, de 28 de diciembre, que introdujo el procedimiento abreviado en la LECr, seguida de posteriores modificaciones de la ley procesal penal y de la introducción de nuevos procedimientos penales, han ido consolidando progresivamente la posición activa del Ministerio Fiscal, produciendo el consecuente efecto de incrementar sus relaciones de dirección-coordinación respecto de la Policía Judicial y desterrar su anterior distanciamiento histórico.

Así, en el caso de los procesos tramitados al amparo de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor (LORPM), el Fiscal recibe directamente el atestado y decide las diligencias que han de practicarse, ordenando directamente a la Policía Judicial las que corresponda.

Por otro lado, en los procesos de la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (LOTJ), a tenor de lo dispuesto en los art. 25, 26 y 28, cualquier acto de instrucción exige una previa imputación, para la que el juez no tiene competencia, por lo que la función del Fiscal en relación con la formulación de la misma, su ampliación o la petición de las diligencias concretas que deben practicarse, determina la necesidad de una relación continuada de dirección-coordinación con los funcionarios policiales encargados de la investigación.

Igualmente en el ámbito de los delitos tramitados en virtud de las normas sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, en virtud de la reforma parcial de la LECr operada por Ley 38/2002, de 24 de octu-

13. Sentencias del TS 2ª 392/2006, de 6 de abril; 888/2006, de 20 de septiembre; 343/2007, de 20 de abril, y 671/2008 de 22 de octubre, entre otras.

14. Por ejemplo, SAP Madrid 1ª 255/2008, de 10 de junio.

bre, el legislador ha atribuido al Ministerio Fiscal un destacado protagonismo, determinante de un necesario contacto directo con las actuaciones de la Policía Judicial.

En los procedimientos ordinario y abreviado, el Fiscal recibe copia del atestado y, una vez incoado el que corresponda, propone al Instructor la práctica de las diligencias procedentes, conviviendo así las adoptadas a su instancia con las acordadas de oficio por el juez. No obstante, nada impide que los Sres. Fiscales, particularmente en los casos que revistan cierta gravedad o complejidad, hagan comparecer a los funcionarios policiales para pedirles explicaciones y aclaraciones e incluso para darles las instrucciones que sean procedentes, en la forma que se expone *infra*.

Todo esto, respetando, en todo caso, por un lado, el ámbito de actuación gubernamental, relacionado con la política criminal (art. 97 CE) y con la seguridad ciudadana (art. 104 CE), y por otro la autonomía organizativa y de funcionamiento de la propia policía judicial (Circular FGE 1/1989).

La primera recomendación del FGE a los distintos fiscales responsables es obvia por su sentido práctico:

Procurarán establecer cauces para una comunicación ágil y fluida con los responsables de las distintas investigaciones criminales, cualquiera que sea la fase procesal en que las mismas se encuentren.

Una de sus consecuencias, sin embargo, por más que ya viniera desde hace tiempo practicándose en determinados servicios especializados de diferentes fiscalías (Anticorrupción, Delitos Económicos, Jurado), no está exenta de cierta polémica: se ordena a los fiscales contactar antes del juicio con los policías citados a él como testigos o peritos, para recabar de ellos «las aclaraciones o ampliaciones de la información obrante en las causa que fueran necesarias», así como para asegurarse de que los citados hubieren tenido una intervención «relevante en relación con la pretensión punitiva» a fin de evitar tanto «las citaciones generalizadas de agentes policiales» como «las respuestas genéricas o evasivas en el acto del juicio oral».

Por lo demás, se pretende «actualizar y ampliar las pautas por las que deben regirse los fiscales en su función de dirección jurídica y coordinación de las actuaciones de la policía judicial referidas a la averiguación del delito y el descubrimiento y aseguramiento del delincuente». Esto sobre la base¹⁵ de distinguir entre:

- a) *Instrucciones generales*, impartidas sólo por los fiscales jefes y referidas a criterios y prioridades de la actividad investigadora, modos de actuación, coordinación «u otras cuestiones similares para su aplicación en asuntos de análoga naturaleza». Sigue diciendo la Instrucción 1/2008 FGE: «La Instrucción 2/1988 y la Circular 1/1989 profundizaron en el desarrollo del modelo de policía judicial diseñado por la Constitución y por el resto del

15. En virtud del art. 773.1 LECr, del art. 35 LOFCSE, de los art. 20 y 21 RD 769/1987, del art. 4.4 EOMF, así como de la Instrucción 2/1988 FGE y de la Circular 1/1989 FGE.

ordenamiento jurídico, estableciendo pautas de actuación del Ministerio Fiscal para la asunción de la dirección de la investigación policial, referida a la determinación jurídica de los elementos y extremos que pueden constituir fuentes y medios de prueba y los requisitos para su validez, formal y procesal, cuyo cumplimiento para la investigación policial deberá promover y hasta imponer (*vid.* Circular 1/1989).¹⁶

- b) *Instrucciones particulares y órdenes*, en el marco de una investigación concreta y por los fiscales encargados de la misma.

En este punto, destaca la criticada conclusión 8ª, que fue objeto de la mayor polémica:

Los Sres. Fiscales están facultados legalmente para *continuar en sus funciones de dirección de la Policía Judicial aunque exista un procedimiento judicial en curso*, por lo que aún en estos supuestos *podrán ordenar a la Policía Judicial la práctica de diligencias concretas referidas a aspectos puntuales de la investigación, con el objeto y con la obligación de aportarlas a la causa cualquiera que fuera su resultado*, en virtud del principio de imparcialidad que preside su actuación.

Por su parte, en la Instrucción 2/2008 se insiste en la misma línea al recordar que:

Dentro de esos cometidos tendentes a lograr la agilización de la fase de instrucción *podrán los Sres. Fiscales, en caso necesario, oficiar a la Policía Judicial para que se lleven a cabo diligencias concretas que se estimen necesarias para su ulterior apor-*

16. En este ámbito de dirección de la Policía Judicial por el Ministerio Fiscal, también es conveniente recordar que el art. 773.1 LECr establece que corresponde al fiscal (...) *dar a la Policía Judicial instrucciones generales o particulares para el más eficaz cumplimiento de sus funciones (...)*, y en la misma línea, el art. 35 LOFCS señala que *los Jueces y Tribunales de lo Penal y el Ministerio Fiscal tendrán, respecto a los funcionarios integrantes de Unidades de Policía Judicial que le sean adscritas (...)*, entre otras facultades, la de *dar órdenes e instrucciones que sean necesarias, en ejecución de lo dispuesto en las normas de Enjuiciamiento Criminal y Estatuto del Ministerio Fiscal*, así como el determinar en dichas órdenes el *contenido y circunstancias de las actuaciones que interesan a dichas Unidades*. Concretando el alcance de dichas disposiciones, la Circular 1/1989 señala que *el contenido de las facultades del Fiscal (tras la LO 7/1988, de 28 de diciembre) en orden a la dependencia respecto de él, de la Policía Judicial, aparece (...) ampliado respecto al inicial contenido del artículo 4.4 del Estatuto orgánico, que sólo preveía dar órdenes e instrucciones en cada caso concreto. Ahora se puede también impartir instrucciones generales, sobre los modos de actuación de la Policía en la investigación criminal en orden a prioridades dentro de la actividad investigadora, coordinación con otras Policías (...)*.

El RD 769/1987 establece en el art. 20 que *cuando los funcionarios integrantes de las unidades orgánicas de la Policía Judicial realicen diligencias de investigación criminal formalmente concretadas a un supuesto presuntamente delictivo, pero con carácter previo a la apertura de la correspondiente actuación judicial, actuarán bajo la dependencia del Ministerio Fiscal. A tal efecto, darán cuenta de sus investigaciones a la Fiscalía correspondiente que, en cualquier momento, podrá hacerse cargo de la dirección de aquéllas, en cuyo caso los miembros de la Policía Judicial actuarán bajo su dependencia directa y practicarán sin demora las diligencias que el fiscal les encomiende para la averiguación del delito y el descubrimiento y aseguramiento del delincuente*. Y el art. 21, que *una vez iniciado el procedimiento penal, (...) el fiscal encargado de las actuaciones (...) podrá (...) ordenar que comparezcan ante su presencia (...) los concretos funcionarios policiales (...) con el fin de impartir las instrucciones que estime pertinentes, indicar las líneas de actuación y controlar el cumplimiento de sus cometidos o la evolución de sus investigaciones.»*

tación a las Diligencias Judiciales. Debe subrayarse que esta habilitación ha de entenderse referida a la práctica de diligencias concretas, sin que en ningún caso pueda desembocarse en una investigación Fiscal paralela a la instrucción judicial. Esta habilitación que la Ley confiere al Fiscal (*vid.* art. 773.1 LECr y Circular 1/1989) habrá de ser usada con *prudencia*, en casos debidamente justificados, pues fácilmente pueden colegirse las disfunciones y duplicidades que un mal uso de la misma puede generar. Es claro además que las diligencias así practicadas *deberán unirse al procedimiento judicial, inexcusablemente y sea cual sea su resultado*, tal como ya se reseñaba en la reciente Instrucción 1/2008, de 7 de marzo.»

Es evidente que en el trasfondo de la polémica se encuentra la posible reforma de la instrucción penal, bajo el impulso de los vientos que vienen de Europa (Alemania, Italia, Francia y Portugal) y que imponen la armonización de los procedimientos penales y la creación de instituciones penales internacionales, como el Fiscal europeo. La edición del diario *El Público* del día 11 de agosto de 2009, en un artículo firmado por Luis Calvo, publicaba «La UE creará en 2010 la figura del fiscal europeo» y precisaba que la presidencia española de la UE, prevista para el primer semestre de 2010, pretende marcar «un salto cuantitativo en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia», dando «un impulso decisivo a la creación de la Fiscalía Europea», que se ocupará de proteger los intereses financieros de la Unión, pero más tarde ampliará sus funciones, para perseguir organizaciones criminales internacionales y delitos de dimensión transfronteriza.¹⁷

No puede decirse, sin embargo, que los vientos que sobre esta cuestión soplan en Europa sean en absoluto plácidos.

En Francia, por ejemplo, de donde hemos copiado nuestro actual modelo de instrucción penal, el Gobierno acaba de presentar su proyecto de reforma que pretende hacer desaparecer la *vieja* figura del juez de instrucción y confiar la investigación sumarial a los fiscales (*parquet*), que de hecho —bajo el principio de oportunidad y manteniendo la misma organización jerárquica sometida al control del ejecutivo— desde el año 2002 ya vienen dirigiendo el 96% de las investigaciones.¹⁸ En su lugar, respondiendo en parte a las recomendaciones de los expertos,¹⁹ se crea la figura del juez de la instrucción y de las libertades,²⁰ que deberá

17. Sobre esta figura puede verse «El nacimiento del Fiscal europeo», de José Manuel Fernández Aparicio, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 8, núm. 17, enero-abril de 2004.

18. La fuente es un artículo aparecido en *LE MONDE* del 2 de marzo de 2010, firmado por Alain Salles y titulado «*La réforme de la justice consacre le pouvoir du parquet*».

19. Nos referimos a las conclusiones del *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, conocido como *Rapport Leger* por su director, Philippe Leger, magistrado y antiguo abogado general del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, publicado en septiembre de 2009, en respuesta a un encargo del presidente del Gobierno de Francia, cuya primera conclusión abogaba por la desaparición del juez de instrucción contaminado por «la ambigüedad de su doble función», investigar y garantizar la protección de derechos comprometidos por la investigación («*il est à la fois Maigret et Salomon*»), y su sustitución por un juez investido exclusivamente por funciones jurisdiccionales.

20. *Juge Tribunal de l'enquête et des libertés* (JEL). También se crea la figura del Tribunal correspondiente.

intervenir para autorizar las intromisiones en los derechos fundamentales de los investigados o para imponer al fiscal la realización de ciertas diligencias.

Esto no será así sin polémica, el Sindicato de la Magistratura se opone a esta reforma y denuncia en su 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

Además, la reacción de jueces, abogados, funcionarios de prisión y otro personal judicial —en total una veintena de organizaciones— no se ha hecho esperar. El pasado 9 de marzo se manifestaron delante de los edificios judiciales para protestar por la reforma y por la escasez de medios económicos dedicados a la justicia francesa.²² Los manifestantes alegaron también otros motivos de descontento, como el hecho de que la población penitenciaria (sesenta y dos mil reclusos) supere ampliamente el número de plazas disponibles en las prisiones galas (cincuenta y tres mil) y el plan de cerrar unas sesenta prisiones entre los años 2015 y 2017, a fin de ser reemplazadas por prisiones semiprivadas.

En fin, la queja de los magistrados franceses se centra en la falta de independencia frente al Gobierno de los fiscales del vecino país, recordando que el TEDH, por ello, les ha denegado la condición de autoridad judicial.²³ Y esta es precisamente la principal queja de quienes se oponen a la introducción de este modelo en nuestro país,²⁴ al que tampoco le faltan decididos partidarios y no solo entre los propios fiscales.

21. A ello también se opone la Confédération Nationale des Avocats.

22. Debe tenerse en cuenta que recientemente (2008), en un completo estudio titulado «Systèmes judiciaires européens» sobre la «efficacité et qualité de la justice», el Consejo de Europa ha colocado a Francia en el lugar 35 sobre 43 en atención al esfuerzo presupuestario efectuado a favor de su Administración de justicia. En ese mismo estudio España aparece en el lugar 20 (pág. 45 del informe).

23. En el editorial del diario francés *Le Monde* del pasado 10 de marzo de 2010, se podía leer bajo el título *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 otros muchos, véase el artículo «El Fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal», de Perfecto Andrés Ibáñez, en *Teoría & Derecho*, 1, 2007, págs. 10-26; o de «¿Fiscal instructor?: pocas ventajas y un enorme inconveniente», de José Garberí Llobregat, en *Diario La Ley*, 6799, de 15 de octubre de 2007; o de «Sobre la conveniencia de atribuir la instrucción penal al Ministerio Fiscal», de Nicolás Cabezedo Rodríguez, publicado en *Revista Jurídica de Castilla-León*, 14, enero de 2008. También puede verse a Enrique Gimbernat Ordeig en «Contra el fiscal instructor», en *Tribuna Libre, El Mundo*, 7 de junio de 2004

Entre otros Víctor Moreno Catena²⁵ y Antonio María Locar Navarrete del que se puede leer:

El fiscal se ha de ubicar, de una vez por todas, en su cometido de proteger los intereses de la colectividad a través del ejercicio de una investigación instructora que corresponda a un modelo adversarial de justicia penal. El fiscal no ha de ser el contrapeso que equilibre los poderes del instructor alonsoniano. Su audiencia no tiene por qué ser determinante en la marcha de la instrucción alonsoniana. Todo es más fácil: la instrucción ha de confiarse al fiscal. De ese modo, se constituye [el Ministerio Fiscal] en la pieza esencial que permite pasar del modelo acusatorio-formal de la alonsoniana LECr al modelo adversarial, quedando aquél [el modelo acusatorio-formal] plenamente superado. El fiscal ha de poseer una autonomía funcional instructora plena. El fiscal ha de ser la parte adversarial instructora imprescindible. Pero en todo caso una parte. No un sujeto privilegiado por el «poder instructorio» que goza el instructor alonsoniano de la LECr. Otra cosa es la proyección orgánica que implica un fiscal vinculado por los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica. ¿La perversidad orgánica puede neutralizar la actuación del fiscal como parte adversarial? La respuesta, en todo momento, ha de ser negativa. La unidad y dependencia jerárquica se enquistan en el órgano, no en la función en la que, en todo caso, el fiscal ha de gozar de plena autonomía.²⁶

En las conclusiones del curso «Hacia un sistema de instrucción penal más racional y garantista. Fiscal investigador y juez de garantías», realizado en Barcelona en noviembre de 2008, se decía que:

1. La definitiva consagración del principio acusatorio en el proceso penal se sustenta en la estricta división entre el juicio, plenamente sometido a la contradicción y publicidad ante un órgano jurisdiccional no contaminado por actuaciones previas, y la investigación o procedimiento preparatorio de la acusación (delimitación de hechos y presuntos responsables y decisión sobre el ejercicio de la acción penal).

2. Se propone que, en la línea de la mayoría de países de nuestro entorno cultural, esta fase preparatoria se atribuya al Ministerio Público, sin que sea exigible en dicha fase, que no produce prueba, una absoluta igualdad de armas entre acusador

(año XV, núm. 5.294), en el que decía que: «Si la investigación de los delitos va a ser dirigida por un fiscal manipulable, como demuestra la reciente historia procesal española, y, por definición, no independiente, porque constitucionalmente se rige por el principio de «dependencia jerárquica», si las partes en el proceso penal ya no van a tener garantizados los derechos a un investigador predeterminado por la ley e imparcial, y si se obstaculiza el esclarecimiento de la verdad material, al desaparecer del proceso penal la prueba preconstituida y la posibilidad de contrastar las contradicciones entre lo declarado en la fase sumarial y en el juicio oral, para poder otorgar mayor credibilidad a alguna de las dos versiones contrapuestas, entonces apaga el Estado de derecho y vámonos.»

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

26. Lorca Navarrete, A.M. «Algunas propuestas para una necesaria reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal». *Diario La Ley*, núm. 6.057, Sección Doctrina, 8 de julio de 2004 (año XXV, ref. D-150, editorial La ley).

y acusado, y ello por supuesto sin perjuicio de la obligación del Fiscal de comprobar todos los elementos relativos al hecho y la responsabilidad, bien de cargo, bien en descargo del encartado.

3. Ahora bien, esa fase preliminar debe quedar sometida a un control externo ejercido por otra autoridad distinta, judicial —«juez de Garantías», «juez de Libertades»—, quien con independencia e imparcialidad, y desligado completamente de la investigación, sirva por una parte de salvaguarda de los derechos fundamentales de las partes sometidas al procedimiento y por otra parte resuelva finalmente sobre el sometimiento o no a juicio de la persona contra quien se ejercita la acción penal.

De todas formas y a pesar de las apariencias, los modelos de instrucción fiscal vigentes en derecho comparado no son demasiado coincidentes entre sí. Excluyendo *ab initio* los sistemas de corte anglosajón, los movimientos reformistas se mueven entre el modelo alemán y su fiscal decisivo, pasando por el portugués, asimilable al anterior desde un punto de vista orgánico por su dependencia gubernamental pero no desde una perspectiva funcional, hasta llegar al modelo italiano, destacado por la independencia judicial que caracteriza a su ministerio público.

A pesar de todo, si alguien cree que el hecho de que la instrucción se asuma el fiscal acabará en nuestra casa con los problemas de relación o de diferencia de criterio entre policías y operadores judiciales está equivocado. María Miranda²⁷ nos muestra un pequeño ejemplo de ello a cuenta de la puesta en libertad de cinco supuestos atracadores detenidos en Madrid a bombo y platillo por la policía, al hilo de la cual se había difundido públicamente el vídeo antes de resolverse su situación personal sin que, al parecer, se proporcionara copia del mismo al fiscal y al juez responsables de la investigación. Lo curioso es que casi una semana después de la puesta en libertad y en medio de la polémica creada, la Fiscalía de Madrid, modificó su criterio y solicitó al Juzgado de Instrucción número 2 de Madrid la detención «inmediata» de los cinco supuestos atracadores. También se cursó instrucción a la Fiscalía de Vigo, para que se solicitara al juez de esta localidad la misma medida, ya que éste investigaba al grupo de delincuentes con anterioridad y el juez de Madrid, se había inhibido del caso en favor de su compañero de Vigo. Decía la periodista que «el nivel de enfrentamiento al que han llegado dos de las principales instituciones encargadas de la seguridad ciudadana [FGE y DGP], no se había producido con anterioridad, o al menos no había trascendido de este modo a la sociedad».

3. LA FASE DE INSTRUCCIÓN

Como es comúnmente sabido, en la actualidad el proceso penal español incorpora una fase inicial de esclarecimiento de los hechos, la llamada fase de instrucción, que desde sus orígenes en el siglo XIX ha sido encomendada a un juez llamado

27. Miranda, M. «Enfrentamiento institucional: duelo dialéctico entre el Fiscal General del Estado y la Policía». La tribuna del derecho, semana del 1 al 15 de julio de 2006.

precisamente *juez de instrucción*. Este modelo de proceso penal, pese a las reformas sufridas por nuestra antigua y perjudicada Ley de enjuiciamiento criminal, está vigente en España desde 1882 y, antes, desde la Ley provisional de 1872, incluida la Compilación general de las disposiciones vigentes en materia criminal de 1879.

A nadie le puede extrañar que en la actualidad, y desde hace ya algún tiempo, se haya abierto en nuestro país un intenso debate en torno a la ambigüedad de la figura del juez instructor y a su incapacidad institucional tanto para garantizar de manera efectiva el riguroso respeto de las garantías que vienen siendo reconocidas a los intervinientes en el proceso, de un lado, como para acometer de forma eficaz y comprometida con las necesidades sociales en materia de seguridad la diaria tarea de investigación de los delitos, debate con el que se pretende contribuir a la actualización de las estructuras procesales y al papel que deben desempeñar las diferentes instituciones y sujetos afectados por el sistema penal, y en especial el Ministerio Fiscal.

En este sentido, no han faltado quienes han denunciado la adulteración padecida por nuestro proceso penal, por lo que se refiere a la instrucción de los delitos, en relación con su planteamiento original, hasta el punto de hacerlo difícilmente reconocible.²⁸

La fase de instrucción ha dejado de ser esa fase procesal de duración breve, reservada y meramente instrumental del proceso, para convertirse en una fase interminable, cuyo progreso y resultados devienen frecuentemente del dominio público y cuyos efectos se tornan en gravemente condicionantes de la sentencia definitiva.

En efecto, la realidad diaria demuestra la incapacidad del sistema para cumplir el plazo del mes que para la instrucción de los sumarios por delitos preveía —prevé— como *desiderátum* el art. 324 LECr.²⁹ De hecho, en nuestro sistema, como en los demás sistemas continentales de corte napoleónico, la instrucción se ha convertido en el punto central del proceso penal, tanto por lo que se refiere al hallazgo de la *verdad* material, mediante la capacidad estigmatizadora del procesamiento o de la imputación judiciales, como por lo que respecta al apaciguamiento de la *vindicta pública* y a la represión del delito, mediante la perversión de la finalidad de las medidas cautelares, especialmente la de prisión provisional, convertida así en un verdadero adelanto o provisión de la pena definitiva,³⁰ cuando

28. Especialmente lúcido a este respecto es el análisis de Víctor MORENO CATENA en «*El papel del juez y del fiscal durante la investigación del delito*», en publicaciones del Consejo General del Poder Judicial, Manuales de Formación Continuada, 2005.

29. El art. 5.2 EOMF prevé, sin embargo, una duración superior para las diligencias preprocesales realizadas por el Ministerio Fiscal al decir que: «La duración de esas diligencias habrá de ser proporcionada a la naturaleza del hecho investigado, sin que pueda exceder de seis meses, salvo prórroga acordada mediante decreto motivado del Fiscal General del Estado. No obstante, las diligencias de investigación en relación con los delitos a que se hace referencia en el art. 19.4 del presente Estatuto, tendrán una duración máxima de doce meses salvo prórroga acordada mediante Decreto motivado del Fiscal General del Estado».

30. Todavía se halla muy presente el acalorado debate público abierto en relación con las diferentes respuestas judiciales ofrecidas en este punto en los llamados casos Palau de la Música o Millet, instruido por un Juzgado de Barcelona, y *Pretoria*, instruido por un Juzgado Central de Instrucción. A modo de pequeño reflejo de las presiones *públicas* ejercidas sobre el instructor del caso Palau para que dispusiera la prisión

no en un instrumento propiciador determinante de la investigación, por más reformas que se hayan realizado al respecto.³¹

La finalidad original de la instrucción, procurar los elementos que las partes precisan para sustentar sus posiciones en el *plenario*, que permitía concebirla como una verdadera fase *preparatoria* del juicio oral, ha cedido en gran parte ante el creciente valor intrínseco de las diligencias sumariales en el resultado final, mediante su acceso sistemático al debate del juicio oral, aunque se prevea solo para supuestos tasados, relacionados tanto con la pérdida de los medios de prueba en general (art. 730 LECr), como también con las contradicciones, las evasivas y los silencios de testigos, peritos y acusados (art. 46.5 LOTJ),³² si bien exigiendo que la diligencia sumarial se hubiere practicado en condiciones compatibles con la contradicción.

Téngase en cuenta que, precisamente por ello, la rapidez y la agilidad con que eran concebidas las diligencias de instrucción por el legislador procesal decimonónico, huérfanas de solemnidades excesivas, más propias del juicio oral, habida cuenta su valor limitado y provisional, resultan ahora muchas veces embarazadas por la obsesión del instructor y, especialmente, de los acusadores por proveerse de *pruebas de cargo* inatacables para el plenario, introduciendo muchas veces sin sentido en esa fase inicial las solemnidades propias de la de plenario.

Y si bien es cierto que la *publicidad* del juicio oral no es *propio sensu* trasplantable a la instrucción de los delitos (art. 302 LECr), nadie lo diría al ver en televisión las grabaciones de las declaraciones sumariales de algunos imputados, ahora que, en virtud de la vigente LEC y de la implantación de los medios adecuados para llevarlas a cabo, ese material se encuentra al alcance de los informadores.³³ Parece haberse asumido en la actualidad que la *publicidad* de la instrucción, de todas las actuaciones y diligencias que en ella se practican, es la regla, sin reparar en las consecuencias que se derivan de esta medida.

No me propongo criticar el ejercicio de la libertad de información enfrentada al secreto *genérico* del sumario,³⁴ pero es indudable que determinados tratamientos informativos de las investigaciones judiciales de los delitos afectan irremediable-

provisional de los principales implicados, a petición de la Fiscalía (con sólidos argumentos) y de la acusación particular, recomiendo la lectura del artículo «*El caso Millet suscita el debate sobre cuándo decretar prisión preventiva*», publicado en LA VANGUARDIA el 1 de octubre de 2009, por Javier Ricou, en el que se recogía el estado de opinión de los representantes asociativos de jueces y fiscales.

31. Nos referimos a la disposición final 2.5 de la LO 5/1995, de 22 de mayo, y a la LO 8/1995, de 16 de noviembre.

32. El TS ha admitido el valor incriminatorio para sustentar una condena de las declaraciones sumariales no sólo de testigos que no pudieron ser localizados en la fase del juicio oral (SSTS 2ª 16/2005 de 21 enero y 17/2005 de 3 febrero), sino también de acusados (por terrorismo) que se negaron a estar en la Sala donde se les juzgaban, y por lo tanto a declarar sobre los hechos (STS 2ª 278/2005 de 2 de marzo) o que simplemente se negaron a declarar (STS 2ª 788/2004 de 18 de junio y 3/2008 de 11 de enero) o que declararon de manera diferente (STS 2ª 1191/2004 de 21 de octubre).

33. Nos referimos, por supuesto, a las declaraciones de los imputados del caso Palau de la Música o Millet, alguna de las cuales se pueden ver hoy en Internet, en la siguiente dirección que facilito únicamente por un interés meramente académico y ejemplificativo:

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

34. Yo mismo escribí un breve comentario sobre el tema ya hace algunos años en «*Llibertat d'informació i secret sumarial*», trabajo publicado conjuntamente por la Asociación Catalana de Juristas Demócratas y

mente la *presunción de inocencia* como regla de tratamiento del imputado, que ha de ser tratado como inocente durante todo el proceso.³⁵

Se ha dicho con razón que la función de investigar delitos excede con mucho de los cometidos propios de un juez, que la Constitución (art. 117.4) limita en exclusiva a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y a las competencias que le atribuya la ley en garantía de cualquier derecho.

Por lo pronto, el juez de instrucción español puede decidir de oficio sobre la apertura de la instrucción, con los consiguientes efectos sobre la interrupción de la prescripción, y es quien debe formular la imputación contra un sujeto. En garantía del investigado y para evitar que se abran procedimientos penales sin fundamento, también le corresponde rechazar la denuncia o inadmitir la querrela cuando entienda que los hechos no son constitutivos de delito, si bien la jurisprudencia constitucional exige que la causa de rechazo *ad limine* resulte meridianamente clara de los propios términos de la actuación de parte o que, en otro caso, el instructor realice una mínima actividad de comprobación de los hechos antes de cerrar el procedimiento.

El juez de instrucción está facultado también para ordenar de oficio de las diligencias de investigación que considere oportunas —así como para admitir o rechazar las que le sean propuestas por las acusaciones—, por lo que no cabe duda que, hasta cierto punto, está comprometido con su éxito, lo que puede chocar con su función de garante de los derechos del imputado. Como sostiene algún autor,³⁶ precisamente por ello, el sistema presenta «un evidente déficit en su estructura y diseño», ya que la responsabilidad por el éxito de la investigación no es siempre compatible la función de garantía de los derechos del imputado, que se ven afectados en la instrucción.

Eso significa que se otorga la dirección de la investigación precisamente a quien es ajeno al resultado, puesto que no habrá de participar en el debate oral sobre sus consecuencias. El juez de instrucción investiga para las partes. Precisamente por eso, la iniciativa judicial en la investigación provoca con frecuencia la inhibición de estas últimas —Ministerio Fiscal incluido—,³⁷ que por ello no asumen responsabilidad alguna por el éxito o el fracaso de esta fase del procedi-

Jueces para la Democracia, en el volumen titulado *Funció jurisdiccional i accés a la informació (Jornades sobre periodisme, justícia i societat)*, editado en Barcelona en junio de 1998 (pág. 65-74). Por lo demás, siempre he pensado que la atención informativa constituye una *garantía* del buen funcionamiento de la Administración de justicia y de la función judicial en particular.

35. El caso más sangrante que recuerdo es el de la portada del ABC de Sevilla del sábado 28 de noviembre de 2009, en la que aparecía la imagen perfectamente reconocible de un hombre que había sido detenido (poco después se supo que sin motivo alguno) en Tenerife por haber maltratado y muerto a una niña (hija de su novia), con el titular «*La mirada del asesino de una niña de tres años*».

En cambio, sobre la publicidad informativa en los juicios orales y, en especial, lo que se refiere al tratamiento de la imagen de los acusados, que también tiene connotaciones negativas para la presunción de inocencia, puede verse el artículo firmado por Vicente J. Navarro Marchante, «*Las imágenes de los juicios: aproximación a la realidad en España*», publicado en *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona julio de 2007.

36. Nos referimos a Víctor Moreno Catena en el artículo ya citado.

37. Así se explica lo que se dice en la Instrucción 2/12008 FGE. De todas formas, resulta encomiable la asunción de responsabilidades por determinados fiscales, entre los que deseo reseñar quienes se encargan de las investigaciones del caso Palau de la Música o Millet, cuyos desvelos no se ven siempre recompensados por el instructor, sin que esto vaya en demérito de éste, cuya capacidad para asumir sus propias responsabilidades (tanto la de instructor como la de garante) también es digna de elogio. Cada uno tiene su papel.

miento. Y la inhibición de éstas provoca inevitablemente en la mayoría de los casos la propia relajación judicial.

Por otra parte, el juez de instrucción es quien formula la imputación, ya sea de oficio o ya sea acogiendo la de una parte acusadora, sin la cual no cabe abrir el juicio oral, lo que tampoco constituye función jurisdiccional *propio sensu*, decantándose por una concreta idea de responsabilidad del sujeto pasivo sin que haya precedido un juicio contradictorio.

Todo eso hace que la función esencial del juez como garante de los derechos del imputado se vea, en ocasiones, perjudicada por su implicación en el resultado de la instrucción, con el riesgo de comprometer su imparcialidad y con la perversa consecuencia de instrumentalizar su función de garante para asegurar el éxito.³⁸ No menos perversa es la alternativa, favorecida por determinadas inercias burocráticas, de jueces de instrucción que ya han descontado su función de investigar, ante las contradicciones que se encuentran al resolver sobre la afectación de los derechos fundamentales, y se abstienen de implicarse de modo alguno en la labor de esclarecimiento de los hechos, en este caso en perjuicio de las víctimas (art. 13 LECr).

En última instancia, es el propio juez quien decide sobre el momento de conclusión de la investigación, sin sujeción a plazo, lo que puede comprometer la imparcialidad, aunque las partes puedan instarla, y sobre la apertura del juicio oral, en virtud de una actuación investigadora que el mismo ha llevado a cabo y con la que inevitablemente está comprometido, tiñendo de parcialidad el juicio sobre la acusación.

Por otra parte, la estructura del proceso a veces nos hace olvidar que quien de hecho investiga el delito es la policía judicial, que es quien tiene la formación y la estructura profesional adecuada para ello, quien recibe habitualmente las denuncias de los perjudicados y quien, por sus funciones de prevención en materia de seguridad pública, está en mejores condiciones para descubrir la comisión de los delitos y localizar a los autores de los mismos.

4. CONCLUSIÓN

Así las cosas, la insatisfacción que produce el actual modelo de instrucción en nuestro proceso penal nos obliga a plantearnos la conveniencia de que el órgano que investigue los hechos asuma la responsabilidad del resultado en la fase decisiva del juicio oral y no se encuentre, al propio tiempo, implicado en la tutela de los derechos de cuantos resulten afectados por la investigación.

La imparcialidad judicial y el principio acusatorio lo demandan.

38. La finalidad de reforma operada en materias de prisión provisional por la LO 5/1995 fue, entre otras, evitar que las prisiones provisionales fueran utilizadas como medios coactivos para obtener confesiones por jueces de instrucciones excesivamente implicados en el resultado de sus investigaciones. No se explica por qué no se ha decidido lo mismo con otras medidas restrictivas de derechos fundamentales (intervenciones telefónicas, entradas y registros, etc.), para las que los riesgos no son menores.

Nada tiene de extraño que este órgano pueda ser el Ministerio Fiscal, por su encaje constitucional y procesal. Desde este punto de vista, me siento plenamente conforme con las conclusiones y propuesta de reforma de mis antiguos compañeros de la UPF adoptadas en su XXIV Congreso celebrado en Burgos en junio de 2009.