

¿TIENE FUTURO EL JUEZ DE INSTRUCCIÓN?

José Antonio MARTÍN PALLÍN
Magistrado del Tribunal Supremo

SUMARIO: I. Consideraciones generales.—II. El nuevo protagonismo del juez de instrucción.—III. Perspectivas de futuro. ¿Es posible su sustitución?

I. CONSIDERACIONES GENERALES

EL delito surge como un hecho o acontecimiento que se inserta en la realidad, produciendo determinados efectos sobre la paz social y sobre los derechos de las víctimas, que ven lesionados bienes jurídicos que son objeto de protección penal.

La estructura y la composición del delito es variable y multiforme. Unas veces presenta una configuración sencilla y esquemática y otras veces el acontecimiento delictivo ofrece una extensión tal y una difusión de sus efectos que lo hace complejo y difícilmente abarcable. En todo caso es imprescindible proceder a una investigación previa que trate de reconstruir todos los aspectos materiales y personales del suceso delictivo. Como dice el artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la instrucción abarca todas las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y las que se practiquen para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y sirvan para determinar la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos.

No cabe duda que una completa investigación previa es uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta la estructura y desenvolvimiento del juicio oral. Incluso si la investigación no alcanza el éxito esperado y encuentra obstáculos insalvables para su desenvolvimiento, sirve de base firme para acordar una

AFDUAM 5 (2001), pp. 149-162.

interrupción provisional o definitiva del proceso. La inexistencia de hechos que presenten caracteres de delito o la imposibilidad de precisar el autor de las conductas punibles, obliga a adoptar alguna de las variantes del sobreseimiento, con lo que la causa no llega a la fase de juicio oral.

Resulta prácticamente imposible trasladar de manera instantánea e inmediata el hecho delictivo con todas sus adherencias al recinto donde va a tener lugar el juicio oral, sin una previa depuración de sus circunstancias. Esta tarea, que corresponde a la fase de investigación, será inevitablemente más o menos duradera, según la mayor o menor complejidad del hecho delictivo investigado.

La investigación constituye el soporte angular de la acusación y de la defensa, por lo que debe abastecerse de materiales probatorios válidos y no viciados, que puedan servir para establecer un debate contradictorio en el momento decisivo y decisor del plenario.

No es admisible que se emplee toda la energía investigadora, con sus costes materiales, en esfuerzos inútiles, que después resulten infructuosos, desde el punto de vista del aseguramiento del objeto del proceso y de la búsqueda de la verdad material.

La investigación no es sólo la indagación, la pesquisa o la acumulación de documentos que tengan relación con el hecho que se persigue. Para seguir avanzando y eliminando los obstáculos que normalmente se presentan, el investigador debe disponer de instrumentos que sirvan para despejar el camino y levantar las barreras que se oponen al progreso de las averiguaciones. Para ello se articulan una serie de medidas que afectan a los derechos fundamentales de las personas investigadas. Estas decisiones deben tomarse o adoptarse con cautela y ponderando siempre los bienes o derechos en conflicto y sin olvidar que el sujeto sospechoso goza del beneficio de la presunción de inocencia.

La facultad de ordenar la privación de libertad personal, acordando el ingreso en prisión o alguna de sus variantes, la decisión sobre la invasión o intromisión en las comunicaciones postales, telefónicas, telegráficas o telemáticas, el embargo de bienes, la suspensión del funcionamiento de sociedades o personas jurídicas, dar vía libre a la entrada y registro domiciliario, es lo que convierte al actual juez de instrucción en un personaje inquietante y de poderes prácticamente ilimitados.

El sistema admite que se disponga de todos estos poderes, en razón de la autonomía funcional e independencia que se concede al juez, al margen de las decisiones u órdenes de otros poderes del Estado, que se involucran en la investigación, a través de los órganos judiciales o del ministerio fiscal. La independencia es un presupuesto indispensable para que un órgano o la persona que la encarna pueda disponer de todas estas prerrogativas. Es necesario encontrar un punto de equilibrio entre los intereses que tiene la sociedad en la persecución y castigo de los hechos delictivos y los derechos individuales de las personas sospechosas de haber delinquido. Un sistema democrático se caracteriza precisamente por garantizar a todos los implicados o involucrados en un proceso penal un juicio justo y con todas las garantías.

No se puede encomendar esta misión a un organismo o persona que carezca de los atributos de independencia e inamovilidad que se necesitan para administrar estos poderes. La implicación de la policía y del ministerio fiscal en las tareas acusadoras impide que se les pueda confiar atribuciones que lleven aparejada la

posibilidad de incidir sobre los derechos fundamentales de las personas investigadas.

II. EL NUEVO PROTAGONISMO DEL JUEZ DE INSTRUCCIÓN

Desde el momento en que el juez de instrucción asume la misión de dirigir su actividad y encauzarla para investigar hechos delictivos, atribuidos a políticos o a financieros, se produce, por el peso específico de este sector de la sociedad, una reacción en contrario, que comienza por cuestionar su propia figura. Así como en Francia el juez de instrucción tiene un arraigo, incluso literario, porque ha sido una figura incorporada a las series negras y a la novela policíaca, en España, el juez de instrucción ha carecido de los fervores literarios y su actividad ha pasado normalmente desapercibida. De manera esporádica se ganaba un espacio en la crónica especializada de sucesos, siempre de la mano de crímenes sangrientos, de hondo impacto emocional. En estos momentos nos encontramos con fenómenos de nuevo cuño. Toda la reseña de acontecimientos sangrientos que era propia de los medios escritos ha sido absorbida, monotemáticamente, por las grandes cadenas de televisión que compiten con programas, cada cual más osado, en orden a desnudar la realidad descarnada de los sucesos criminales y de todo lo que subyace en ese mundo de pasiones. Es curioso observar la evolución del fenómeno. La marginación del juez de instrucción de los grandes delitos políticos y económicos tenía la contrapartida de que la actividad judicial se ganaba su encaje en los medios de comunicación en el capítulo de sucesos. Durante cierto tiempo, o en el tiempo inicial, los cronistas de tribunales eran los mismos que los de la sección de sucesos. El panorama ha cambiado, ahora se cubren las crónicas judiciales por periodistas especializados, con profundos conocimientos. La mayor o más importante información judicial ocupa las páginas de política nacional y, en algunos casos, la sección de sociedad. Este cambio es importante y digno de ser tomado en consideración, porque quiere decir que el público demanda que los sucesos judiciales de trascendencia política y social, protagonizados por el juez de instrucción, se asimilen e iguallen a los de la política nacional. Ha habido procesos, de todos conocidos, que han creado situaciones de crisis política, según avanzaban las investigaciones judiciales.

La aparición o incorporación de nuestro sistema procesal a los paradigmas procesales que nos imponen los grandes textos internacionales que garantizan los derechos humanos obliga también a revisar la postura del juez de instrucción y a reconsiderar ese modelo, absolutamente inquisitivo, heredero de antiguos modelos y transformarlo en un protagonista distinto, sin destruirlo en mi opinión, pero cambiando radicalmente sus papeles.

La ley procesal, todavía vigente, no ha modificado un ápice algunas disposiciones del siglo XIX, según las cuales, el proceso penal avanzaba exclusivamente a golpe de iniciativas investigadoras del juez de instrucción, que hacía todo aquello que le parecía conveniente y que no daba participación activa ni posibilidad de defensa a ninguna de las partes involucradas en el proceso. Solamente cuando aparecían indicios racionales de criminalidad y se dictaba un auto de procesamiento,

la persona hasta entonces simplemente sospechosa pasaba a tener una cierta posibilidad de intervenir en la investigación, con la única finalidad de contradecir débilmente las bases acusatorias que había acumulado en su contra el juez de instrucción.

¿Y qué es lo que había acumulado el juez de instrucción?, pues todo aquello que había considerado necesario y pertinente para sustentar una futura acusación o para adoptar una decisión previa de sobreseimiento.

El artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sigue diciéndole al juez de instrucción que tiene que practicar todas las diligencias que estime pertinentes en orden a la investigación del hecho delictivo que tiene ante sí. Es cierto que, en alguna medida, se limita su carácter meramente inquisitivo y persecuidor y se le dice que tiene que acopiar no sólo todo aquello que sea desfavorable, sino también lo que resulte beneficioso para la persona investigada.

Ahora bien, las circunstancias han experimentado una variación verdaderamente revolucionaria a partir de la modificación, ciertamente preconstitucional, del artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en virtud del cual toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento, cualquiera que sea éste, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho. A estos efectos, las personas que se encuentren en cualquiera de estas circunstancias deberán estar representadas por procuradores y defendidas por el letrado. Su complemento inseparable se encuentra en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La asistencia letrada, desde el primer momento, tiene como finalidad establecer una línea de contradicción. La asistencia técnica es, en ocasiones, un derecho del imputado y en otras un requisito procesal por cuyo cumplimiento debe velar el órgano judicial. Las facultades omnímodas del juez de instrucción de investigar las sigue teniendo, pero en cierto modo, contrarrestada por las posibilidades del imputado de ir poniendo en claro aquellos aspectos de la instrucción, que cree que le pueden favorecer, bien de una manera absoluta, proclamando su inocencia, o de una manera relativa, sentando las bases para construir alguna causa de extinción o de atenuación de la responsabilidad criminal.

Los poderes del juez de instrucción

Las amplias posibilidades de investigación podrían quedar bloqueadas si no fueran acompañadas de una serie de poderes que convierten al juez de instrucción en una de las figuras más influyentes del espectro jurídico, político y social de nuestro país.

La investigación no es normalmente inocua, porque incide necesariamente sobre aspectos relativos a las libertades fundamentales de las personas investigadas.

El juez de instrucción tiene la posibilidad de poner en marcha una serie de medidas que afectan a la dignidad personal, a la libertad, a la confidencialidad, a la intimidad, al derecho de propiedad y a muchos derechos subjetivos del investigado.

Pienso que una lectura de los textos procesales exige de realizar más esfuerzos para transmitir la idea de que este juez de instrucción, con todos esos poderes

acumulados, es un protagonista que alcanza un especial relieve cuando la realidad procesal que tiene en sus manos afecta a intereses, política o socialmente, relevantes. Es preciso dejar bien claro que las corrientes que reclaman la revisión del papel del juez de instrucción aparecen cuando su actividad fiscalizadora se extiende a ámbitos económicos o de carácter político, mientras antes nunca había sido cuestionado.

Para lograr una mejor perspectiva es conveniente hacer un breve recorrido por cada uno de los derechos fundamentales que pueden ser afectados por la intervención del juez de instrucción.

a) *Impacto sobre la dignidad personal*

El derecho a la dignidad personal obliga al juez de instrucción a tener un trato correcto con el sujeto pasivo de la investigación y garantizarle los derechos que reconoce nuestro artículo 24 de la Constitución a toda persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo. Debe salvaguardar su integridad y su dignidad personal y, al mismo tiempo, debe obrar con lealtad y respetar el principio de la buena fe en sus relaciones con el investigado. Esta lealtad y buena fe se desprende de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando encomienda al juez toda la actividad necesaria tanto para acusar como para exonerar de responsabilidad al imputado. Es una tarea delicada, en la que no se puede valer de argucias o engaños, dicho en términos coloquiales, no se pueden hacer trampas en la investigación, el juez tiene que obrar con nobleza hacia el investigado, exponiéndole sincera y claramente cuáles son los hechos y cuál es su posición procesal.

El interrogatorio del acusado, que es una de las bases de la investigación, se tiene que realizar de manera que no se comprometa su dignidad personal, por supuesto no se puede emplear ni amenazas ni coacciones. El interrogado tiene que estar a salvo de cualquier veleidad o de cualquier exabrupto por parte del juez de instrucción. De manera detallada y delicada nos dice la ley procesal penal que si el interrogatorio se prolongase durante mucho tiempo, se debe hacer un alto, para dejarle descansar y para que pueda seguir, en las debidas condiciones físicas y psíquicas, de forma que esté en plenitud de facultades para defender, de una manera más efectiva, su causa.

b) *Impacto sobre la libertad personal*

Pero quizá el tema estrella del debate sobre las facultades omnímodas del juez de instrucción sea el impacto sobre la libertad personal; es decir, sobre la posibilidad de acordar la prisión en el curso de una investigación criminal. Desde un plano teórico y si tenemos en cuenta los principios de nuestra Constitución, y sobre todo el principio de presunción de inocencia, parece que lo ideal sería que toda persona acusada de un hecho delictivo, por muy horrendo que fuera, debería esperar el juicio en libertad, lo cual, desde un punto de vista teórico, repito, es posible, pero desde un punto de vista más realista es preciso reconocer que, en ocasiones, produciría un gran rechazo social. La sociedad se escandaliza y se disparan las alarmas mediáticas cuando determinadas decisiones de los jueces ponen en libertad a una

persona sobre la cual pesa simplemente la sospecha inicial, todavía no ha habido acusación de haber cometido un hecho delictivo grave.

Ahora bien, el sistema tampoco se pronuncia por la prisión a ultranza. Adopta un término medio y encomienda al juez de instrucción la misión, en primer lugar, de decidir, en función de criterios o índices de ponderación, sobre la libertad y la prisión y, en segundo lugar, en el caso de que se decida por la prisión, debe saber, y así se lo marca la ley, que dispone de un tiempo tasado en relación con la duración de la misma y que si se le pasan los plazos tiene que poner en libertad a la persona investigada. Ésta es una de las exigencias del sistema para evitar la acumulación de presos preventivos en espera de juicio y para evitar males irreparables.

¿Y cuáles son los criterios o índices de ponderación que se le marcan al juez?, pues la verdad es que son excesivamente ambiguos y amplios. Se toman en consideración la naturaleza de la pena prevista para el delito, su gravedad, los antecedentes del imputado, las circunstancias del hecho, la alarma social y la frecuencia con que se producen determinados hechos delictivos. Estos criterios necesitan de una urgente revisión y de una continua adaptación.

Acomodar o justificar la decisión en función de la gravedad de la pena futura, por ejemplo, pensemos en una imputación de homicidio o de asesinato, es un criterio que puede ser tenido en cuenta para determinar la prisión o la libertad, o incluso la prisión con fianza o la libertad bajo fianza, pero realmente no es el único que se maneja. Hay otros que no están en la ley y que tienen una mayor justificación, que el criterio de la entidad de la pena. Solamente el juez de instrucción conoce todas las claves necesarias y puede administrar, en cada caso, las circunstancias que permiten ponderar el riesgo de fuga y la posibilidad de entorpecimiento o frustración de los medios probatorios. Si el juez de instrucción es consciente de que, acordando la libertad, se puede fugar el sospechoso frustrando el resto de la investigación o que podría adoptar medidas encaminadas a la destrucción de los medios de prueba, tiene más que justificada la decisión de acordar la prisión. Aun así, en este caso también estaría claramente delimitada por el tiempo, en el sentido de que, disipado el peligro de fuga y sobre todo garantizados los medios probatorios que corrían riesgos de ser destruidos, desaparecen las condiciones que aconsejaban la prisión.

Otro de los elementos que sirven de indicador para pronunciarse sobre la prisión es la alarma social producida por el delito. Su maleabilidad ha dado lugar a un debate inacabado, respecto del cual es difícil aportar una luz clara en cuanto a sus rasgos definitorios y su verdadera dimensión. ¿Qué se entiende por alarma social?, incuestionablemente en este momento, y las estadísticas son abrumadoras, nadie podría negar que los actos terroristas provocan una alarma social grave generalizada y muy fundada. Por tanto, cualquier hecho terrorista estaría dentro de este indicador de la prisión y justificaría la decisión del juez para acordarla. Pero si tomamos en consideración otros hechos delictivos, el concepto de alarma social realmente es más relativo y sobre todo tiene componentes de matices más ideológicos y sociológicos. Un medio de comunicación puede, por sí mismo o en conexión con otros, crear una situación de alarma social, incluso infundada, por la sola fuerza y por la sola potencia que tienen, hoy día, los intermediarios mediáticos. Un juez de instrucción puede tener un concepto puramente ideológico de la

alarma social en función de la naturaleza de determinados hechos delictivos o de los personajes que intervienen en su comisión.

Es cierto que se impone una reflexión sobre esta facultad del juez de instrucción, sobre todo en un sistema que, como se ha esbozado antes, impera el principio de presunción de inocencia. Cualquier persona investigada, no solamente durante la tramitación de la causa, sino cuando entra en la sala de audiencias para celebrar el juicio oral, debe ser considerado como inocente y solamente saldrá culpable cuando haya una resolución que así lo acuerde y ésta alcance la firmeza.

Pero el sistema en general ha desconfiado del juez de instrucción y de concederle esta potestad tan rigurosa y tan incisiva sobre la libertad individual del investigado, como es el determinar la prisión o la libertad. Ya hace unos años intentó, con la introducción de un artículo 504 bis en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sustraer la competencia del juez de instrucción para decidir la prisión o libertad en materia de terrorismo, imponiéndole la obligación de mantener la prisión, aunque considerase que procedía la libertad, en los casos en que hubiese recurrido el ministerio fiscal. El problema que puede parecer tangencial o coyuntural alcanza una gran trascendencia porque bascula sobre los principios informadores del sistema procesal. El juez de instrucción es una persona que goza de independencia y de inamovilidad, sin embargo el ministerio fiscal no tiene estas características. No obstante, se imponía el criterio del ministerio fiscal frente a la estimación del juez. Esta postura chocaba frontalmente con los valores del sistema y el Tribunal Constitucional, en una Sentencia de 3 de marzo de 1994, declaró inconstitucional el artículo mencionado.

Ahora bien, al margen de estas cuestiones, la realidad es que, cuando surge un juez de instrucción cuya actividad alcanza un gran impacto informativo, incluso con proyección mundial, el legislador, en función de resoluciones tomadas por esos jueces, entiende que deben limitarle sus facultades y aprovecha la Ley del Jurado de 1995 para cuestionar, una vez más, la figura del juez de instrucción. Parece que la modificación legislativa tenía una motivación *ad personam* y no en función de los principios del sistema. Se da una vuelta de tuerca quitándole la llave de la prisión y entregándosela al ministerio fiscal en un artículo 504 bis, 2, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que hasta ahora no ha tenido el mismo destino que tuvo el originario 504 bis, 1. El juez de instrucción ya no puede acordar prisiones, sino que tiene que convocar una audiencia, en el plazo de setenta y dos horas. En ella, la acusación pública, y dice muy bienintencionadamente el legislador, y las demás partes acusadoras, cuando lo normal es que no haya más parte acusadora que el ministerio fiscal y sólo, excepcionalmente, podrá haberse personado un querellante particular, solicitarán lo que estimen oportuno respecto de la prisión. En esa audiencia, a la que el imputado tiene que acudir asistido de letrado, si el ministerio fiscal no pide la prisión, el juez no puede acordarla, con lo cual se ha producido un trasvase y una ruptura de las facultades competenciales más tradicionales del juez de instrucción, encomendándose las al ministerio fiscal, que, en definitiva, es un órgano de dependencia jerárquica. Es previsible que, en determinados casos de trascendencia política, los mecanismos de funcionamiento de la unidad de criterio y dependencia se pondrían en marcha para que ese fiscal adoptase la decisión que le ordenase el fiscal general del Estado de turno. El sistema funciona así, y de esta manera se ha manifestado desde la aparición de nuestro texto constitucional, hasta

el momento presente. Ahora bien, dentro del mecanismo de la privación de libertad, el juez de instrucción todavía conserva una facultad mucho más drástica, que es la de la incomunicación. La prisión, agravada por el hecho de la incomunicación, es un instrumento excepcional. Aquí sí que el sistema desde siempre ha sido muy limitativo y restrictivo, estableciendo la posibilidad de la incomunicación, pero por el tiempo imprescindible para conseguir los objetivos necesarios para la investigación y sin que, por regla general, deba durar más de cinco días (art. 506 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

c) *Impacto sobre la confidencialidad*

El derecho a la protección de la confidencialidad es una garantía indirecta para el investigado. El clásico y tan traído y llevado secreto del sumario se ha convertido en una frase casi de estilo cuando se quiere contestar desde un foro político o judicial a una interpelación pública. La respuesta estereotipada pasa siempre por eludir la pregunta, contestando que el asunto está en manos de los jueces y que lo cubre el secreto del sumario. La investigación está en mano de los jueces y la cubre el secreto del sumario, pero, al mismo tiempo, todo o parte de su contenido está en todos los telediarios y en las primeras páginas del periódico, con lo cual, evidentemente, la realidad procesal no se corresponde con la realidad informativa. Nos encontramos, desde este punto de vista, en una situación de crisis del secreto que es necesario actualizar, en un mundo en el que los medios de comunicación tienen, según la Constitución, el derecho y el deber de difundir una información veraz. Habría que readaptar el concepto tradicional de secreto al contenido constitucional del derecho a la información. Lo que sí puede hacer el juez de instrucción, y además imponerlo drásticamente y con severas sanciones a sus infractores, es la declaración expresa del secreto de la totalidad o de parte del sumario, acordándolo así al amparo del artículo 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por un tiempo también limitado. El sistema no permite abusar del secreto, porque sería tanto como volver a potenciar los aspectos más inquisitivos del proceso que tienen que ser necesariamente superados.

d) *Impacto sobre la intimidad*

Pero no solamente se actúa sobre la confidencialidad, sino también sobre la intimidad. El juez de instrucción tiene las llaves de los domicilios y los mandos de los mecanismos de interceptación de las conversaciones telefónicas y cualquier otra comunicación postal. Todo ello proporciona mucho poder. El artículo 18 de la Constitución coloca, bajo la salvaguarda de los jueces, las entradas y registros en domicilios y la interceptación de las comunicaciones telefónicas y de todo género, aunque, como es lógico, la Ley de Enjuiciamiento Criminal solamente hacía referencia, en principio, a las comunicaciones postales y telegráficas y no hablaba de las telefónicas, que no existían. Ahora, al introducir las telefónicas, se ha olvidado también de los modernos medios de comunicación, como el correo electrónico. En mi opinión no hay ningún problema para que un juez de instrucción pueda efectivamente acordar una interceptación de un correo electrónico. Pensemos hasta

dónde nos puede llevar la capacidad del juez de instrucción en la investigación llevada a través de una entrada y registro o de una interceptación telefónica.

En la entrada y registro los efectos sobre la intimidad son más limitados, por lo menos temporalmente, porque se consuman y se agotan en un instante relativamente breve. Se constituye la comisión judicial, entra en el domicilio y se llevan aquellos objetos o efectos que consideren de interés. Termina la diligencia y se levanta acta y, a partir de este momento, cesa o desaparece la invasión de la intimidad. Por tanto es una medida, que es incisiva sobre este derecho, pero que se agota en un lapso de tiempo relativamente corto.

Sin embargo, las intervenciones telefónicas tienen una mayor extensión temporal que, en ningún caso, puede ser desmesurada, porque sería absolutamente desproporcionada y contraria al principio de proporcionalidad. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en una de sus sentencias, acuñó una expresión que constituye un principio insoslayable para cualquier investigación que se desarrolle en un Estado democrático: «no se puede obtener la verdad a cualquier precio». Hay unos límites incluso para el investigador judicial. El juez de instrucción no puede, de manera ilimitada, dejar que un teléfono esté intervenido uno, dos o tres años. Nos encontraríamos ante una medida absolutamente desproporcionada que incidiría gravísimamente sobre la intimidad de la persona afectada e incluso sobre todo el grupo familiar, que sin saberlo se explaya en conversaciones de naturaleza íntima. La Ley de Enjuiciamiento no ha desarrollado suficientemente, en el artículo 579, todas las fases que es necesario cubrir para que una escucha telefónica alcance su finalidad probatoria. La parte técnica, constituida por la mecánica de interceptación y escucha, se encomienda a los servicios telefónicos y a la policía, que es quien materializa la grabación, realiza la transcripción y la entrega, junto con las cintas grabadas, al Juzgado de Instrucción. El juez de instrucción tiene la misión de recibir íntegramente todo el material y la responsabilidad de contrastar, por medio de la fe del secretario judicial, la transcripción, eliminando todo aquello que afecte a la más íntima sensibilidad de las personas y que no tenga interés para la investigación, porque si no estaría conculcando el derecho fundamental a la intimidad.

La medida, según se dice reiteradamente por la jurisprudencia de Estrasburgo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, tiene que ser proporcionada, idónea y subsidiaria, de tal manera que si hay otro medio de investigación, menos gravoso para un derecho fundamental, para llegar al conocimiento de determinados hechos se debe utilizar antes de afectar de manera directa a un derecho fundamental como el de la intimidad.

e) *Impacto sobre otros derechos*

Pero no queda aquí el impacto sobre derechos subjetivos de la persona investigada, también el juez tiene la posibilidad de afectar al derecho de propiedad. Este cúmulo de potestades ha llevado a una autora francesa, Mireille Delmás Marty, a comparar al juez de instrucción con una persona que, a la vez que investiga, tiene unas amplias posibilidades de adoptar las más variadas medidas sobre importantes derechos fundamentales que resulta impensable que se concentrase tanto poder en ningún otro personaje. En el curso de la investigación puede, por ejemplo, exigir fianzas, con lo cual incide sobre el dinero, si es en metálico, en fianzas pignoratí-

cias, etc. Si también puede adoptar medidas de embargo de bienes, con lo cual impide su transmisión y su utilización por su titular. Estas medidas no solamente se pueden utilizar frente a la persona directamente investigada o implicada en un hecho delictivo, sino tiene la posibilidad de extender los embargos respecto de personas que sola y exclusivamente son responsables civiles y no son criminalmente imputados. Por tanto, también desde esta perspectiva, el impacto de la actividad investigadora del juez de instrucción es muy intensa.

En algunos casos incluso afecta a derechos públicos subjetivos, por ejemplo en materia de terrorismo (art. 384 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), se establece que, una vez acordada la prisión, la persona acusada o imputada como autora de un delito de terrorismo pierde momentáneamente su condición de funcionario o cargo público, lo cual, desde una perspectiva del principio de presunción de inocencia, es discutible. También puede clausurar cautelaramente establecimientos o locales abiertos o no al público, así como sedes de empresas y suspender de las actividades de sociedades, fundaciones o asociaciones durante la tramitación de la causa. El impacto económico y de toda índole de estas potestades resulta evidente y confirma, una vez más, los extensos poderes de los que goza el juez de instrucción.

III. PERSPECTIVAS DE FUTURO. ¿ES POSIBLE SU SUSTITUCIÓN?

Si el juez de instrucción es este personaje que se acaba de diseñar a grandes rasgos, debemos plantearnos, ¿es posible su sustitución en el momento actual y por quién? ¿Quién sería su sustituto? El único estamento que se vislumbra como posible sustituto sería el ministerio fiscal, cuya responsabilidad en la investigación es reclamada por algunos sectores jurídicos importantes. Un informe reciente del Consejo General del Poder Judicial propugna esta postura, si bien con algunas cautelas.

Antes de realizar imitaciones foráneas o de entrar en el análisis de las propuestas, conviene saber que, por encima de las líneas generales o de los diseños abstractos, está la realidad cotidiana que nos dice, de una manera muy realista y expresiva, que no hay prácticamente dos investigaciones judiciales iguales, que cada investigación judicial tiene aspectos o características muy diferentes, e incluso por grupos de delitos no es lo mismo investigar un robo del tirón en la calle que un delito societario, un delito medioambiental, un delito contra la Hacienda Pública o cualquier otra figura delictiva de cierta complejidad. Todo esto, además de otras cosas, tiene que saberlo el legislador antes de introducirse por los vericuetos de la sustitución. Hay aspectos de la investigación en los que no se puede prescindir del juez de instrucción. Se trata de una persona que constitucionalmente tiene garantizada su independencia y su inamovilidad, de tal manera que, iniciada la investigación, nadie puede poner trabas a la misma y nadie le puede remover, apartándole, porque resulte demasiado incómodo o excesivamente curioso e incisivo.

Sin embargo, el posible sustituto que se nos ofrece no tiene ni independencia ni inamovilidad. No es independiente porque el propio artículo 124 de la Constitución nos dice que se regirá por el principio de dependencia jerárquica, aunque también se habla del principio de imparcialidad y del principio de legalidad. La

independencia se puede reconocer a título personal, pero no se puede garantizar institucionalmente. Cuanto más independientes fuesen, más riesgo de movilidad tendrían. Dado el sentido jerárquico de la institución, el fiscal general del Estado o algún responsable directo de las Jefaturas de las Fiscalías, podría considerar que no era la persona más adecuada para realizar la investigación y removerlo. Esto no solamente sería un grave riesgo para las garantías de investigación, sino que incluso provocaría conflictos públicos e incluso conmociones políticas que, en los casos de que se tratase de una investigación de gran impacto y trascendencia en la vida política, podría, con toda seguridad, dar lugar a una interpelación Parlamentaria. Por tanto hay que saber que si se acude al ministerio fiscal y se conserva la posibilidad de removerlo, y sobre todo de darle instrucciones, se debe admitir que no es el instrumento más adecuado para sustituir al juez de instrucción.

Pero no es éste el principal obstáculo, ya que se deben tener en cuenta cuestiones adicionales, como las que se derivan del valor probatorio del material acumulado durante la investigación. A pesar de que el legislador que redacta la Ley del Jurado lo ha pensado, no se puede establecer un corte radical, una sección tajante y neta entre el resultado de la investigación y el material probatorio que se produce en el acto del juicio oral. Es cierto, y se ha dicho así por Alonso Martínez en 1882, que lo ideal sería que el sistema funcionase solamente con las pruebas del juicio oral, pero la experiencia nos dice que, en la mayor parte de los casos, esto no es posible sin provocar un gran aumento de las sentencias absolutorias. Las personas acusadas tienen derecho, como es lógico, a no declarar contra sí mismas y a no confesarse culpables. Si este derecho lo ejercitan en el acto del juicio oral y no se pueden celebrar más pruebas directas o circunstancialmente extraídas del material investigado, la absolución es una consecuencia ineludible. Por otro lado, los grandes sumarios sobre delitos cometidos por el crimen organizado o fraudes financieros de gran entidad y complejidad contable necesitan de una laboriosa investigación previa que después es necesario trasladar y depurar en el juicio oral.

El juez de instrucción ha acopiado todas las pruebas posibles, declaraciones, documentos y pericias, en lo que anteriormente se conocía como sumario y que ahora generalmente se denominan fase o diligencias de investigación. Es una prueba obtenida ante el secretario judicial que, como garante de la fe pública, acredita que todo lo que el juez de instrucción ha consignado como declaración del imputado o manifestaciones de un testigo responde a la realidad. En consecuencia, no existe inconveniente para que, a falta de otras pruebas, reaparezcan en el momento del juicio oral con todas las cautelas que sean necesarias y siempre, por supuesto, sobre la base de una efectiva contradicción y de que el imputado pueda oponerse eficazmente a la prueba así obtenida. Esta garantía no la puede ofrecer la investigación alternativa que se propone porque, por mucho que el Estatuto Orgánico del ministerio fiscal diga que sus actuaciones, en las investigaciones previas, gozan de la presunción de veracidad, no es posible atribuirles este carácter, porque ni siquiera el juez de instrucción, si actúa al margen del secretario, tendría posibilidades de demostrar la veracidad de estas diligencias. No podemos olvidar, por otro lado, que el juez de instrucción es por esencia neutral, mientras que el ministerio fiscal tiene un interés relevante en llevar adelante la acusación. Si se ha dicho y admitido que el que instruye no puede fallar, no es menos cierto que el que investiga no puede acusar, porque en el caso del fiscal asume además la condición de parte.

Si se pretende que el sistema camine hacia una investigación practicada por el ministerio fiscal, no podemos olvidar que la Constitución nos dice que todo lo relativo a la afectación a derechos fundamentales: prisión, intimidación, domicilio, comunicaciones, no lo puede decidir el fiscal, porque constitucionalmente solamente corresponde ordenarlo al juez. La solución que se propone es la siguiente: hagamos un fiscal investigador y dotémosle como complemento de un juez llamado de garantías, de tal manera que si el fiscal, en el curso de la investigación, considera que se debe entrar en el domicilio, se dirige al juez y le solicita que expida un mandamiento de entrada y registro.

Esta solución me parece absolutamente disfuncional y con un grave riesgo para el éxito final de la investigación. Me parece disfuncional porque es más lógico que sea el propio órgano que está investigando, que conoce todo el material acumulado, desde el principio, que sabe por dónde pueden surgir las sorpresas, por dónde se puede escapar el sospechoso, o por dónde se pueden fugar unas pruebas, el que, de manera natural, si considera que debe complementar los indicios iniciales con pruebas obtenidas en un registro domiciliario, lo acuerde sin más dilaciones, porque él tiene todas las claves para decidir sobre su oportunidad. Pero si el fiscal investigador tiene que solicitar esta medida del juez de garantías, se produce una doble disfuncionalidad derivada de la necesidad de interrumpir la investigación y de conceder al juez un plazo para decidir. Lo natural es que nos encontremos jueces de muy diversa personalidad. Jueces que de una manera automática, como si fuera un servicio de urgencias, concedan todos los mandamientos y jueces más rigurosos que soliciten del fiscal explicaciones y detalles sobre cuáles son las razones por las que necesita el mandamiento de entrada y registro y la interceptación de las comunicaciones telefónicas. Si se estiman necesarias justificaciones y razonamientos, se abriría una pieza que habría que declarar secreta, porque sería ingenuo que se discutiesen todas las posibles diferencias a la vista del imputado y éste supiese que, a las veinticuatro o cuarenta y ocho horas, el Juez iba a ordenar que se entrase en su domicilio. En todo caso la medida se demoraría y no surtiría efecto.

El factor sorpresa es indispensable en todas estas medidas extraordinarias de entrada y registro o de interceptación de las comunicaciones telefónicas, por tanto el juez de garantías está muy bien para soslayar los escollos constitucionales, pero, desde el punto de vista práctico de la efectividad de la investigación, me parece absolutamente disfuncional y de escasa utilidad al romper radicalmente la marcha armónica de la investigación.

Lo cierto es que en este debate vamos a tener una relativa oportunidad de dilucidarlo, a pequeña escala, por entrada en vigor de la Ley del Menor. Se ha creado la figura del fiscal instructor frente al juez que establece las medidas de corrección. En una esfera puramente correccional y de tratamiento, me parece que obedece a razones operativas muy lógicas. Estamos ante una justicia singular, no se trata de imponer castigos punitivos o sancionadores de carácter reactivo, sino simplemente de incorporar o de dar respuesta a situaciones de crisis juvenil que necesitan unas medidas específicas. Desdoblar la función de juez de instrucción de menores y juez de lo penal, o enjuiciador de menores, sería costoso desde el punto de vista del impacto presupuestario, al duplicar la figura de los jueces, y me parece mucho mejor que la fase de investigación e imputación la lleve el ministerio fiscal y que

después el juez de menores imponga la sanción que estime adecuada al caso concreto que se le presenta.

Pero existen más obstáculos a la figura del fiscal investigador, como los que se derivan de las exigencias del principio constitucional que consagra la igualdad de armas procesales y la investigación contradictoria. Un sistema que se ajuste a estas previsiones pasa por mantener la figura del juez de instrucción, por introducir mecanismos de corrección y de contradicción desde el momento de iniciación de la investigación y por garantizar al acusado, al máximo, su capacidad de defensa durante toda la fase previa y, por supuesto, en el acto del juicio oral. Sólo el juez de instrucción, con sus actuales competencias, puede garantizar una investigación equilibrada.

Por el contrario, sí que sería muy importante, y así lo ha demostrado la realidad, potenciar el fiscal especializado. Creo que la creación de la Fiscalía Anticorrupción ha sido una aportación trascendente a la lucha contra determinadas figuras de delincuencia organizada de carácter político o económico. La creación de otras Fiscalías como la del medio ambiente y la Fiscalía especializada contra la droga es, en definitiva, el futuro. Fiscalías especializadas que rompan la rutina y orienten su actividad hacia sectores de la criminalidad que normalmente no tenían entrada en los ámbitos de los Palacios de Justicia.

La opción por uno u otro sistema no es inocente o puramente técnica. No lo es porque están en cuestión determinados principios y concepciones del proceso. Lo decía ya hace tiempo Goldschmidt, cuando afirmaba que: los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general, por tanto sería una ingenuidad pensar que un cambio de esta naturaleza no implica un cambio de concepción política del proceso y habría que ver si este cambio de concepción política del proceso está dentro de los parámetros de la Constitución y si es operativo en la lucha contra el crimen. El mismo autor recuerda que se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de la Constitución. Partiendo de esta experiencia, la ciencia procesal ha desarrollado un número de principios diversos que constituyen la base del proceso. La mutua lucha de los mismos, el triunfo ya de uno o ya de otro o su fusión, caracterizan la historia del proceso.

Dejemos que la historia permanezca con sus actuales protagonistas porque lo contrario sería introducir un cambio, en mi opinión, peligroso, inútil e incluso inconstitucional, por romper el principio de igualdad de armas y el derecho a un juicio con todas las garantías.

