



TRABAJO FIN DE MÁSTER

Máster en Abogacía

Escuela de Doctorado y Estudios de Posgrado

Universidad de La Laguna

Curso 2022-2023

Convocatoria: julio

**LA DIRECCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PENAL POR EL
MINISTERIO FISCAL**

The directorate of criminal investigation by the prosecutor's office

Realizado por el alumno Iván David Hernández de León

Tutorizado por la Profa. Elena Laro González

Departamento: Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa

Área de conocimiento: Derecho Procesal



RESUMEN

El Ministerio Fiscal es una figura que existe en nuestro país desde el año 1387 lo que supone que la institución no es la misma hoy en día que la que fue en aquella época. Aun así, es una figura que ha estado en constante crecimiento, pero también han sido innumerables los debates que han surgido en torno a ella. En el presente trabajo nos centraremos en las últimas modificaciones, de gran calado, que se pretenden acometer. La más significativa es la atribución de la dirección de la investigación de los procesos penales al Ministerio Fiscal, apartando al juez instructor.

Este modelo se acomodaría con el mandato de nuestra Constitución Española y sería coherente con los sistemas procesales que rigen en el entorno europeo, abandonando las tradiciones inquisitorias donde un juez es el que investiga. Además, la llegada de la Fiscalía Europea hace este cambio más necesario, que requiere una reforma para su correcta implantación.

En nuestro trabajo se abordarán estas cuestiones, identificando las virtudes o defectos del sistema vigente y del nuevo modelo que se pretende instaurar desde hace algún tiempo.

Palabras clave: Ministerio Fiscal, Fiscal Europeo, Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, Juez de Garantías, investigación, proceso penal



ABSTRACT

The Public Prosecutor's Office is a figure that has existed in our country since 1387, which means that the institution is not the same today as it was at that time. Even so, it is a figure that has been constantly growing, but there have also been countless debates that have arisen around it. In the present work we will focus on the latest modifications, of great depth, that are intended to be undertaken. The most significant is the attribution of the direction of the investigation of criminal proceedings to the Public Prosecutor's Office, separating the examining magistrate.

This model would accommodate the mandate of our Spanish Constitution and would be consistent with the procedural systems that govern the European environment, abandoning the inquisitorial traditions where a judge is the one who investigates. In addition, the arrival of the European Public Prosecutor's Office makes this change more necessary, which requires a reform for its correct implementation.

In our work these issues will be addressed, identifying the virtues or defects of the current system and the new model that has been intended to be established for some time.

Key Words: Prosecutor's Office, European Prosecutor, Draft Criminal Procedure Law, Judge of Guarantees, investigation, criminal proceedings



ÍNDICE

1. Introducción.....	pág. 5
2. Contexto histórico de la figura del Ministerio Fiscal.....	pág. 5
3. Marco normativo básico y naturaleza del Ministerio Fiscal.....	pág. 7
4. Funciones del Ministerio Fiscal en el proceso penal actual.....	pág. 10
5. Las proyectadas propuestas de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.....	pág. 11
5.1. La dirección de la fase de instrucción.....	pág. 13
5.2. El control judicial de la actividad investigadora: el juez de garantías y la impugnación de los decretos del fiscal	pág. 18
5.2.1. Dilación Indebida en el procedimiento de investigación	pág. 19
5.2.2. El secreto en el procedimiento de investigación	pág. 21
5.3. La conclusión de la investigación: la fase intermedia.....	pág. 24
5.4. Problemas de la atribución de la instrucción al Ministerio Fiscal	pág. 25
5.4.1. Desde una perspectiva práctica	pág. 25
5.4.2. Desde una perspectiva teórica.....	pág. 27
5.5. Ventajas de la atribución de la instrucción al Ministerio Fiscal	pág. 29
6. La cuestionada imparcialidad del juez de instrucción	pág. 31
7. La adecuación de nuestro sistema procesal penal al modelo que implanta el Reglamento de la Fiscalía Europea.....	pág. 39
8. Comparación del modelo procesal penal español con el modelo procesal penal alemán.....	pág. 44
9. Conclusiones.....	pág. 47
10. Bibliografía.....	pág. 49



1. INTRODUCCIÓN

Nuestro proceso penal ha sido objeto de intensos debates, principalmente por el modelo sobre el que debemos optar, siendo el Ministerio Fiscal el principal afectado por las posibles modificaciones.

Desde hace tiempo, se ha intentado en España atribuir al Ministerio Fiscal más funciones de las que ahora ostenta, entre ellas, la dirección de la investigación en los procesos penales. Han sido varios los intentos, aunque ninguno ha prosperado, y nuevamente con el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, vuelven a surgir debates y de nuevo la institución se ve envuelta en discusiones doctrinales.

En este trabajo se pretende abordar el estudio de la figura del Ministerio Fiscal desde su origen hasta el anteproyecto de 2020, explicando sus funciones, retos a los que se enfrenta, problemas a los que se ve expuesto y, sobre todo, los posibles beneficios que aportaría el cambio de concepción de la instrucción.

2. CONTEXTO HISTÓRICO DE LA FIGURA DEL MINISTERIO FISCAL

La palabra “ministerio” proviene del latín “*ministerium*” que significa “servicio, empleo, oficio”, y “fiscal” procede del latín “*fiscalis*” que equivale “a la administración de bienes y riquezas de un estado” y, asimismo, “*fisco*” que significa “cesto, canasto”, en alusión a la hacienda pública.

En Iberoamérica los fiscales reciben la denominación *procuradores* y la Fiscalía General del Estado *Procuraduría General*. En España, sin embargo, la palabra Fiscal, que viene del término “*fisco*” nos recuerda a la Hacienda Pública. Esto es así porque fue en el Derecho Romano donde aparecen los antecesores más próximos llamados “*advocatus fisci*”, figura creada con el objetivo principal de gestionar y defender los intereses fiscales¹.

¹ Nota de prensa: ¿Por qué los fiscales se llaman fiscales y cuáles eran sus funciones originales? Disponible en: <https://confilegal.com/20180716-por-que-los-fiscales-se-llaman-fiscales-y-cuales-eran-sus-funciones-originales/> (consultado el 17 de mayo de 2022).



Posteriormente en España, entre los años 590 y 618, aparecen las primeras referencias a una figura similar llamada “*actore rerum fiscalium*” que era el encargado de la defensa de los intereses fiscales ante los tribunales².

A continuación, nos remontamos al año 1387, en las Cortes de Briviesca, donde por primera vez y de forma expresa se estableció por Juan I la figura del fiscal, consolidada posteriormente por Juan II en 1436. Más tarde, Felipe II separó los fiscales por materias, existiendo así fiscales para las causas civiles y fiscales para las causas penales³.

La realidad más cercana surge con la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 que configuró al Ministerio Fiscal como el encargado de ejercitar la acción de la Justicia en cuanto exista interés público, así como representante del Gobierno en lo que concierne a sus relaciones con el Poder Judicial.

Tan solo dieciséis años después se promulgó el Real Decreto de 10 de marzo de 1886, creador del Cuerpo de Abogados del Estado, el cual limitó el campo de actuación del Ministerio Fiscal que ya no tiene la encomienda de representar los intereses del Gobierno ante los Tribunales, aunque con algunas excepciones, —por ejemplo, en el orden contencioso-administrativo, en caso de que la Hacienda Pública sea parte de un proceso contencioso-administrativo, la Dirección General de lo Contencioso podrá trasladar instrucciones al MF para actuar de la mejor forma posible en beneficio de los intereses del órgano recaudador⁴.

En el año 1926 se instaura la Carrera Fiscal como carrera autónoma a través del Real Decreto de 21 de junio de 1926, que crea el primero de sus Estatutos, encomendándole las funciones de representar al Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial y velar por la observancia de las leyes, promoviendo la acción de la Justicia en defensa de los intereses públicos para el mantenimiento del orden público⁵.

Con la llegada de la Constitución de 1978, el Ministerio Fiscal deja de ser un órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales, configurándose como una

² Ídem.

³ Ídem.

⁴ RIVAS CASANOVA, E. (2001) *Cátedra «Jorge Juan»: ciclo de conferencias, curso 1998-1999*. Universidad da Coruña, Servizo de publicación, pág. 191.

⁵ Nota de prensa: *¿Por qué los fiscales se llaman fiscales y cuáles eran sus funciones originales?* Disponible en: <https://confilegal.com/20180716-por-que-los-fiscales-se-llaman-fiscales-y-cuales-eran-sus-funciones-originales/> (consultado el 17 de mayo de 2023).



institución autónoma, actuando a través de sus propios órganos, sin dependencia del CGPJ (autonomía orgánica y funcional), que tendría como límite, principio y *desiderátum* el principio de legalidad⁶.

3. MARCO NORMATIVO BÁSICO Y NATURALEZA DEL MINISTERIO FISCAL

Nuestra Carta Magna dedica el art. 124 al Ministerio Fiscal, el cual dispone que: *“1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. 2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad. 3. La ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal. 4. El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial”*.

Ya la primera manifestación de dicho artículo recoge el fin máximo que debe satisfacer esta institución, cuando le encarga la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, ya sea de oficio o a petición de los interesados.

En referencia al principio de unidad de actuación y dependencia jerárquica, el Ministerio Fiscal existe como institución única, que debe actuar de forma homogénea en todo el territorio español, para evitar duplicidades de cualquier tipo y, además, está organizado jerárquicamente de forma que el Fiscal General del Estado se encuentra en la cúspide. A este último le compete impartir las órdenes e instrucciones de orden interno de dicha institución, es decir, a todos los fiscales de España, asegurando a través de directrices generales (circulares, instrucciones y consultas) que se cumpla el principio de unidad de actuación.

⁶ RIVAS CASANOVA, E. (2001) *Cátedra «Jorge Juan» ...*, op. cit., pág. 193.



En cuanto al principio de legalidad, el Ministerio Fiscal actuará siempre en el marco de la Constitución, las leyes y demás normas que integren nuestro ordenamiento jurídico, ejercitando u oponiéndose a las acciones indebidamente actuadas (art. 6 EOMF⁷). La imparcialidad implica una actuación con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados (art. 7 EOMF).

Por otro lado, en el año 2022 se promulga el Real Decreto 305/2022, de 3 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Ministerio Fiscal, derogando el anterior Reglamento que había sido aprobado mediante Decreto 437/1969, de 27 de febrero, durante la dictadura franquista y que era una anomalía en nuestro ordenamiento jurídico, como así se desprende del preámbulo del reglamento ahora en vigor, que ofrece dos razones históricas:

La primera de ellas es que se trataba de una norma preconstitucional. A mediados del siglo XX se concibe al Ministerio Fiscal como órgano de comunicación entre el poder ejecutivo y el Poder Judicial, lo cual se trunca con la llegada de la Constitución a finales del siglo XX, que en su artículo 124 opta por una fórmula híbrida que parece ser que lo enmarca dentro del Título VI relativo al Poder Judicial, aunque no de forma absoluta, pues el Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial y, a la misma vez, atribuye al Ministerio Fiscal la defensa de la legalidad.

La nueva concepción del Ministerio Fiscal, entre los poderes del Estado, provocó que la norma reglamentaria anterior, inspirada en la concepción gubernativa y dependiente del ejecutivo, no encajara del todo bien en nuestro ordenamiento, aunque ello no le frenó para seguir en vigor hasta hace relativamente poco.

La segunda de las razones es porque se trata de una norma pre estatutaria, es decir, el Reglamento que anteriormente estaba en vigor fue concebido mucho antes que el propio Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. La configuración constitucional del Ministerio Fiscal del artículo 124 CE fue desarrollada por primera vez mediante la Ley 50/1981, delimitando legalmente al Ministerio Fiscal en el artículo 2.1 del Estatuto Orgánico, reformado por Ley 24/2007, de 9 de octubre, el cual establece que: “el *Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, y ejerce su*

⁷ Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.



misión por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad”.

De la lectura de la norma citada se desprende que los principios que ya existían antes que la Constitución siguen aún consolidados de forma que se han mantenido rígidos e inmutables a lo largo del tiempo, permitiendo la aplicación del Reglamento en la medida de lo posible y sólo en relación con los preceptos que conforme a la Constitución y las leyes fueran aplicables.

En definitiva, tanto el Estatuto como la Constitución son los dos pilares sobre los que se apoya la figura del Ministerio Fiscal.

Por otro lado, ya dejábamos ver que parece ser que el Ministerio Fiscal pertenece al Poder Judicial por cuanto que el art. 124 de la Constitución Española se inserta en el Título “Del Poder judicial”, además también de la inclusión que realiza el propio EOMF.

Lo cierto es que realmente esto es una premisa que carece de sentido y que no se acoge por parte de la doctrina⁸. La realidad es que el Ministerio Fiscal no ejerce potestad jurisdiccional alguna, primero porque se residencia exclusivamente en los jueces y magistrados, y segundo porque el Ministerio Fiscal no tiene la capacidad de juzgar y ejecutar lo juzgado. Es por ello que no pertenece al Poder Judicial, pues como argumenta MORENO CATENA⁹ el Ministerio Fiscal ni juzga ni ejecuta lo juzgado, sino que se limita a realizar solicitudes a los tribunales y, además, a efectos organizativos, mientras que el Poder Judicial se organiza de manera independiente, el Ministerio Fiscal está sujeto a una dependencia jerárquica.

En relación con el resto de los poderes, tampoco puede decirse que el Ministerio Fiscal se integre en el poder legislativo ya que no tiene ningún tipo de conexión con las Cortes Generales. En lo que respecta al poder ejecutivo, algunas voces lo sitúan en él, ya que queda descartado por completo que la figura del fiscal pueda llegar a configurar por sí misma un cuarto poder ajeno a todos los demás, ya

⁸ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. & MORENO CATENA, V. (2021) *Introducción al Derecho Procesal 11ª Edición*. Tirant lo Blanch. Págs. 184-186.

⁹ MORENO CATENA, V. (2007) “El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos”. *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, nº1, págs. 75-97.

que el hecho de que sea el ejecutivo el competente para el nombramiento del FGE genera por sí un grado de dependencia¹⁰. De esta forma el papel del Gobierno acaba siendo determinante ya que son los responsables electores de quien dirige la figura del Ministerio Fiscal y ostenta su jefatura superior.

Con base en estos razonamientos tenemos argumentos suficientes para encuadrar la figura del Ministerio Fiscal en el poder ejecutivo, si bien en base al principio de autonomía funcional se alega que no existe dependencia, pues sólo estarán sujetos a las instrucciones del Fiscal General del Estado. Esto, aunque cierto, genera muchos debates en la práctica pues el ejecutivo toma parte en el nombramiento del Fiscal General del Estado, máximo representante de dicha institución, desempeñando así un papel decisivo y corriendo el riesgo de que el Ministerio Fiscal se instrumentalice por los partidos políticos.

4. FUNCIONES DEL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO PENAL ACTUAL

Las funciones del Ministerio Fiscal vienen recogidas en el artículo tercero del EOMF. De forma resumida, el Ministerio Fiscal tiene como funciones el ejercicio de la acción penal en los delitos públicos y semiprivados, la inspección directa en la formación del sumario por los jueces de instrucción, sin que esto llegue a significar que el Ministerio Fiscal controle las actuaciones del juez de instrucción, sino que se limitará a participar en la instrucción tanto solicitando actos de investigación como formulando alegaciones.

Por un lado, el juez de instrucción debe informarle de la incoación de la instrucción en todos los casos (art. 308 LECrim); y, por otro lado, la declaración del sumario como secreto no le afectará (art. 302 LECrim), constatándose así la posición privilegiada que ostenta respecto de las partes.

Cabe también resaltar la diferencia del modus operandi del Ministerio Fiscal en un proceso ordinario y en un procedimiento abreviado. En el primero, el Fiscal podrá realizar investigaciones previas a la formación del sumario para fundamentar la

¹⁰ Véase en sentido contrario, LANZAROTE MARTÍNEZ, P. (2017) “El Ministerio Fiscal ante la anunciada (por enésima vez) reforma del proceso penal: algunos aspectos estructurales básicos”. *Diario la Ley*.



presentación de su querrela (art. 5 EOMF) o al mismo tiempo en el que se desarrolla el sumario para fundamentar las pretensiones que realice ante el juez (art. 287 LECrim). En el segundo, el Ministerio Fiscal podrá formar un procedimiento preliminar, tal como se determina en el art. 773 LECrim: *“cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado, informará a la víctima de los derechos recogidos en la legislación vigente; efectuará la evaluación y resolución provisionales de las necesidades de la víctima de conformidad con lo dispuesto en la legislación vigente y practicará él mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo. El Fiscal decretará el archivo de las actuaciones cuando el hecho no revista los caracteres de delito, comunicándolo con expresión de esta circunstancia a quien hubiere alegado ser perjudicado u ofendido, a fin de que pueda reiterar su denuncia ante el Juez de Instrucción. En otro caso instará del Juez de Instrucción la incoación del procedimiento que corresponda con remisión de lo actuado, poniendo a su disposición al detenido, si lo hubiere, y los efectos del delito”*.

Asimismo, le corresponde instar el procedimiento de *“Habeas Corpus”* tal como establece la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *“Habeas Corpus”*.

5. LAS PROYECTADAS PROPUESTAS DE REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

Nuestra actual Ley de Enjuiciamiento Criminal data del año 1882 y a pesar de las reformas que se han producido es una norma preconstitucional que no se adecua a la realidad actual¹¹.

La Constitución de 1978 pretendía ciertos objetivos entre los que se encuentra el de implantar en España un proceso penal propio de una *“sociedad democrática avanzada”*. Esto quiere decir en otras palabras que necesitábamos un sistema procesal penal que garantizase los derechos fundamentales de los ciudadanos.

¹¹ Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020.



Tal y como manifiesta la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal dicho objetivo, casi medio siglo después, sigue aún sin cumplirse. Parece ser que la razón del incumplimiento radica en fines políticos, pues de una forma u otra, los anteproyectos anteriores (que datan el primero del año 2011 y el segundo del año 2013) o bien han sido pospuestos o evitados por los propios partidos políticos, los cuales, en desacuerdo, no han permitido que los anteproyectos salga a la luz, pues como bien sabemos, para que una ley sea aprobada deber pasar primero por el control de las cámaras legislativas siendo necesaria una mayoría absoluta al tratarse de una Ley Orgánica (art. 81.2 CE). Por esta razón se han producido setenta y siete modificaciones en nuestra LECrim, siendo una norma que ha “renacido”, desde mi punto de vista, a partir de abundantes reformas, siendo bastante diferente a como lo era en 1882.

Hace ya más de dos décadas que se firmó el “Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia” que tenía como finalidad principal el desarrollo de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal que se adaptase fielmente a las exigencias sociales y jurídicas de nuestros tiempos. Fue en el año 2011 cuando por primera vez llegó a aprobarse, en Consejo de Ministros, el primer Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si bien este anteproyecto de ley fracasó, supuso un precedente importante para la posterior actualización de nuestra norma procesal penal¹².

Posteriormente, en el año 2013, surge la *Propuesta de Código Procesal Penal*, que, aunque técnicamente no era exactamente igual a su antecesor, mantenía sus mismos principios fundamentales. La exposición de motivos del texto de 2013 afirmaba que debía configurarse un proceso instructor y enjuiciador más moderno, más ágil, pero sobre todo con el impacto suficiente para apartar la tradición inquisitorial, atribuyendo la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal. Si bien esta propuesta no llegó a ver a luz, es cierto que algunas partes de dicho texto se plasmaron en la actual LECrim a modo de reformas parciales, como por ejemplo incorporando la regulación de las diligencias de “investigación tecnológica¹³”.

¹² Ibidem.

¹³ Ídem.

Todos los anteproyectos anteriores tienen en común un objetivo: una justicia penal moderna, ágil y garantista. Esto ha servido como inspiración para el anteproyecto de 2020¹⁴.

Finalmente, en el año 2020, surge el tercer anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, que tiene como fin terminar lo que la sociedad lleva demandando más de dos décadas, que es ni más ni menos que una Ley de Enjuiciamiento Criminal con normas procesales que se adecuen a la realidad social, así como con el contexto político-europeo. Según la exposición de motivos de dicho anteproyecto, podemos destacar que este anteproyecto busca principalmente acabar con el proceso inquisitivo, eliminando la figura del juez instructor para instaurar la figura del Ministerio Fiscal como director de la investigación.

Nuestra actual LECrim, en un principio, pretendía abandonar el proceso inquisitivo que había sido implantado en la edad media, desdoblado así las fases de instrucción y enjuiciamiento del proceso penal, dando lugar a los jueces instructores y jueces enjuiciadores. El legislador de la época entendió que la acusación y la instrucción sí que eran compatibles, teniendo como idea principal la atribución al Ministerio Fiscal de la investigación de los procedimientos penales, así como la acusación en los mismos¹⁵.

Pero tal y como se explica en la exposición de motivos del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, la ley de 8-15 de junio de 1882 frustró este plan y la instrucción acabó adjudicándose a los jueces de primera instancia, que mantuvieron sus competencias en materia civil.

5.1. LA DIRECCIÓN DE LA FASE DE INSTRUCCIÓN

Actualmente, España es uno de los pocos países —junto a Francia, Luxemburgo y Bélgica— en el que sigue siendo un juez quien dirige la instrucción, y no el ministerio fiscal o la policía. Analizaremos la situación partiendo de la base que un juez ha sido instruido en sus estudios para dictar sentencias o, en otras palabras,

¹⁴ Ídem.

¹⁵ Ídem.

para realizar conclusiones definitivas sobre los temas que se le han presentado y no para instruir las investigaciones penales¹⁶.

En el proceso penal español tanto las fases de instrucción y enjuiciamiento están divididas, es decir, para cada una de ellas es competente un juez distinto. El problema ocurre cuando los jueces dictan auto de procesamiento pues lo harán en forma de “pre-sentencia”, manifestando sus conclusiones fácticas sobre la fase de investigación, que puede tener como efecto un condicionamiento de las acusaciones del tribunal enjuiciador. Además, cuando los jueces de instrucción dictan el auto de conclusión del sumario lo hacen transcribiendo el auto de procesamiento que dictaron en un inicio, incluso ampliándolo y completándolo cuando en realidad deberían limitarse únicamente a manifestar si se han realizado las diligencias necesarias o si, por el contrario, debieran realizarse más para definir el hecho delictivo investigado.¹⁷

Así lo advierte también el Tribunal Constitucional en su sentencia nº 145/1988, que avisó de los prejuicios e impresiones que la fase de investigación genera en el juez y la consecuente merma de la imparcialidad¹⁸: *“esta obligación de ser ajeno al litigio, de no jugarse nada en él, de no ser <<juez y parte>> ni <<juez de la propia causa>>, puede sintetizarse en dos reglas: según la primera, el juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; por la segunda, el juez no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a su favor o en su contra”*. Así la jurisprudencia ya nos recordó desde el siglo pasado el problema que implica la función de dirigir la investigación en el proceso penal.

Conscientes de que debe apartarse al juez de instrucción de la dirección de la fase de investigación, ahora el ALECrím 2020 pretende asegurar la imparcialidad del juez configurando un nuevo modelo de proceso penal.

En relación con el modelo propuesto y según LANZAROTE MARTÍNEZ e incluso el legislador ha destacado y advertido la estrecha relación que existe entre el diseño organizativo del Ministerio Fiscal y las funciones que le corresponde cumplir en el proceso penal. Dicha vinculación se manifiesta en el contexto de la

¹⁶ NIEVA FENOLL, J. (2019) “La instrucción como falsa “primera instancia” del proceso penal: hacia una total superación del sistema inquisitivo”. *Revista Ítalo-española De Derecho Procesal*, (1), págs. 39-56.

¹⁷ Ídem.

¹⁸ También la STC 162/1999 de 27 de septiembre.



reorganización competencial y funcional del fiscal como director de la investigación. Sin embargo, lo que no ha permitido dar paso a esta reforma es precisamente la forma en que el Ministerio Fiscal está organizado, pues actualmente está apegado al poder político, así como excesivamente jerarquizado, provocando un sentimiento de desconfianza a la hora de atribuir a este órgano facultades de gran calado en la dirección de un proceso penal en el que quedan comprometidos los derechos más importantes de la persona¹⁹.

Sobre esta cuestión se pronuncia LANZAROTE MARTÍNEZ²⁰, quien propone que la solución es resolver cuanto antes la parcialidad sospechosa en la que se desenvuelve el Ministerio Fiscal, especialmente cuando están comprometidos intereses políticos. Esto no es tan sencillo porque hemos de reflexionar si nuestro marco constitucional lo permite. Este autor expresa entonces que en el punto actual en el que nos encontramos, el Ministerio Fiscal, a través del artículo 124 CE, se configura como un órgano que depende del poder gubernamental y para ello el argumento más utilizado y discutido es la posibilidad de que el Gobierno tenga la facultad de cese del Fiscal General del Estado.

Al respecto, si el FGE es el competente para fijar criterios y pautas interpretativas que deben ser asumidas por aquellos que están un escalón por debajo, y al mismo tiempo el Gobierno es quien dicta instrucciones al Ministerio Fiscal, la conclusión es que el Ministerio Fiscal seguirá provocando desconfianza en nuestra sociedad por la posible injerencia del poder ejecutivo.

En este sentido GONZALEZ CANO²¹ parte de la idea de que el artículo 117 CE realiza una distinción de dos tipos de atribuciones exclusivas al Poder Judicial: 1) la primera de ellas, proyectada en el art. 117.3 CE, es la potestad jurisdiccional, 2) el segundo poder que se atribuye a nuestro Poder Judicial estaría ubicado en el art. 117.4 CE que encomendaría al órgano judicial la actuación de control o fiscalización de los derechos del ciudadano, en atención a la trascendencia de los mismos.

¹⁹ LANZAROTE MARTÍNEZ, P. (2017) “El Ministerio Fiscal ante la anunciada (por enésima vez) reforma del proceso penal...” *op.cit.*, págs. 2-3.

²⁰ Ídem.

²¹ GONZÁLEZ CANO, M.I. (2011) “Dirección de la investigación por el Ministerio Fiscal y nuevo modelo procesal penal”. *Revista de Estudios de la Justicia*. Nº15, pág. 48.



Es entonces donde surge la duda, ¿corresponde la instrucción a los órganos jurisdiccionales? Conforme a la Constitución Española la respuesta es no, por lo que estaríamos hablando de un modelo procesal penal que lleva ya décadas funcionando sin que aplique lo dispuesto en la Constitución Española.

Es por ello que, a mi juicio y en consonancia con lo expuesto por los autores aquí citados, la instrucción debería asumirla el Ministerio Fiscal, pues tiene más sentido que el encargado de acusar sea también el que reúna las pruebas de las que intenta valerse para fundamentar su escrito de acusación. De esta manera, el Ministerio Fiscal desenvolvería sus funciones conforme a la Constitución Española y, además, los jueces, reforzarían aún más su papel como garantes, siendo encargados ahora los Jueces de Garantía de depurar la fase de investigación para concluir que ha sido suficiente y conviene abrir el juicio oral, o por el contrario si ha sido insuficiente.

Ahora bien, aclarada la constitucionalidad de la figura del Ministerio Fiscal como instructor del proceso penal, así como la dudosa procedencia de su dependencia del poder ejecutivo, procede resumir en que consiste este procedimiento según el ALECRIM 2020. El procedimiento de investigación se iniciará por el Ministerio Fiscal en virtud de denuncia, como consecuencia de una investigación de la policía o de oficio. Existe una excepción para los delitos semi-privados y privados para los cuales se necesitará siempre denuncia previa del ofendido. Aun así, podrá el Ministerio Fiscal, una vez conocidos los hechos, practicar las diligencias necesarias que no puedan demorarse por el riesgo de pérdida de las fuentes de prueba. Una vez practicadas las diligencias, lo comunicarán al ofendido para que en el plazo de diez días formule denuncia si lo desea.

Será el Ministerio Fiscal quien dirija el procedimiento de investigación, con la debida cooperación con los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que ejecutarán sus órdenes e instrucciones (art. 521.1 ALECRim 2020). En este nuevo modelo de proceso penal, aparece una nueva figura que es la del Juez de Garantías, garante de la legalidad del procedimiento de investigación.

En el nuevo marco del anteproyecto también se incluye la posibilidad de que la Policía Judicial pueda realizar por si misma investigaciones necesarias cuando tengan conocimiento de un hecho que reviste carácter de delito perseguible de oficio. En el art. 538 del ALECRIM 2020 se encuentran las primeras diligencias que la

Policía Judicial podrá realizar, sin que ninguna de ellas pueda interferir en los derechos de los ciudadanos, y así, entre ellas se encuentran: proteger a las víctimas y requerir asistencia sanitaria cuando sea necesario, informar a las víctimas de los derechos que le asistan, proteger el lugar de los hechos para asegurar las fuentes de prueba entre otras. Asimismo, en el art. 539 del ALECRIM 2020 se recogen las potestades policiales de investigación, sin necesidad de previa autorización por el Ministerio Fiscal, como pueden ser realizar cacheos y registros personales, practicar la prueba de alcoholemia, practicar la detención, etc.

Desde mi punto de vista, compartiendo el criterio de NIEVA FENOLL²², las potestades de la policía para actuar sin consentimiento expreso del fiscal suponen una enorme extralimitación, pues algunas de las diligencias que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado pueden realizar podrían colisionar directamente con los derechos fundamentales.

Al margen de la actuación policial, queda del todo difusa la posición del Ministerio Fiscal en el ALECRIM 2020 en cuanto que no se ha definido suficientemente sus funciones, asumiendo un rol secundario, teniendo un papel mucho más importante la policía como órgano investigador. Así pues, el verdadero problema radica en que las facultades de la policía exceden de la verdadera actuación que debería desempeñar, entrando dentro de su abanico la posibilidad de llevar a cabo diligencias consistentes en la toma de muestras genéticas, recibir declaración del reo y un largo etcétera. Aun así, parece que el legislador ha querido dar respuesta a estos frecuentes protocolos policiales y como expone NIEVA FENOLL se pueden clasificar como: *“directrices internas de casi imposible control y conocimiento, que condicionan muchísimo la labor policial, que son excesivamente variables y que no pocas veces dan al traste con la debida protección de los derechos fundamentales, produciendo pruebas ilícitas”*²³.

²² NIEVA FENOLL, J. (2021) “El procedimiento de investigación en el anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal de 2020”. *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*. (nº4), págs. 81-82.

²³ Ídem.



5.2. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD INVESTIGADORA: EL JUEZ DE GARANTÍAS Y LA IMPUGNACIÓN DE LOS DECRETOS DEL FISCAL

Estamos ante una de las cuestiones que mayor división genera en la doctrina, aunque excede del objeto de este trabajo, comentaremos brevemente cuál es la idea que proyecta el ALECRIM 2020. Cuando haya de practicarse alguna diligencia de investigación que conforme al anteproyecto necesite de previa autorización judicial, el fiscal, de oficio o a petición de las acusaciones, formulará la oportuna solicitud, que deberá estar lo suficientemente motivada. Si la naturaleza de la diligencia lo requiere, acordará, al mismo tiempo, el secreto total o parcial de las actuaciones.

El Juez de Garantías tiene como finalidad velar por los derechos de los individuos encausados en un proceso penal y no la de impulsar la actividad investigadora como si harían los jueces de instrucción en nuestro actual sistema procesal penal; es por ello que la determinación de los jueces de garantías debe producirse desde el inicio del procedimiento pues de no ser así, su función principal se vería limitada²⁴.

El Juez de Garantías debe ser un órgano independiente pues se debe asegurar a través de dicha independencia su imparcialidad. Como órgano controlador de los derechos de los individuos, debe velar única y exclusivamente por ellos, aportando una visión plenamente objetiva al proceso y siempre en pro de los derechos de los ciudadanos.

Este es uno de los grandes avances modernos de los anteproyectos orientados a adecuar el sistema procesal penal para hacerlo más garantistas.

Por otro lado, otra cuestión controvertida es la impugnación de los decretos del fiscal en virtud de lo dispuesto el citado anteproyecto, que configura un régimen excepcional de impugnación de los decretos del fiscal ante el Juez de Garantías. Así el propio art. 585 ALECRim 2020 establece que solo serán recurribles en los supuestos tasados por ley, identificándose no como una regla general, sino como una regla excepcional, por lo que las posibilidades de impugnación se reducen.

²⁴ MUERZA ESPARZA, J. (2021) “La estructura y fases del proceso en el anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal”, *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, núm. 3, pág. 200.

Contra el auto del Juez de Garantías que resuelva la impugnación de las partes no se podrá interponer recurso alguno.

5.2.1. DILACIÓN INDEBIDA EN EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN

En los artículos 574 y ss. del ALECRIM 2020 se regula la duración del procedimiento de investigación, que no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para adoptar una decisión fundada acerca del ejercicio de la acción penal, aunque si transcurren doce meses desde la primera comparecencia, o dieciocho para investigaciones de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, la defensa de la persona investigada podrá solicitar al Juez de Garantías la fijación de un plazo para su conclusión.

El incidente se resolverá mediante vista ante el Juez de Garantías, donde el fiscal expondrá porqué la investigación sigue abierta y, asimismo, participarán también en la vista las partes acusadoras y acusada. Así, el Juez podrá fijar un plazo de expiración de la investigación pudiendo interponerse recurso de reforma contra la resolución que lo decrete. Aquellas diligencias que el Ministerio Fiscal haya fijado para fechas posteriores a las de expiración del plazo serán nulas.

En la actual LECrim se establece en el artículo 324 que, para estas situaciones, una vez pasados los doce meses, bien a instancia de parte o de oficio, podrá el juez oídas las partes acordar prórrogas por periodos de máximo seis meses, terminando la instrucción cuando el juez crea que ha cumplido su finalidad.

Vemos como en el anteproyecto se articula un sistema más garantista para el investigado, no permitiendo que se adopten prórrogas para el procedimiento de instrucción, estableciendo una fecha máxima para la conclusión de la investigación. Esta manifestación del ALECRIM desde mi punto de vista no es más que un precepto dirigido a cumplir con el mandato constitucional recogido en el art. 24 de la CE, que si bien, en la actual LECRIM podríamos decir que se cumple, no lo hace de una forma tan garantista.

Una de las razones que provoca dicha dilación es que la instrucción es demasiado exhaustiva toda vez que el juez ni si quiera investiga para sí, por lo que



difícilmente podrá conocer cuando ha recabado elementos suficientes para pasar al juicio oral. Esta situación supone una vulneración al derecho de un proceso sin dilaciones indebidas. Y es que, la fase de instrucción, fase instrumental que sirve en principio tanto para preparar como para evitar el juicio oral, ha perdido totalmente la naturaleza para la cual fue creada. Esta fase, que en un inicio tenía como misión ser corta y secreta acabó convirtiéndose en todo lo contrario²⁵.

Este problema se ve incluso agravado ya que todas aquellas medidas de investigación que se ordenen en la fase de investigación, difícilmente podrán ser objeto de revisión por el órgano superior (audiencia provincial en caso de procesos ordinarios) o incluso, aunque las partes soliciten la revisión de aquellas, lo normal es que no se consiga un resultado satisfactorio²⁶.

No podemos olvidarnos tampoco de los efectos derivados de la tediosa investigación que recaen sobre la persona investigada. En este sentido, MORENO CATENA establece que: *“cuando exista una persona imputada en las actuaciones, la instrucción debe concluirse en el preciso instante en que finalicen las diligencias ordenadas, y que se debe concluir total o parcialmente la instrucción para todos o algunos de los imputados cuando aparezcan indicios relativos a los hechos o a la responsabilidad que desvanezcan la inicial imputación, dictando una expresa resolución levantando la imputación que sujetó a una persona al proceso penal en cuanto aparezcan elementos que la justifiquen”*²⁷.

No dejan de ser restos de un proceso inquisitivo, ya que conforme al nuevo modelo procesal penal que propone el ALECRIM, una vez pasados los doce primeros meses desde la primera comparecencia se le podrá pedir al Juez de Garantías que fije un plazo de terminación de la investigación, siendo dicho plazo improrrogable, asegurando que el investigado vea su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas garantizado. En la actual LECRIM el juez instructor tiene facultades suficientes para adoptar prórrogas por periodos iguales o inferiores a seis meses hasta que según su criterio la investigación haya finalizado. Es un hecho indiscutible que los jueces no dejan de ser personas con prejuicios y posiciones políticas y tampoco debemos tener miedo a afirmar que, tal como está actualmente el modelo procesal penal, el juez

²⁵ MORENO CATENA, V. (2007) “El Ministerio Fiscal, director de la investigación...” *op.cit.*, pág. 80.

²⁶ *Íbidem.*

²⁷ *Ídem.*

puede perseguir prácticamente de forma ilimitada en el tiempo al investigado si a su juicio es capaz de motivar dichas prórrogas.

5.2.2. EL SECRETO EN EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN

Podrá el fiscal decretar secreto total o parcial de la investigación cuando resulte necesario para evitar riesgo para la vida, libertad o integridad de otra persona, cuando el acceso a su contenido pueda suponer la desaparición o alteración de fuentes de prueba y cuando resulte imprescindible para garantizar la eficacia de las diligencias de investigación (arts. 578 y ss. del ALECRIM 2020).

Tomada la decisión, el MF remitirá al Juez de Garantías el decreto de secreto de actuaciones acompañando todos los documentos y elementos en los que se base esta decisión y concretando el plazo que durará dicho secreto. Acto seguido podrá el juez, en el plazo de cuarenta y ocho horas, confirmar o alzar el secreto.

También cabrá la posibilidad de prórroga cuando por circunstancias sobrevenidas se requiera de la misma. El MF antes del término del secreto, solicitará la prórroga al Juez de Garantías, quien en caso de conceder dicha prórroga la delimitará en el tiempo.

El efecto del secreto de las actuaciones impedirá a las partes personas, a excepción como es de esperar del director de la investigación, a que accedan a cualquier información de la investigación, así como que intervengan en las diligencias que les afecten.

Únicamente en caso de que sea decretada la prisión provisional se le permitirá al afectado y a su letrado a que accedan a aquellas partes de la investigación que sean estrictamente necesarias para la impugnación de su privación de libertad. Cuando finalmente se alce el secreto, se le comunicará a la persona investigada y a las demás partes personadas para que conozcan las diligencias a las que no han tenido acceso, teniendo un plazo de veinte días mínimos para que ejerciten su derecho antes de que se concluya el procedimiento de investigación.

Conforme con nuestra ley procesal vigente, el secreto de las actuaciones se declarará por el Juez de Instrucción a instancia del MF, de las partes o de oficio, sin que el plazo pueda exceder de un mes. Apreciamos como en el anteproyecto estudiado



el Ministerio Fiscal amplía sus facultades, pudiendo decretar el secreto de las actuaciones desde un primer momento siempre con la debida motivación, confirmándolo o denegándolo el Juez de Garantías en las siguientes cuarenta y ocho horas, pero se priva a las partes del derecho a instar el secreto de las actuaciones. Desde mi punto de vista entendemos que se perjudica innecesariamente a las partes interesadas. Como ya hemos estudiado, el MF es director de la investigación y como tal debería ser la figura a la que acudir para que las partes soliciten la declaración de las actuaciones secretas con base en motivos de relevancia.

En mi opinión parece que el anteproyecto considera al MF como una figura omnipotente, sabedora de las circunstancias concernientes a la investigación, cuando la realidad latente es que, en ocasiones, las partes pueden ser de gran ayuda a la investigación si aportan pruebas y elementos suficientes de que existe un peligro real, ya sea para una tercera persona o para las fuentes de prueba, cosa que el MF puede no conocer y por tanto derive en un envenenamiento de la fase de investigación.

En relación con el investigado, podría decirse que el secreto de las comunicaciones provoca la indefensión y por tanto la vulneración del derecho de defensa recogido en el artículo 24 de nuestra Constitución. Esto desde el punto de vista de que el secreto provocará que el investigado sea un total ignorante provocando que no conozca datos esenciales para impugnar cualquier medida que haya sido tomada contra sí mismo. Sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional²⁸ ya se pronunció sobre esta problemática en relación a un caso sobre una persona que, siendo investigada, se declarararía el secreto de sumario sin que este haya podido acceder al expediente procesal donde se acuerda su prisión provisional, por lo que no pudo impugnar la medida.

El Tribunal Constitucional argumenta que se vulneraron los derechos del investigado en el momento en el que el Juez Instructor hizo caso omiso a la petición de acceder a lo sustancial de las actuaciones. Se pronuncia así el TC y expresa literalmente que: *“la lesión se produce porque no dispusiera el detenido, como tampoco su abogado, de datos resultantes del expediente que, sin perturbar el secreto*

²⁸ El Tribunal Constitucional, en su nota informativa nº82/2019 afirma que: “el secreto de las actuaciones judiciales no impide al investigado conocer su contenido para impugnar su privación de libertad”.



de sumario, le permitieran conocer lo esencial para cuestionar los fundamentos de la medida cautelar solicitada por la acusación pública”.

La conclusión entonces es que se debe permitir a las partes a acceder a aquellos datos del expediente los cuales no llegan a perturbar el secreto de sumario, pero sí contribuyen a las partes a poder enfrentar mejor las medidas que les afectan. Asimismo, recalca nuestro TC que el secreto de sumario debe durar lo mínimo indispensable para lograr sus fines.

Por otro lado, creemos conveniente citar la STC 127/2011 que expone una visión del secreto de sumario que merece ser comentada. En dicha sentencia el alto tribunal comenta que el secreto de sumario no supone una limitación del derecho a un proceso público, sino que en realidad es un aplazamiento del momento procesal en que las partes al fin conocerán las actuaciones que se les han ocultado.

Esto también entra en colisión con el principio de aportación de parte, que es el principal garante de que lo recogido en el art. 24.1 CE se cumpla, permitiendo que las partes aporten las armas de que intenten valerse en juicio. Dicho derecho se ve perjudicado, pues las partes en un proceso penal ocasionalmente son las que tienen información sobre algún hecho que haga viable el secreto del procedimiento penal en curso, por lo que no permitirle a las mismas solicitar el secreto de sumario supone una vulneración a lo dispuesto en el art. 24 de nuestra CE. Nosotros los juristas y demás personas merecedoras de esta calificación hemos de aceptar que, en un principio, solo somos conocedores de la realidad jurídica en relación con cualquier problema que se nos plantee, pero el conocedor de la realidad fáctica, que si bien es igual o más importante que la realidad jurídica (que no siempre tiene porque acompañar a la fáctica, pudiendo ser contraria) será la persona afectada por la misma. Y es por eso mismo, por la proximidad de la persona afectada por cualquier delito a la realidad fáctica, por la cual considero que el ALECRIM 2020 no ha acertado a la hora de no permitir que las partes soliciten el secreto de sumario.



5.3. LA CONCLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN. LA FASE INTERMEDIA

La investigación en el proceso penal que establece el ALECRIM 2020 puede ir por dos sendas: la primera sería la conclusión y archivo de la investigación; la segunda, la conclusión y continuación del procedimiento.

Una vez finalizadas las diligencias necesarias, si el fiscal considera que no existen elementos suficientes para ejercitar la acción penal, decretará la conclusión y archivo del procedimiento, debiendo motivar y especificar el hecho objeto de investigación, el resultado de las diligencias practicadas y los fundamentos jurídicos de la decisión de no ejercer la acción penal. Esto no será obstáculo para que las partes, a través de los mecanismos de impugnación soliciten al Juez de Garantías que les autorice para ejercitar la acción penal.

Por otro lado, una vez finalizadas las diligencias necesarias, si el fiscal entiende que existen elementos suficientes para ejercitar la acción penal, decretará la conclusión del procedimiento y formulará escrito de acusación, remitiendo todo lo actuado al Juez de la Audiencia Preliminar, el cual será elegido de entre los magistrados de la sección de enjuiciamiento del Tribunal de Instancia, que para el caso concreto actuará como Juez de la Audiencia Preliminar y no participará en el desarrollo del juicio oral²⁹.

La encomienda de dicho Juez es ejercer un control judicial sobre la suficiencia de la investigación para valorar la idoneidad de la apertura del juicio oral, que se sustanciará a través de una Audiencia Preliminar en la que también el acusado tendrá derecho a impugnar los escritos de acusación que se hayan presentado. Este sistema no es desconocido en nuestro ordenamiento jurídico ya que la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores atribuye la instrucción del expediente al Ministerio Fiscal y se le permite tanto al menor como a la acusación particular participar en el procedimiento instando diligencias de

²⁹ ORMAZÁBAL SANCHEZ, G. (2022) “La fase intermedia en el anteproyecto de LECrim de 2020” en AA.VV. (JIMÉNEZ CONDE, F. & FUENTES SORIANO, O.) *Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020*. Tirant lo Blanch, pág. 924.

investigación y también se le posibilita a intervenir en el trámite contradictorio previo a la apertura del juicio oral³⁰.

Además, este sistema favorece el principio acusatorio desde el punto de vista de asegurar la imparcialidad del juez permitiendo que este se sitúe supra-partes de forma que, por un lado, no se provocarían situaciones de indefensión o déficit de contradicción en la fase de investigación, ya que en todo caso habrá posibilidad de que cualquier conflicto sea planteado ante el Juez de Garantías y por otro lado, al ser el Ministerio Fiscal director de la investigación y por tanto ser sus actuaciones determinantes para formular la acusación así como para la apertura del juicio oral, se controlarán mediante una fase intermedia sobre la suficiencia o deficiencia de la investigación realizada, para así decidir sobre la viabilidad de seguir el procedimiento o por el contrario finalizarlo³¹.

5.4. PROBLEMAS DE LA ATRIBUCIÓN DE LA INSTRUCCIÓN AL MINISTERIO FISCAL

5.4.1. DESDE UNA PERSPECTIVA PRÁCTICA

Uno de los problemas prácticos más importantes es la falta de una planta de los miembros de la Carrera Fiscal orgánica y coordinada con la judicial. Esto es así ya que todos ellos se encuentran en capitales de provincia lo que dificulta la instrucción de hechos cometidos en partidos judiciales distintos a la capital de provincia con el consecuente desplazamiento del fiscal al lugar de los hechos.

Otro de los problemas es la necesidad de una normativa previa de reparto de los distintos delitos y asuntos cuya instrucción dirija el Ministerio Fiscal, así como la falta de un método de solución de conflictos de competencia positiva y negativa entre Fiscales.

Asimismo, será necesaria la implantación y estructuración del derecho al Fiscal ordinario predeterminado por la Ley³². Esto ocurre debido a la omisión que

³⁰ GONZÁLEZ CANO, M.I. (2011) “Dirección de la investigación por el Ministerio Fiscal...” *op. cit.*, pág. 49.

³¹ Ídem.

³² Ídem.



realiza el ALECRIM 2020 sobre este aspecto, pero, al contrario, sí que prevé esta situación para la determinación del Juez de Garantías en el art. 554 ALECRIM 2020.

También tenemos en la práctica un problema real y grave de insuficiencia de la plantilla de Fiscales en España, existiendo 5,37 fiscales por cada 100.000 habitantes, mientras que la media europea habla de 11,10 fiscales por cada 100.000 habitantes. Es obvio que es necesario realizar un aumento de plantilla ya que, en comparación con países europeos, España es el país con la ratio más baja de fiscales por cada 100.000 habitantes³³.

Entre otros problemas prácticos que originaría el acometimiento de la reforma de la LECrim sería el de comprometer la imparcialidad del Ministerio Fiscal, ya que, sin las estructuras adecuadas, con una escasez de personal y con sobrecarga de trabajo, dicho principio difícilmente podría cumplirse³⁴.

Ante estos problemas se utilizarían soluciones que no serían más que temporales pues a la larga serían inconvenientes; por ejemplo, imaginemos que la ley entra en vigor con la actual escasez de fiscales. Una posible solución que adoptarían, en aras de impulsar la justicia sería depender más de los Cuerpos y Fuerzas del Estado, pudiendo ocasionar un uso excesivo de la Policía³⁵, viéndose apartado el ministerio fiscal paulatinamente de la investigación, disminuyendo las garantías para el perjudicado u ofendido por el delito. Es por ello que se deben buscar soluciones sólidas que no generen efectos indeseados.

En definitiva, existen aún multitud de problemas que deben ser resueltos y, aunque es cierto que nuestros legisladores llevan más de dos décadas intentando implantar un nuevo modelo de justicia procesal penal, merece la pena esperar lo que sea necesario a fin de que cuando el nuevo modelo llegue lo haga de la forma más segura y garantista posible.

³³ Nota de prensa: “España tiene menos jueces y fiscales que la mediana europea, pero más del doble de abogados, según un informe del Consejo de Europa”. Disponible en <https://confilegal.com/20221005-espana-tiene-menos-jueces-y-fiscales-que-la-mediana-europea-pero-mas-del-doble-de-abogados-segun-un-informe-del-consejo-de> (Consultado el 16 de mayo de 2023).

³⁴ TRILLO NAVARRO, J. P. (2008) *El fiscal en el nuevo proceso penal: estatuto orgánico del ministerio fiscal: reforma 2007*. Alianza Editorial.

³⁵ Ídem.



5.4.2. DESDE UNA PERSPECTIVA TEÓRICA

Existe una división doctrinal en relación con la implantación del Ministerio Fiscal como órgano instructor, ya que una parte se muestra a favor del cambio, acorde con un nuevo modelo de proceso penal, y otra se posiciona en contra de atribuir la investigación a la fiscalía.

Un argumento bastante recurrente es que la instrucción es oficio de juez y no de parte, y así lo defiende GÓMEZ COLOMER³⁶. Esto es así porque en el proceso penal la instrucción no finaliza con la búsqueda de pruebas a través de diligencias de investigación, sino que también conlleva una valoración, motivo por el cual dicha tarea correspondería a un juez imparcial y no a la parte (el fiscal) que tiene unos intereses claros y cuya principal es que prospere la acusación del sujeto pasivo.

La dependencia de la institución del Ministerio Fiscal del ejecutivo es otra de las razones por las cuales no se debería impulsar la reforma de la LECrim. El artículo 8 EOMF permite al ejecutivo interesar su actuación en orden a la defensa del interés público. A todo ello sumamos que hay determinados puestos de la plantilla que son de libre elección y que comportan una mayor retribución económica, de forma que se relaciona directamente con que el gobierno de turno elegirá como Fiscal General del Estado a aquel con el cual más afinidad política posea. Así, se corre el riesgo de instrumentalización partidista de una institución que primeramente deberíamos intentar vincular al Poder Judicial de una forma más estrecha, asegurando así la imparcialidad que el Ministerio Fiscal necesita³⁷.

Según GUIBERT OVEJERO-BECERRA³⁸ el afán del ejecutivo de no crear un fiscal imparcial es precisamente lo que provoca que el Ministerio Fiscal nunca pueda llegar a tomar medidas limitativas de derechos fundamentales en el marco de una investigación criminal. Este autor insiste en que el Ministerio Fiscal español debería tener las mismas o similitudes facultades que los fiscales alemanes o italianos, todo ello con el fin de crear una investigación más rápida y garantista. Desde mi punto de vista, no se trata de hacer una investigación más rápida, lo que prima son las

³⁶ GÓMEZ COLOMER, J.L. (1997) “La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del Derecho Comparado”. *Revista de ciencias penales de Costa Rica*, págs. 335-358.

³⁷ Ídem.

³⁸ GUIBERT OVEJERO-BECERRA, S. (2017) *El Ministerio Fiscal en el Siglo XXI*, Tirant lo Blanch, pág. 304.



garantías y el personal más cualificado para proteger los derechos fundamentales de las personas que se vean envueltas en un proceso penal son aquellos que poseen potestad jurisdiccional.

Como adelantábamos, otro sector de la doctrina³⁹ está a favor de que el Ministerio Fiscal asuma la dirección de la investigación, así como de mantener la dependencia que este tiene con el ejecutivo. GARBERÍ LLOBREGAT⁴⁰ propone en este sentido aumentar la transparencia de las comunicaciones entre Ministerio Fiscal y Gobierno para fortalecer también el principio de autonomía funcional.

Con relación al principio de dependencia jerárquica, GARBERÍ LLOBREGAT⁴¹, expone que nadie defiende que el Ministerio Fiscal deba gozar de una independencia análoga a la de jueces y magistrados, pues no sería demasiado coherente. Por un lado, porque no cambiaría la fase de instrucción establecer un fiscal independiente en lugar de un juez independiente, puesto que, si el primero goza de la misma independencia, no habría problema tampoco en atribuirle en su totalidad toda la fase de instrucción o en permitirle que decrete la apertura o la conclusión anticipada del juicio oral del proceso penal. Asimismo, alegan que, dotar de dicha independencia al fiscal conllevaría además una reforma constitucional y dejaría vacío de contenido el ALECRIM de 2020.

De esta forma, la independencia que se quiere lograr es solamente respecto del ejecutivo, pues una vez conseguida, el cuerpo de Fiscales ha de seguir funcionando bajo los principios de dependencia jerárquica y unidad de actuación, con el fin garantizar seguridad jurídica e igualdad de los ciudadanos ante la ley.

GONZALEZ CANO⁴² se opone a esta idea, argumentando que la vinculación con el ejecutivo es necesaria, ya que el Gobierno actúa con legitimidad democrática que deriva de la confianza de los representantes del pueblo, y cuando el gobierno ejerce las funciones de dirección de la política interior y de la defensa del Estado lo

³⁹ GARBERÍ LLOBREGAT, J. (2008) “¿Fiscal Instructor?: Pocas ventajas y un enorme inconveniente”. *Revista Jurídica de Castilla y León*. N°14.

⁴⁰ Ídem.

⁴¹ Ibidem.

⁴² GONZÁLEZ CANO, M.I. (2011) “Dirección de la investigación por el Ministerio Fiscal...” *op. cit.*, pág. 54.

hace bajo la sujeción a la CE, velando por el interés público a la hora de perseguir delitos, siendo el instrumento para ello el Ministerio Fiscal.

En mi opinión, la vinculación con el ejecutivo corre el riesgo de que se acabe instrumentalizando la actuación del Ministerio Fiscal con fines partidistas, por lo que habría que desligar al Ministerio Fiscal del ejecutivo para paliar la desconfianza existente.

5.5. LAS VENTAJAS DE LA ATRIBUCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN AL FISCAL

La primera de todas y más importante sería la adecuación de nuestro sistema procesal penal a nuestra Constitución. Siguiendo a GONZÁLEZ CANO⁴³, el modelo de la instrucción judicial con base en el presupuesto esencial de separación orgánica entre órgano investigador y órgano enjuiciador no es conforme con la CE puesto que la misma en su artículo 117.3 y 4 establece que los jueces y tribunales juzgan y hacen ejecutar lo juzgado, por lo que la investigación penal quedaría extralimites de las verdaderas funciones de los órganos jurisdiccionales y la LECRIM estaría vulnerando el reparto competencial. La figura del fiscal instructor contribuiría a garantizar la imparcialidad de los jueces de instrucción.

Con la reforma, los jueces de instrucción pasarían a ser los llamados Jueces de Garantías, por tanto, no estarían en contacto con los elementos de la fase instructora, evitando la contaminación y limitándose a aprobar o denegar las medidas restrictivas de derechos fundamentales solicitadas por el Ministerio Fiscal.

Por otra parte, el artículo 97 de la Constitución atribuye al ejecutivo la dirección de la política interna, dentro de la cual se inserta también la política criminal⁴⁴. Es un hecho indiscutible que la política criminal es esencial para lograr vivir en una sociedad con la menor tasa de delincuencia posible⁴⁵. En este sentido se pronuncia FUENTES SORIANO, manifestando que “*es al poder ejecutivo al que*

⁴³ GONZÁLEZ CANO, M. I. (2011) “Dirección de la investigación por el Ministerio Fiscal...” *op.cit.*, pág. 48.

⁴⁴ GUIBERT OVEJERO-BECERRA, S. (2017) “El Ministerio Fiscal...” *op. cit.*, pág. 168.

⁴⁵ MORENO CATENA, V. (2002) “El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma”, *Cuadernos de Derecho Judicial, Sistemas penales europeos*, núm. 4, pág. 34. Véase también en el mismo sentido, MORENO CATENA, V. (2007) “El Ministerio Fiscal, director...” *op. cit.* pág. 77.



compete el establecimiento y diseño de una política criminal concreta; política criminal que no podrá llevarse a cabo si no es con el apoyo y colaboración de quien ejercita la acción penal” –Ministerio Fiscal–⁴⁶. La misma idea sostiene LÓPEZ AGUILAR cuando expresa que “todo sistema penal democrático debe aspirar a tener un determinado cauce institucional de disposición y ejecución de una cierta política criminal, en el que esa promoción de la acción pública penal sea razonablemente un instrumento capital. El MF es, pues, una pieza clave en una ejecución de la política criminal determinada por quien constitucionalmente tiene facultada para ello⁴⁷”.

MARTÍN PASTOR afirma que el Ministerio Fiscal es una institución de carácter instrumental respecto de la política criminal del Poder Ejecutivo, por lo que la atribución al mismo de la investigación conllevaría una instrucción uniforme y coherente con la política criminal. Sostiene además que los jueces de instrucción por su independencia, llevan a cabo la función investigadora de modo autónomo y esto dificulta que la política criminal del Gobierno sea homogénea, ocurriendo una fragmentación en las particulares iniciativas de cada Juez⁴⁸. Es por ello que otro de los puntos positivos a favor de la reforma será la obtención de una fase de investigación homogénea, en garantía de la política criminal⁴⁹.

En relación con la nueva misión del Ministerio Fiscal, el esquema que proyecta el ALECRIM 2020 no convierte al mismo en un nuevo “juez” instructor, porque su labor instructora sería limitada, porque para la realización de determinados actos se precisa de la intervención del Juez de Garantías. Por ejemplo, el MF tiene prohibido la adopción de medidas cautelares, como la prisión provisional, o medidas restrictivas de derechos fundamentales, como la entrada y registro.

Una cuestión debatida es a quién le compete la decisión sobre la apertura o cierre de la fase de instrucción. Un sector de la doctrina⁵⁰, a favor de la figura del Ministerio Fiscal como director de la investigación, aprecia una necesaria limitación

⁴⁶ FUENTES SORIANO, O. (2008) “La instrucción por el fiscal en un nuevo proceso penal”, en AA.VV. (ASENCIO MELLADO, J. M. Coord.) *Nuevos retos de la justicia penal Wolters Kluwers*, págs. 186-187.

⁴⁷ LÓPEZ AGUILAR, J. F. (1996) “La justicia y sus problemas en la Constitución. Justicia, jueces y fiscales en el Estado Social y democrático de derecho” Tecnos, pág. 288.

⁴⁸ MARTÍN PASTOR, J. (2008) “La reforma del estatuto orgánico del Ministerio Fiscal: ¿Un Ministerio Fiscal más autónomo o más problemático?”, *Revista General de Derecho Procesal*.

⁴⁹ Véase también en el mismo sentido, MORENO CATENA, V. (2007) “El Ministerio Fiscal, director...” *op. cit.*, págs. 77-78.

⁵⁰ GARBERÍ LLOBREGAT, J. (2008) “¿Fiscal Instructor?: Pocas ventajas...” *op. cit.*, pág. 176.



competencial en cuanto a que tal y como expone el ALECRIM 2020, él es el competente para iniciar la fase de instrucción. Esta facultad en ocasiones puede conllevar un gran perjuicio para el investigado puesto que la publicidad de las actuaciones da pie a los medios de comunicación a utilizar libremente esa información

Se concluye entonces que el Ministerio Fiscal debería ser el instructor, siempre y cuando sea el Juez de Garantías el órgano al que se deba solicitar dicha apertura y, además, eliminar el carácter vinculante que tiene la solicitud del fiscal para acordar el sobreseimiento (si no hay más acusación que el Ministerio Fiscal).

6. LA CUESTIONADA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ DE INSTRUCCIÓN

Nuestra Constitución Española no hace mención especial a la imparcialidad de los Jueces y Tribunales, pero sí de las administraciones públicas, lo cual se puede subsumir como principio de la administración de justicia. Dos años después de la promulgación de nuestra Constitución, surge la L.O 10/1980, de 11 de noviembre, que atribuyó a un mismo órgano judicial tanto la instrucción como el enjuiciamiento y fallo del mismo caso.

Es aquí donde la imparcialidad de los jueces de instrucción se ve comprometida, pues como veremos más adelante, un juez que está en contacto con la instrucción de un procedimiento penal es susceptible de adquirir pensamientos o ideas preconcebidas sobre el investigado, lo que provoca que un juez instructor no pueda ser a su vez juez enjuiciador.

Según VIVES ANTÓN *“la imparcialidad del Juez, en el sentido de que no puede ser juez y parte, le exige no sólo que prescinda de sus intereses personales y que se abstenga de todo lo que no sea aplicar el Derecho, sino, además, que no se juzgue a sí mismo”*⁵¹.

Esta situación fue superada gracias al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual expresó en varias sentencias la escasa adecuación de la figura del “juez investigador” al Convenio de Roma. Además de esto, el artículo 10.2 de nuestra

⁵¹ VIVES ANTÓN, T. S. & JIMENEZ REDONDO, M. (2010) *Fundamentos del Sistema Penal*. Tirant Lo Blanch, pág. 977.



Constitución establece la interpretación de los derechos fundamentales según el Convenio de Roma de forma preceptiva, lo que, en cierta manera, impulsó a España a abandonar una figura de un juez que sobrepasaba sus competencias, desdoblando así el proceso penal en dos fases diferenciadas en las que actuarán magistrados distintos⁵².

Especialmente relevante fue el caso Piersack⁵³ que versaba sobre la participación indirecta de un miembro del Tribunal en la instrucción, en calidad de sustituto del Procurador del Rey, donde se concluyó que la instrucción y fallo son actividades incompatibles. Posteriormente, con el caso De Cubber⁵⁴ donde un Magistrado del Tribunal Correccional de Audenarde, participó en la fase de enjuiciamiento realizando verdaderos juicios jurídicos, habiendo participado previamente como juez instructor del mismo caso. El estado belga alega que los jueces de instrucción son independientes y su única función es la de recoger pruebas dirigidas al esclarecimiento de los hechos, ya sean pruebas en contra o a favor del investigado. Aun así, el TEDH considera que la imparcialidad se ve comprometida cuando un juez ha actuado como investigador y a su vez posteriormente participa en la fase de enjuiciamiento⁵⁵.

Nuestro TC se hace eco de la doctrina del TEDH y en su sentencia nº 113, de tres de julio de 1987 valora la posible inconstitucionalidad del artículo 2 de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, argumentando lo siguiente: *“serán competentes para el conocimiento y fallo de estas causas los Jueces de Instrucción del Partido en que el delito se haya cometido. En ningún caso les serán de aplicación la causa de recusación, prevista en el apartado doce del artículo cincuenta y cuatro de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”*.

En dicha sentencia la solicitante alega que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva por haber sido juzgada y condenada con arreglo al procedimiento monitorio de la L.O. 10/1980, que permite que un mismo juez instruya,

⁵² LÓPEZ ORTEGA, J.J. & RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. (2013) “El proceso penal como sistema de garantías (I). La imparcialidad del juez en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la propuesta de Código Procesal Penal”. *Diario La Ley*, pág. 7.

⁵³ STEDH de 1 de octubre de 1982.

⁵⁴ STEDH de 26 de octubre de 1984.

⁵⁵ VIVES ANTÓN, T. S. & JIMENEZ REDONDO, M. (2010) *Fundamentos del Sistema Penal. op.cit.*, págs. 975-976.



conozca y falle la causa. Finalmente, el TC estudia el caso y concluye en el fundamento jurídico cuarto que no se ha producido vulneración ninguna pues en ningún momento existió una acumulación real de las funciones de instructor y juez sentenciador, ya que el juez que tuvo a cargo su causa no volvió a figurar en ella. Lo que ocurrió entonces es que un juez, reemplazando al primero, tuvo a su cargo el juicio oral, sin que haya tenido contacto con las actuaciones de la fase instructora, pudiendo evaluar la prueba de forma libre e imparcial.

Es posteriormente en la STC 145/1988, de 12 de julio, donde el Tribunal Constitucional se acerca aún más a la jurisprudencia marcada por el TEDH. La cuestión de inconstitucionalidad planteada expone que el art. 2 de la Ley Orgánica 10/1980 contradice el art 24.2 de la Constitución Española, en cuanto que según el artículo cuestionado los jueces de instrucción no podrán ser recusados por el motivo número doce del artículo cincuenta y cuatro de la LECrim (hablamos de haber participado en la instrucción de la causa penal, que en la actualidad se regula en el art. 219. 11º de la L.O.P.J).

Nuestro Tribunal Constitucional argumenta en el fundamento jurídico quinto que las causas de abstención y recusación están recogidas para aquellos procesos penales que tengan dos fases, que son la de instrucción y enjuiciamiento, y que su finalidad única es asegurar la imparcialidad de los jueces y no poner en duda la misma, así como tampoco cuestionar la objetividad de la investigación, siendo la nota de la imparcialidad esencial para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva. Aun así, apunta que la cercanía de la actividad instructora con el acusado, así como con los hechos o información que nacen de dicha actividad, puede provocar en el ánimo del instructor prejuicios e impresiones tanto a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Además, apunta también que no sólo se trata de cuidar la efectiva y real imparcialidad de los jueces, sino también las apariencias, originando la impresión de que un juez instructor no enjuiciará con plena imparcialidad. Esto es debido a la confianza que de forma preceptiva nuestro sistema de justicia debe proyectar a la sociedad.

Finalmente, el Tribunal Constitucional declara inconstitucional el segundo párrafo del artículo segundo de la citada Ley, en relación con la no sujeción de los Jueces de Instrucción a las causas de recusación o abstención. En lo que respecta al primer párrafo, nada impide que el Juez de Instrucción conozca y enjuicie



determinados delitos, como son los flagrantes y los castigados con pena privativa de libertad de hasta seis meses, pues debido a su sencillez no requieren una investigación adicional a la que realiza la policía.

Una vez llegados a la conclusión de que la actividad instructora no es compatible con la enjuiciadora, conviene determinar en qué medida o en qué ocasiones se corre el riesgo de producirse una contaminación del juez instructor. Esta problemática la aborda la STC 162/1999, de 27 de septiembre, que estudia la imparcialidad del Juez de nuestra Constitución.

En dicha sentencia, el TC parte de dos premisas: 1) la primera es que el juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; 2) y que el juez no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa de toma de posición anímica a favor o en su contra. Asimismo, conforme con el criterio del TEDH, afirma que el método de apreciación de estas exigencias destaca por distinguir dos perspectivas a partir de las cuales se valorará si un juez en un caso concreto puede ser considerado imparcial:

- por un lado, la perspectiva subjetiva que *“trata de apreciar la convicción personal del Juez, lo que pensaba en su fuero interno en tal ocasión, a fin de excluir a aquel que internamente haya tomado partido previamente, o vaya a basar su decisión en prejuicios indebidamente adquiridos. Desde esta perspectiva, la imparcialidad del Juez ha de presumirse, y las sospechas sobre su idoneidad han de ser probadas”* (FJ 5).

- La perspectiva objetiva *“que se dirige a determinar si, pese a no haber exteriorizado convicción personal alguna ni toma de partido previa, el Juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto (caso Hauschildt, § 48); por ello, desde este punto de vista, son muy importantes las consideraciones de carácter funcional y orgánico, pues determinan si, por las funciones que se le asignan en el proceso, el Juez puede ser visto como un tercero en el litigio, ajeno a los intereses que en él se ventilan”* (FJ 5).

Y el TC termina manifestando que, para que un Juez pueda ser apartado del conocimiento de un concreto asunto en aras de garantizar la imparcialidad, será preciso que existan sospechas objetivamente justificadas, que permitan afirmar



fundadamente que el Juez no es ajeno a la causa o que autoricen temer que, por cualquier relación con el caso concreto, utilizará consideraciones ajenas a nuestro ordenamiento jurídico. Asimismo, las sospechas pueden surgir tanto de relaciones jurídicas o de hecho en que el juez tenga conexión alguna. De esta forma afectarán a la imparcialidad subjetiva aquellas “*sospechas que expresan indebidas relaciones del Juez con las partes* (FJ. 5)”, mientras que, colisionaran con la imparcialidad objetiva aquellas situaciones “*que comprometen la relación del Juez con el objeto del proceso*” (FJ. 5).

Igualmente, traemos a colación la STC 310/2000, de 18 de diciembre, donde el Tribunal Constitucional otorga amparo y entiende vulnerada la imparcialidad por la toma de decisión de un juez al decretar la apertura de juicio oral en el procedimiento abreviado, formando después parte del tribunal al que correspondía el enjuiciamiento y fallo.

Con base en lo anterior, los recurrentes sostienen que si la imparcialidad se pierde cuando el juzgador ha estado en contacto previo con las fuentes de las que nace el material necesario para la celebración del juicio es posible que esto provoque prejuicios sobre la culpabilidad del acusado. Sostienen entonces que el auto de apertura de juicio oral contiene enjuiciamientos jurídicos como estudiar si el hecho es constitutivo o no de delito, valorar los indicios de criminalidad o si procede, en su caso, el sobreseimiento. Es por esta razón por la cual en el procedimiento abreviado es el propio Juez de instrucción el competente para dictarlo.

Seguidamente el Tribunal Constitucional les otorga amparo argumentando lo siguiente: “*ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que la competencia para dictar el Auto de apertura del juicio oral en el procedimiento abreviado corresponde al Juez de Instrucción (art. 790.6 LECrim) al igual que en el procedimiento ante el Jurado (art. 32 Ley Orgánica 5/1995 del Tribunal del Jurado). En segundo lugar, debe señalarse que en supuesto prácticamente idéntico al ahora enjuiciado declaramos que es evidente "que los Autos de apertura de juicio oral, por su doble carácter de actos que concluyen las diligencias preparatorias y que adoptan una serie de medidas cautelares, tienen como base una imputación penal, que les hace partícipes de la naturaleza de las llamadas 'Sentencias instructoras de reenvío', en las que se determina la imputación, existentes en la práctica judicial francesa e italiana, y en este sentido es patente que no se trata de actos de mera ordenación formal del*



proceso, sino que por el contrario contienen una calificación o juicio anticipado y provisional sobre los hechos que posteriormente el Juez está llamado a sentenciar” (FJ. 3).

Nuestro Tribunal Constitucional en su argumentación jurídica cita también como ejemplo la STC 170/1993, de 27 de mayo, sentencia que se originó por la interposición de un recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que desestima el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de Instrucción Central núm. 3, cuyos hechos se centran en un delito monetario y, antes de que se dicte sentencia, se realizan ciertas actuaciones procesales como dictar auto de apertura de juicio oral, donde se estima que los hechos revisten carácter de delito y que las actuaciones ofrecen datos suficientes para exigir responsabilidad criminal, además de que en ese mismo auto se aseguran las responsabilidades pecuniarias y se decreta la libertad provisional con la obligación apud acta del art. 530 de la LECrim, provocando así el quebrantamiento de la apariencia de neutralidad que debe caracterizar a un juez sentenciador.

El argumento que el recurrente utiliza cuando interpone recurso de apelación es que se ha violado el artículo 24.1 de la CE, *“en cuanto que el Juez que ha tomado parte en la instrucción del sumario ha sido el que ha intervenido en el juicio oral y ha dictado Sentencia”*. La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional desestima su pretensión con base en el siguiente argumento: *“con respecto al Magistrado que dictó la Sentencia, no parece que esté incurso en ninguna causa de abstención de las señaladas por la Ley. Concretamente, no se da lo establecido en el núm. 10 del art. 219 de la L.O.P.J., porque la investigación esencial fue llevada a cabo por otros dos Magistrados que desempeñaron su cargo en el Juzgado, los ilustrísimos señores B. y L. El Magistrado que dictó la Sentencia no realizó diligencias importantes ni esenciales en la investigación, porque no puede darse dicho carácter a la petición de unos documentos que se unen a las diligencias, ni tampoco al Auto de apertura del juicio oral, porque, si así fuera, la Sala concretamente tendría que abstenerse en todas las causas de las que conoce, en cuanto que siempre acuerda dicha apertura”*

Respecto a esto, el TC se apoya en una línea jurisprudencial representada por entre otras por las SSTC 145/1988 de 12 de julio de 1988, 136/1992 de 13 de octubre de 1992, que se sostienen sobre dos ideas clave: *“de un lado que, al estar en contacto con el material de hecho necesario para que se celebre el juicio, pueden nacer en el*



ánimo del Juez o Tribunal sentenciador prejuicios y prevenciones respecto de la culpabilidad del imputado, quebrándose así la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la separación entre la función instructora y la juzgadora; pero, por otro, que no toda intervención del Juez antes de la vista tiene carácter instructor ni compromete su imparcialidad objetiva, por lo que será necesario analizar caso por caso la actividad realizada para determinar si se ha producido o no vulneración del art. 24.2 de la C.E” (FJ. 3)

Con base en esas ideas, afirma el TC que *“en efecto, es en primer lugar evidente que los Autos de apertura de juicio oral, por su doble carácter de actos que concluyen las diligencias preparatorias y que adoptan una serie de medidas cautelares, tienen como base una imputación penal, que les hace partícipes de la naturaleza de las llamadas «Sentencias instructoras de reenvío», en las que se determina la imputación, existentes en la práctica judicial francesa e italiana, y en este sentido es patente que no se trata de actos de mera ordenación formal del proceso, sino que por el contrario contienen una calificación o juicio anticipado y provisional sobre los hechos que posteriormente el Juez está llamado a sentenciar”*.

Se expone entonces en la STC 170/1993, de 27 de mayo de 1993. que el que decretar la apertura de juicio oral, ratificando la libertad provisional de los encausados y fijando además los límites y fianzas de la responsabilidad civil, son actos inequívocamente instructores que provocan la inhabilitación de quien los adopta para actuar como Juez sentenciador, al haber perdido la imparcialidad exigida por nuestra Constitución, pues todo ello supone que el *“juez necesariamente apreció indicios racionales de criminalidad por lo que hay que concluir, en aplicación de la doctrina establecida, entre otras, en las SSTC 145/1988 y 136/1992, que se ha roto la apariencia de neutralidad que debe caracterizar a un Juez sentenciador”*.

En definitiva, la contaminación se da cuando el juez investiga o prejuzga. Cuando el juez no realiza ninguno de los actos anteriores y se dedica a preparar el juicio y a asegurar los derechos fundamentales del investigado, podemos decir que estamos ante un Juez de Garantías el cual al no estar expuesto a situaciones contaminantes conserva su entera imparcialidad.

Según LÓPEZ ORTEGA & RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ algunas de las razones expuestas en el presente epígrafe, son las causas por las cuales países como

Italia, Alemania o Portugal han decidido no seguir con el sistema procesal penal que actualmente tenemos en España, otorgándole la instrucción al Ministerio Fiscal mucho antes de lo que lo haremos nosotros. Estos autores destacan cuatro motivos⁵⁶:

- en primer lugar, la pérdida de imparcialidad en el ejercicio de la función de garantía, pues en la actualidad se le encomienda al mismo juez instructor dos funciones totalmente antónimas que son la instrucción y la fijación de los límites de la misma en garantía de los derechos del investigado.
- En segundo lugar, el efecto perjudicial que el sistema de instrucción genera en el derecho a la presunción de inocencia. Esto sucede cuando el juez de instrucción ha de dictar el auto de imputación que básicamente atribuye el hecho delictivo a persona determinada, creando un estigma para la persona imputada antes de que sea sometida a juicio ya que como se ha dicho es la propia autoridad jurisdiccional la que sostiene la tesis de culpabilidad.
- En tercer lugar, nuestro actual sistema de instrucción ha provocado que se desvirtualice el concepto de prueba, así como su valoración, pues lo que ocurre en la práctica es que se atribuye auténtico valor probatorio a las actuaciones realizadas por el juez de instrucción, resolviéndose anticipadamente el proceso penal, ratificando cada una de sus actuaciones en el juicio oral.
- Por último, la instrucción genera una disfunción en la racionalidad de la actividad investigadora del Estado.

Vemos como el nuevo modelo de sistema penal que quiere instaurar el ALECRIM 2020, eliminaría la combinación de las funciones de juez, como garante de los derechos del sujeto pasivo del proceso, e investigador encargado de recabar el material probatorio para formular la imputación. Su consecuencia inmediata sería la eliminación de la figura del juez instructor que inevitablemente está contaminado y que no cumple con el cometido constitucional de “juzgar y ejecutar”, cuya función investigadora excede del mandato constitucional⁵⁷.

⁵⁶ LÓPEZ ORTEGA, J.J. & RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. (2013) “El proceso penal como sistema de garantías...” *op.cit.*, págs. 5-6.

⁵⁷ Véase en sentido contrario, CHOVA MARTÍ, M. (2020) “¿Juez o fiscal instructor? esa es la cuestión”. *Diario La Ley*, N°9669, Sección Tribuna, 8 de Julio de 2020, Wolters Kluwer.

De esta forma, quedaría el Ministerio Fiscal como director de la investigación y un Juez de Garantías que debe ser ajeno a la investigación pues su única función será la de garantizar los derechos de los investigados en cualquier proceso penal. Para garantizar los derechos, todas las solicitudes de diligencias de investigación que realice el fiscal estarán sometidas al control del Juez de Garantías.

7. LA ADECUACIÓN DE NUESTRO SISTEMA PROCESAL PENAL AL MODELO QUE IMPLANTA EL REGLAMENTO DE LA FISCALÍA EUROPEA

La realidad es que a día de hoy somos de los pocos países del entorno europeo donde el MF no tiene atribuida la dirección de la investigación, pero con la promulgación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea (RFE), la situación cambia, implementado en nuestro ordenamiento por la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio.

Ya el preámbulo de la Ley 9/2021, de 1 de julio, se pronuncia sobre la necesidad real de la creación o instrumentalización a nivel nacional de la figura del Juez de Garantías para aquellas causas en las que se deban practicar medidas restrictivas de derechos fundamentales o medidas cautelares que como ya sabemos, pueden ser perjudiciales para la persona que las sufre.

El ALECRIM de 2020 incorpora un procedimiento especial para la intervención de la Fiscalía Europea en los procesos penales que se sigan en España por delitos contra los intereses financieros de la UE, con vocación de adaptar nuestro sistema procesal al del RFE.

Aun cuando el Reglamento no obliga por sí a adaptar los procesos penales de los Estados miembros, en realidad dicha afirmación solo sería aplicable a aquellos países cuyo modelo procesal se basa en la separación de la dirección de la investigación del delito de la función de garantizar los derechos fundamentales de las personas investigadas. En el caso de España, donde ambas funciones están encomendadas a un mismo órgano, sí podemos hablar de una necesaria reforma de la ley procesal penal que permita a la Fiscalía Europea tomar la investigación de los



procedimientos penales provocando que los jueces se limiten a garantizar la protección de los derechos fundamentales en dicho proceso⁵⁸; con la homogeneización que ello produciría.

Así pues, en el ALECRIM 2020 se argumenta que el cambio de nuestro modelo procesal penal es imprescindible para facilitar la intervención de la Fiscalía Europea, pero en realidad el CGPJ en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento nacional al Reglamento (UE) 2017/19393 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, determina que de la disposición del reglamento, se aprecia otro escenario en el que convivirán la dirección de la investigación por la Fiscalía Europea, en el marco de la competencia definida en el RFE y, por remisión de este, en la Directiva PIF, con el control de un juez de garantías y la dirección de la investigación por el juez de instrucción fuera del ámbito de competencias reservado al Fiscal Europeo en el Reglamento.

Según VIDAL FERNÁNDEZ⁵⁹, uno de los aspectos debatidos es la necesidad de configurar un proceso penal especial para el enjuiciamiento de los delitos cuya instrucción le compete al Fiscal Europeo con aplicación supletoria de la regulación del proceso penal nacional o si por el contrario es preferible identificar las especialidades e insertar las correspondientes especificaciones a lo largo de la regulación del proceso penal español para articular la intervención de la Fiscalía Europea. En el mismo sentido se manifiesta ARMENTA DEU⁶⁰ quien afirma que es mejor juntar todas las especialidades del Fiscal Europeo en un mismo título, en vez de parchear la Ley de Enjuiciamiento Criminal para incorporar aquellas que corresponden al Fiscal Europeo. Por ejemplo, es mejor dedicar un título exclusivo a todo lo relativo de la Fiscalía Europea (competencia, desarrollo de la investigación, ejercicio de la acción penal...) pues si parcheáramos la LECrim, sería más complicado lidiar con la institución desde el punto de vista organizativo⁶¹.

Otra cuestión es la situación orgánica de los Fiscales Europeos Delegados (en adelante FED), que son aquellos fiscales nacionales que para cuando la causa así lo

⁵⁸ VIDAL FERNÁNDEZ, B. (2021) "El procedimiento especial para la actuación de la fiscalía europea del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020". *Revista de la APDPUE* N°4, pág. 235.

⁵⁹ Ídem.

⁶⁰ ARMENTA DEU, T. (2021) Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Tirant lo Blanch, págs. 156-158.

⁶¹ Ídem.

dictamine actuarán como Fiscales Europeos. Según el Reglamento es totalmente compatible el cargo de fiscal nacional con el de FED, interviniendo como un órgano u otro en función del ámbito competencial (art. 43). Esto ha generado debate en España, más aún con la designación de un magistrado como FED⁶².

La figura del Juez de Garantías como ya sabemos, además de ser necesaria para la correcta implementación del reglamento, trae consigo a nuestro modo de ver numerosas ventajas y, conviene señalar, que en este último extremo admitir la recurribilidad generalizada de los decretos del FED judicializaría la instrucción, pero no permitir a su vez un recurso contra las decisiones del FED que desplieguen verdaderos efectos jurídicos podrían afectar al derecho a la tutela judicial efectiva⁶³.

Como solución al anterior problema, GÓMEZ COLOMER⁶⁴ realizó una clasificación en función de la actuación que ha realizado el Ministerio Fiscal, antes de que viera la luz el citado reglamento:

1) las actuaciones del MF dirigidas a obtener una autorización judicial, que por su contenido afecten a la libertad de las personas, a la necesidad de practicar actos de investigación garantizados, o que pongan fin a la instrucción: Se recurrirá sólo la autorización judicial si se dictara, en el momento procesal que en que se ordenase, de acuerdo con las normas previstas;

2) las actuaciones del MF dirigidas a realizar actos procesales no garantizados, las cuales serían irrecurribles interlocutoriamente ante el Juez de Garantías, pero se permitiría alegar en su contra en el recurso que cupiese contra la resolución que en su día se dictara acordando la terminación de la instrucción;

3) las actuaciones de mero trámite serían todas ellas irrecurribles, salvo que causaran indefensión, pudiéndose recurrir en este caso con ocasión de la resolución que pusiera fin en su día a la instrucción.

⁶² Nota de Prensa: “*Justicia elige al juez Pablo Ruz para incorporarse a la Fiscalía Europea*”. Disponible en: https://www.elconfidencial.com/espana/2021-04-12/juez-ruz-fiscalia-europea-justicia_3029636/ (Consultado el 17 de mayo de 2023).

⁶³ VIDAL FERNÁNDEZ, B. (2021) “El procedimiento especial para la actuación de la fiscalía europea...” *op.cit.*, pág. 219.

⁶⁴ GÓMEZ COLOMER, J.L. (2021) “La fiscalía europea y el nuevo proceso penal que se está diseñando”, en AA.VV. (LLORENTE SANCHEZ-ARJONA, M.) *Estudios procesales sobre el espacio europeo de justicia penal*. Aranzadi, pág. 23.



En cierta parte el reglamento de la Fiscalía Europea recogió varias de las propuestas que GÓMEZ COLOMER indicó en su estudio, pero en cuanto a la recurribilidad finalmente estableció que todas las decisiones que el Fiscal Europeo tome las realizará en forma de decreto y solo serán recurribles aquellos que la ley prevea expresamente.

Retomando la figura del Juez de Garantías GÓMEZ COLOMER⁶⁵ en consonancia con VIDAL FERNÁNDEZ⁶⁶ describe que la implantación de la Fiscalía Europea supone de por sí la necesaria implementación de esta figura, pues, será el Fiscal Europeo en el ámbito de sus competencias el responsable de la dirección de las investigaciones. En otras palabras, será el Fiscal Europeo el que solicite las diligencias o medidas cautelares a tomar.

El control de dichas solicitudes deberá cumplirse pues conforme al artículo 42 del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo de 12 de octubre de 2017 por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea: *“los actos procesales de la Fiscalía Europea destinados a surtir efectos jurídicos frente a terceros serán objeto de control jurisdiccional por los órganos jurisdiccionales nacionales competentes de conformidad con los requisitos y procedimientos establecidos en el Derecho nacional. Lo mismo se aplicará a los casos en que la Fiscalía Europea se abstenga de adoptar los actos procesales destinados a surtir efectos jurídicos frente a terceros que está jurídicamente obligada de adoptar en virtud del presente Reglamento.”*

Así, GÓMEZ COLOMER⁶⁷ plantea que el problema radica en que en España no tenemos implantada la figura del Juez de Garantías, que sería el órgano encargado de realizar dicho control jurisdiccional conforme al nuevo modelo proceso penal que si quiere implantar y que para subsanar este error no bastaría simplemente con sustituir a un juez de instrucción por un juez de garantías, pues lo que realmente es complicado de cambiar es toda la estructura de la fase de investigación para los casos en los que investigue el Fiscal Europeo.

⁶⁵ GÓMEZ COLOMER, J.L. (2021) “La fiscalía y el nuevo proceso penal...” *op.cit.*, págs. 24-26.

⁶⁶ VIDAL FERNÁNDEZ, B. (2021) “El procedimiento especial para la actuación de la fiscalía europea...” *op.cit.*, pág. 239.

⁶⁷ GÓMEZ COLOMER, J.L. (2021) “La fiscalía europea y el nuevo proceso penal...” *op.cit.*, pág. 24-26.

Por otro lado, las reformas necesarias no lo son solamente por la necesaria adaptación de la Fiscalía Europea a nuestro ordenamiento jurídico, sino que además la eliminación de un juez instructor debe ser acometida con el objeto de adaptar nuestro proceso penal a los valores proyectados por nuestra Constitución.

Actualmente, el investigado es concebido como un objeto de persecución penal y no como un sujeto titular de derechos y garantías frente al Estado. En el presente, el sumario consiste en la investigación de un órgano jurisdiccional para recabar la información necesaria con el fin de hacer constar la perpetración de los delitos. Según LORCA NAVARRETE⁶⁸, a medida que se avanza en la investigación, aparecen más razones de peso que alimentan la culpabilidad de los investigados, correspondiendo al mismo su defensa en un proceso penal que ni siquiera se ha iniciado. Esto se proyecta de forma indiscutible en la desconfianza que transmite un juez instructor a la defensa, pues como hemos mencionado parece que se le concibe como un criminal desde la fase de investigación. Se transmite también en el retraso en conocer el imputado su derecho a intervenir en el sumario y en otras limitaciones al efectivo ejercicio del derecho de defensa⁶⁹. Por tanto, debe evitarse concebir al investigado como un criminal, y su derecho a la presunción de inocencia debe permanecer impoluto hasta que se dicte una sentencia condenatoria.

Asimismo, LORCA NAVARRETE manifiesta que la idea de un juez desvinculado es algo que encaja totalmente en nuestro ordenamiento jurídico, pero además no solo encaja, sino que apela a la verdadera necesidad de un juez de garantías, y entiende que es necesario *“otorgar y garantizar un espacio razonable para que la persecución penal se desarrolle con eficiencia y para que la víctima pueda ejercer plenamente los derechos que se le otorgan”*⁷⁰.

Para poder conciliar ambas ideas, tanto el respeto a las garantías individuales como garantizar un espacio razonable para la persecución penal, será necesaria la implantación del juez de garantías, que deberá ponderar, por un lado, la eficacia de la persecución penal por el fiscal y, por otro, la protección de las garantías individuales de los investigados.

⁶⁸ LORCA NAVARRETE, A. M. (2009) “Hacia la instauración del juez de garantías en el proceso penal español y la desaparición del juez instructor”. *Diario La ley*, N°7158, pág. 1.

⁶⁹ Ídem.

⁷⁰ Ibidem.



El mencionado autor concluye lo siguiente: *“el futuro juez de garantías es un órgano jurisdiccional que no investiga y, por ende, está en una posición que le permite examinar imparcialmente la labor del fiscal y también la de la policía judicial. La conclusión no se hace esperar: la fase de investigación se judicializa en cuanto a su control, se evitan abusos y se presta rápido auxilio a los imputados en cuanto a los eventuales excesos o desequilibrios que se puedan producir. Y una necesidad ineludible: la instrucción y el instructor tal y como se conocen con la actual LECrim. han de desaparecer⁷¹”*.

Como conclusión tenemos que son dos las principales razones por las cuales la implantación del Juez de Garantías es necesaria en España. La primera de ellas es que el Reglamento (UE) 2017/1939 exige un órgano jurisdiccional que controle las actuaciones de la Fiscalía Europea. La segunda es que el Juez Instructor debe desaparecer de nuestro sistema procesal penal en cuanto dicha figura no es acorde con nuestra Constitución Española.

8. COMPARACIÓN DEL MODELO PROCESAL PENAL ESPAÑOL CON EL MODELO PROCESAL PENAL ALEMÁN

Hasta 1975 existió en Alemania un juez instructor, quien era el competente para desarrollar la fase de investigación. Aun siendo competencia de este último, quien en realidad desarrollaba la instrucción en la práctica era la Policía, hasta que se creó al Ministerio Fiscal, a quien se le atribuyó la dirección de la investigación también solo en la práctica⁷².

Posteriormente la evolución de la delincuencia, así como el hecho de que algunas personas hacían negocio de la acusación, provocaron que surgiera la figura de la *Public Prosecutor's Office*. En 1985 el director de la investigación pasa a ser el Ministerio Fiscal quien sería además también el único órgano que podía acusar ostentando dichas facultades bajo un régimen de monopolio⁷³.

⁷¹ Ídem.

⁷² GÓMEZ COLOMER, J.L. (2021) “La Fiscalía alemana: temas relevantes de su organización y funciones”. *Diario La Ley*, N°9965, págs. 1-2.

⁷³ Ibidem



De esta manera no existirán los jueces de instrucción en Alemania, salvo una excepción, y es que para los casos en que se tengan que adoptar medidas urgentes en el marco de un procedimiento de investigación será un juez instructor el competente, para posteriormente el fiscal revisar las decisiones que este ha tomado.

Entre sus principios, el principio de unidad (art. 144 GVG), que se refiere al principio de unidad de actuación del Ministerio Fiscal dentro del Land, pues el Fiscal General Federal alemán no podrá dar instrucciones a las Fiscalías de los Länder, debido a la organización federal de la justicia alemana⁷⁴.

El segundo sería el principio de dependencia jerárquica (art. 146 GVG) que lo que quiere decir es que los funcionarios acatarán las órdenes de su superior. El tercero el principio de independencia (art.150 GVG) de los tribunales, es decir, deberá ser independiente en el desempeño de sus funciones oficiales como órgano ajeno al Poder Judicial.

El cuarto principio es el de legalidad (arts. 152 y 160 StPO) que viene a configurar un Ministerio Fiscal obligado a perseguir aquellos hechos punibles configurados legalmente en cuanto sospeche o conozca de la comisión de un delito. Como excepción a este principio tenemos el de oportunidad, ya que si aplicásemos el principio de legalidad estrictamente provocaría situaciones contrarias al principio de economía procesal persiguiendo hechos que no merecen tal persecución⁷⁵.

Por último, tenemos el principio de inmediación (art. 226 StPO) que viene a consagrar que el Ministerio Fiscal que ha sido encargado de la investigación, debe también acudir a las vistas que se celebren en ese mismo procedimiento.

Como vemos, el sistema procesal penal alemán es bastante similar en cuanto a principios rectores. Se parecen tanto que incluso tienen el mismo problema que tenemos en España sobre la vinculación de dicha institución al poder político puesto que en Alemania, el Ministerio de Justicia puede impartir instrucciones al Fiscal General Federal, sin embargo, no es obstáculo para que el sistema procesal penal que ostentan funcione adecuadamente en Alemania.

⁷⁴ NIEVA FENOLL, J. (1999) "El Ministerio Fiscal en Alemania". *Justicia: revista de derecho procesal*, Nº3-4.

⁷⁵ Ídem.



De hecho, la mayor diferencia que existe entre el Ministerio Fiscal alemán y el que se quiere implantar en España con el APLECRIM 2020 es que el alemán tiene muchas más facultades en el marco de la instrucción de las que tendría el fiscal español. Por ejemplo, el fiscal alemán podrá decretar la detención provisional y demás medidas vulneradoras de derechos fundamentales si existe un peligro por retraso, aunque posteriormente sean controladas por un Ermittlungsrichter (juez investigador del proceso alemán que funcionará como un Juez de Garantías)⁷⁶.

De esta forma, el Ministerio Fiscal español tendrá menos poder, lo cual a mi entender es positivo y además es conforme con la Constitución Española, ya que es esta última la que atribuye potestad jurisdiccional a jueces y tribunales, siendo así las medidas cautelares instrumentos que “pre-juzgan” y, por tanto, competencia de nuestros órganos jurisdiccionales.

Comparto las conclusiones que expone GÓMEZ COLOMER: la primera es que la clave del funcionamiento del modelo procesal penal alemán es en realidad su correcto e impecable funcionamiento en la práctica. Recordemos que mucho antes de que se le atribuyera la dirección de la investigación al fiscal mediante ley, en la práctica, este ya era el director. Lo que en realidad importa son los hechos y no las teorías. Por tanto, la profesionalidad, objetividad e imparcialidad de los fiscales alemanes hacen que el sistema funcione: la segunda, es que cada país tiene su propia historia y características, por lo que es muy probable que el sistema procesal penal alemán no funcione en España⁷⁷.

Desde mi punto de vista, la clave de la evolución procesal de nuestro país no se basa en copiar otros sistemas, sino más bien, en estudiarlos y acoger aquellas normas o figuras que nos beneficien y encajen bien en la época socio-temporal en la que nos encontramos. Siempre habrá problemas teóricos, pero no se sabe si habrá problemas prácticos hasta la verdadera implantación del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁷⁶ GÓMEZ COLOMER, J.L. (2021) “*La fiscalía alemana...*”, *op. cit.* pág.13.

⁷⁷ Ídem.



9. CONCLUSIONES

La figura del Ministerio Fiscal desde su nacimiento ha sido objeto de múltiples problemas relacionados con su configuración constitucional. Por tal motivo, han sido innumerables las discusiones doctrinales que han intentado posicionarlo en alguno de los tres poderes del Estado. Ninguna interpretación ha prosperado, porque la configuración de nuestra Constitución dificulta acometer una reforma.

Entre los sectores de la doctrina hay dos vertientes que son las más comunes: por un lado, quienes argumentan que el Ministerio Fiscal pertenece al Poder Ejecutivo; y, por otro, quienes defienden que el Ministerio Fiscal no pertenece a ningún Poder, pero tampoco conforma uno por sí mismo.

A mi juicio, el Ministerio Fiscal pertenece al Poder Ejecutivo. Teóricamente el Ministerio Fiscal parece ser que pertenece al Poder Judicial pues así está configurado según nuestra Constitución, pero en la práctica el mayor órgano representativo de dicha institución es el Fiscal General del Estado que a su vez es elegido por el ejecutivo.

Este problema se relaciona directamente con la dependencia que este órgano tiene del Poder Ejecutivo. Se habla de dependencia porque el sistema de elección del Fiscal General del Estado y se asocia al interés político que existe en dichas elecciones discrecionales, ya que se entiende que el gobierno “de turno” propondrá como Fiscal General del Estado más afín a su ideología.

Aumentar la transparencia de las comunicaciones entre el Ministerio Fiscal y el ejecutivo provocarían también un aumento de la percepción de la imparcialidad que tanto la sociedad como los juristas tienen de dicha institución aumentando así la confianza de la misma.

En relación con la fase instrucción del proceso penal, hace ya varios años que se intenta atribuir al Ministerio Fiscal la dirección de la investigación en los procesos penales a través de anteproyectos de ley de enjuiciamiento criminal que nunca han visto la luz.

Actualmente quien dirige la instrucción en los procesos penales es el juez instructor, perteneciente al Poder Judicial con capacidad para juzgar y ejecutar lo juzgado. A primera vista resalta que el juez no tiene como función atribuida la de investigar, por lo que ya podría decirse que dicha función es inconstitucional. Además,



también se compromete la imparcialidad del juez de instrucción pues el mismo órgano que debería asegurar que no se vulneren los derechos fundamentales del investigado a su vez también es el mismo que decreta todas aquellas medidas de investigación que, en algunos casos, podrían colisionar con los derechos fundamentales.

Razones no faltan para que el Ministerio Fiscal sea quien dirige la investigación, con la creación de un juez de garantías que se encargará de aceptar o denegar las solicitudes que el fiscal le proponga durante la investigación, asegurando siempre los derechos del investigado.

Desde mi punto de vista este modelo se adecuaría mejor con nuestra Constitución, ya que la misma le otorga al Ministerio Fiscal el deber de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad lo que significa la facultad de perseguir los delitos, investigando y formulando la acusación.

Además, también existe otro factor que hace que el modelo planteado en el anteproyecto de 2020 sea el óptimo y se trata del modelo que instaura la Fiscalía Europea. Con base en él, para determinadas materias y defendiendo los intereses financieros y económicos, el Fiscal Delegado Europeo será quien asuma la investigación en los que dichos intereses se vean comprometidos, siendo por tanto necesaria la figura del Juez de Garantías. Es una razón más por la cual se debería reformar nuestro sistema procesal penal, donde los jueces se limiten a cumplir con el mandato constitucional de ejercer la potestad jurisdiccional.

En definitiva, es necesaria una reforma de nuestro sistema procesal penal, que no admite más demoras, configurándolo y construyéndolo acorde con los tiempos en que vivimos. Queda mucho recorrido hasta que este objetivo se cumpla, ya que una reforma de tal calado requiere sosiego y tiempo, que cumpla eficazmente con los propósitos que se persiguen.

BIBLIOGRAFIA

ARMENTA DEU, T. (2021) “Fiscalía Europea. Su incidencia en el ordenamiento procesal español” en AA.VV. (MORENO CATENA, V.M. dir) *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea*. Tirant lo Blanch.

CHOVA MARTÍ, M. (2020) “¿Juez o fiscal instructor? esa es la cuestión (1)”. *Diario La Ley, N°9669, Sección Tribuna, 8 de Julio de 2020, Wolters Kluwer*.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. & MORENO CATENA, V. (2021) *Introducción al Derecho Procesal 11ª Edición*. Tirant lo Blanch.

FUENTES SORIANO, O. (2008) “La instrucción por el fiscal en un nuevo proceso penal”, en AA.VV. (ASENCIO MELLADO, J. M. Coord) *Nuevos retos de la justicia penal* Wolters Kluwers.

GARBERÍ LLOBREGAT, J. (2008) “¿Fiscal Instructor?: Pocas ventajas y un enorme inconveniente”. *Revista Jurídica de Castilla y León*. N°14.

GÓMEZ COLOMER, J.L. (2021) “La fiscalía europea y el nuevo proceso penal que se está diseñando”, en AA.VV. (LLORENTE SANCHEZ-ARJONA, M.). *Estudios procesales sobre el espacio europeo de justicia penal*. Aranzadi.

- GÓMEZ COLOMER, J.L. (2021) “La Fiscalía alemana: temas relevantes de su organización y funciones”. *Diario La Ley*, N°9965.
- GÓMEZ COLOMER, J.L. (1997) “La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del Derecho Comparado”. *Revista de ciencias penales de Costa Rica*.

GONZÁLEZ CANO, M.I. (2011) “Dirección de la investigación por el Ministerio Fiscal y nuevo modelo procesal penal”. *Revista de Estudios de la Justicia*. N°15.

LANZAROTE MARTÍNEZ, P. (2017) “El Ministerio Fiscal ante la anunciada (por enésima vez) reforma del proceso penal: algunos aspectos estructurales básicos”. *Diario la Ley*.

LÓPEZ AGUILAR, J. F. (1996) “*La justicia y sus problemas en la Constitución. Justicia, jueces y fiscales en el Estado Social y democrático de derecho*” Tecnos.

LÓPEZ ORTEGA, J.J & RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. (2013) “El proceso penal como sistema de garantías (I). La imparcialidad del juez en el Anteproyecto de



Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la propuesta de Código Procesal Penal”. *Diario la Ley*.

LORCA NAVARRETE, A. M. (2009) “Hacia la instauración del juez de garantías en el proceso penal español y la desaparición del juez instructor”. *Diario La ley*.

MARTÍN PASTOR, J. (2008) “La reforma del estatuto orgánico del Ministerio Fiscal: ¿Un Ministerio Fiscal más autónomo o más problemático?”, *Revista General de Derecho Procesal*.

MONTERO AROCA, J. (2019) “Las partes acusadoras” en AA.VV. (GÓMEZ COLOMER, J.L.): *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*. Tirant lo Blanch, 27ª Edición.

MORENO CATENA, V. (2007) “El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos”. *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, nº1.

- MORENO CATENA, V. (2002) “El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma”, *Cuadernos de Derecho Judicial, Sistemas penales europeos*, núm. 4.

MUERZA ESPARZA, J. (2021) “La estructura y fases del proceso en el anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal”, *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, núm. 3.

NIEVA FENOLL, J. (2021) “El procedimiento de investigación en el anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal de 2020”. *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*. (nº4).

- NIEVA FENOLL, J. (2019) “La instrucción como falsa “primera instancia” del proceso penal: hacia una total superación del sistema inquisitivo”. *Revista Ítalo-española De Derecho Procesal*, (1).
- NIEVA FENOLL, J. (1999) “El Ministerio Fiscal en Alemania”. *Justicia: revista de derecho procesal*, Nº3-4.

ORMAZÁBAL SANCHEZ, G. (2022) “La fase intermedia en el anteproyecto de LECrim de 2020” en AA.VV. (JIMÉNEZ CONDE, F. & FUENTES SORIANO, O.): *Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020*. Tirant lo Blanch.

OVEJERO-BECERRA, S.G. (2017) “*El Ministerio Fiscal en el siglo XXI*”. Tirant Lo Blanch.



TRILLO NAVARRO, J. P. (2008) *El fiscal en el nuevo proceso penal: estatuto orgánico del ministerio fiscal: reforma 2007*. Alianza Editorial.

VIDAL FERNÁNDEZ, B. (2021) “El procedimiento especial para la actuación de la fiscalía europea del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020”. *Revista de la APDPUE* N°4.

VIVES ANTÓN, T. S. & JIMENEZ REDONDO, M. (2010) *Fundamentos del Sistema Penal*. Tirant Lo Blanch.