

Grado en: Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2014/2015

Convocatoria: Julio

**LA INSTRUCCIÓN POR EL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO PENAL
ESPAÑOL ¿POSIBLE Y EFICAZ?**

**THE INSTRUCTION BY THE PUBLIC PROSECUTOR IN THE SPANISH
CRIMINAL PROCESS, IS IT POSSIBLE AND EFFECTIVE?**

Realizado por la alumna Sara Marrero Álvarez

Tutorizado por la Profesora D^a Juana Pilar Rodríguez Pérez

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

Área de conocimiento: Derecho Procesal

ABSTRACT

The most relevant and controversial aspect of the Proposed Article of the Criminal Prosecution Law lies in the possible establishment to the instruction of the Public Prosecutor in the Spanish Criminal Process.

This work performs an analysis of the idea of attributing the management of the criminal investigation to the Public Prosecutor, examining the arguments enshrined by law, both in favour and against in an attempt to search for the most appropriate assessment from a constitutional point of view, and in order to find the effectiveness of this purpose. For that, it is part of a study into the investigative function to be granted to the Public Prosecutor; continuing with the necessary intervention of the judicial authority in this stage of the process, directed by the Guarantee Judge, who is responsible for setting bail terms; to finalize with a review of the demonstrations in which the possibility of a criminal investigation in the hands of prosecutors is based.

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

El aspecto más relevante y polémico de la Propuesta de Texto Articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, radica en la posible instauración de la instrucción por el Ministerio Fiscal en el proceso penal español.

Este trabajo realiza un análisis sobre la idea de atribuir la dirección de la investigación criminal al Ministerio Fiscal, examinando los argumentos consagrados por la doctrina, tanto a favor como el contra. Pretendiendo la búsqueda de la valoración más adecuada desde un punto de vista constitucional, en aras de encontrar la eficacia de este propósito. Para ello, se parte de un estudio de la función investigadora que se quiere conceder al Ministerio Público; continuando con la necesaria intervención de la autoridad judicial en esta fase del proceso, a través de la figura del denominado Juez de Garantías; para finalizar con una revisión de las manifestaciones en las que se fundamenta la posibilidad de una instrucción penal en manos de los Fiscales.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN. Planteamiento de la cuestión.....	5
2. APROXIMACIÓN A LA LABOR INSTRUCTORA DEL MINISTERIO FISCAL EN LA PLECRIM.....	7
2.1. Diligencias de Investigación para la comprobación del delito y del presunto autor del mismo.....	9
2.2. Incoherencia de la reforma que contempla la PLECrím.....	11
3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA INSTITUCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL.....	12
3.1. Posiciones doctrinales.....	13
3.1.1. El Ministerio Fiscal como órgano del Poder Ejecutivo.....	13
3.1.2. El Ministerio Fiscal como órgano del Poder Judicial.....	14
4. EL MINISTERIO FISCAL INSTRUCTOR.....	15
4.1. El Fiscal Instructor en el Derecho Comparado.....	15
4.2. Su antecedente inmediato.....	19
4.3. La Propuesta de Texto Articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal (PLECrím) y el Ministerio Fiscal.....	20
4.3.1. ¿Es constitucional la idea de atribuir la instrucción al Ministerio Fiscal?.....	21
4.3.1.1. Atribución limitada de las funciones instructoras al Ministerio Fiscal.....	21
4.3.1.2. Mantenimiento de los principios funcionales y orgánicos del Ministerio Fiscal.....	22
4.3.2. ¿Sería eficaz un Fiscal Instructor?.....	23

4.4. Argumentos que fundamentan la instrucción en manos del Ministerio Fiscal.....	27
4.4.1. Salvaguarda de la imparcialidad del Juez de Garantías.....	27
4.4.2. Agilización de la fase instructora.....	33
4.4.3. Afianzamiento del principio acusatorio.....	34
CONCLUSIONES.....	36
BIBLIOGRAFÍA.....	40

1. INTRODUCCIÓN.

- Planteamiento de la cuestión.

La Propuesta de Texto Articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante PLECrím.), esboza en su Exposición de Motivos todas las razones posibles para hacer creer que esta es la tan esperada y necesitada reforma de la norma procesal penal. Sin embargo, basta con realizar un análisis de la Propuesta, en lo que a este trabajo concierne, sobre la figura del Ministerio Fiscal (en adelante MF), para darse cuenta de que esta reforma no es tan idónea, constitucionalmente hablando, pues el legislador parece haber empezado la casa por el tejado.

En esta PLECrím., se encomienda al MF la labor de investigación-instrucción de las causas penales, por entender que el principal problema del proceso penal radica en la fase de instrucción y no en la fase de enjuiciamiento y fallo, así, el enjuiciamiento criminal en nuestro ordenamiento procesal penal, contaría con la figura del Fiscal instructor¹.

Ahora bien, el Fiscal instructor contemplado en la PLECrím., no puede transponerse de forma automática desde el proceso penal actual a ese futuro proceso penal, pues se requieren cambios importantes, no solo en la estructura orgánica del Ministerio Público, sino además, en los principios rectores de su actuación, lo que conlleva una modificación de su Estatuto Orgánico², a lo que se añade una previa reforma constitucional.

El procedimiento penal que contempla la PLECrím, puede que no llegue a ver la luz. La presente legislatura se planteó, entre otros objetivos, la reforma de la decimonónica LECrím.; el Gobierno del Partido Popular, con mayoría parlamentaria, muy entusiasta con la idea, creó una Comisión Institucional por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012, con el fin de elaborar un nuevo Código Procesal Penal, que fue presentado al Ministro de Justicia³ como propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, el 25 de febrero de 2013.

¹ Lo cual no es tan novedoso como parece, ya que el Proceso Penal de Menores (Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores) cuenta con la figura del Fiscal Instructor.

² Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, modificado por la Ley 4/2010, de 10 de marzo.

³ Alberto Ruiz-Gallardón Jiménez, que lo era en aquel momento.

Han pasado más de dos años desde que se presentó el texto articulado, esto, unido al hecho del inminente final de la legislatura, conlleva a tener la certeza de que no llegará a ser ley.

Hay que mencionar, además, que el debate sobre el aspecto más relevante de la PLECrím., la atribución de la instrucción al MF, ha sufrido una “mutación” de su contenido. Se ha logrado que este tema y la Propuesta, en general, lejos de someterse a un análisis jurídico, es decir, a su estudio desde el punto de vista de estricta técnica jurídica, pase a ser una cuestión meramente política, una lucha de poder entre las fuerzas de ideología política dominantes; tanto, para quienes defienden la asunción de la dirección de la investigación de las causas penales por el MF, como para quienes se oponen a ella.

Por un lado, los primeros, los “*pro-fiscalistas*”, abogan por la innovación que entraña esta cuestión en España, así como, la equiparación que supondría en relación con los sistemas jurídicos de nuestro entorno, donde el Fiscal es quien se encarga de investigar los delitos⁴.

Por otro lado, los segundos, los “*anti-fiscalistas*”, ven una oportunidad en este tema para sostener una opinión contraria al Gobierno de turno.

En definitiva, este debate ha resultado ser, cuanto menos, lamentable, puesto que los protagonistas del mismo, los “*pro-fiscalistas*” y los “*anti-fiscalistas*”, en palabras de Garberí Llobregat, son, “*quienes quieren hacer pasar la propuesta de reforma que nos ocupa por una simple opción política (en la que, al parecer, los argumentos jurídico-procesales no resultarían relevantes ni decisivos) (...) quienes quieren hacer creer que la aceptación o la oposición a semejante reforma encierra únicamente una interesada posición ideológica*”⁵. Es más, como apunta al respecto Benavent Cuquerella, “*(...) una serie de juristas que, (...) no hacen sino aportar justificaciones por razones de oportunidad política*”⁶.

⁴ Cabezudo Rodríguez, N., “*Sobre la conveniencia de atribuir la instrucción penal al Ministerio Fiscal*”, en Revista Jurídica de Castilla y León, nº14, enero, 2008, pág. 189 y págs. 190-194.

⁵ Garberí Llobregat, J. “*¿Fiscal instructor?: pocas ventajas y un enorme inconveniente*”, en Revista Jurídica de Castilla y León, nº 14, enero, 2008, págs. 172 y 173.

⁶ Benavent Cuquerella, D., “*La dirección de la investigación criminal por el Ministerio Fiscal en España: Situación actual y reformas proyectadas*”, ed. Fe d’erratas, Madrid, 2014, pág. 90.

2. APROXIMACIÓN A LA LABOR INSTRUCTORA DEL MINISTERIO FISCAL EN LA PLECRIM.

En la PLECrím., la labor del MF pasa a ser la de instructor de las causas penales, es por ello que desempeñaría algunas funciones novedosas con respecto de las hasta ahora realizadas.

El MF comenzará su actuación en un proceso penal informado por el principio de oficialidad, que supone el ejercicio de la acción penal, ejercitándola y manteniéndola, siempre que considere que existen indicios racionales de criminalidad para imputar a una persona la comisión de un hecho punible; además, está legitimado para el ejercicio de la acción civil, salvo renuncia o reserva de la parte perjudicada⁷.

Son varios los artículos de la PLECrím., que conceden al MF la labor instructora de los procesos penales, concretamente, el art. 240 en relación con el art. 56; este último, habla sobre el deber de esclarecimiento y de objetividad en la investigación de la causa penal del MF, de modo que, se le encarga la labor investigadora, tanto, de las circunstancias favorables al hecho delictivo, como, de las desfavorables al mismo. El primero de los preceptos citados, el art. 240, confiere, con más claridad, la dirección de las diligencias de investigación, dentro del proceso ordinario, al MF.

A lo largo del proceso, el MF adoptará decisiones que tomarán la forma, bien de Decreto, o bien, de Diligencias; de estas resoluciones, únicamente los Decretos serán impugnables ante el Tribunal de Garantías⁸.

Por otro lado, se otorga al Fiscal instructor un plazo para realizar las diligencias de investigación mucho más amplio que el vigente en la actual LECrím.,⁹ dicho plazo sería de seis meses desde la fecha del Decreto de apertura, salvo que se trata de una investigación compleja, casos en los que el plazo se amplía a 18 meses, prorrogables

⁷ En la mayoría de los procesos penales la condición de ofendido y perjudicado concurre en una misma persona, en otros casos, el perjudicado resulta ser un tercero que puede personarse en la causa como actor civil (arts. 109 y 110 LECrím).

⁸ Es la autoridad judicial, que de concederse la dirección de la investigación de las causas penales al MF, le corresponderían las labores de control y garantía en la fase instructora, junto con la tarea de supervisar que las actuaciones del MF sean conformes a la legalidad.

⁹ En la vigente LECrím, se establece como plazo máximo de duración de la fase instructora un mes: *“cuando al mes de haberse incoado un sumario no se hubiese terminado, el Secretario judicial dará parte cada semana a los mismos a quienes lo haya dado al principiarse aquél, de las causas que hubiesen impedido su conclusión”* (art. 324).

por igual o inferior plazo, lo que se desprende del contenido del art. 127 de la PLECrím.:

“1. Las Diligencias de Investigación del Ministerio Fiscal se practicarán durante el plazo de seis meses desde la fecha del decreto de apertura.

2. Si la investigación es compleja el plazo de duración de las Diligencias de Investigación será de dieciocho meses, que podrá ser prolongado por igual plazo o por uno inferior por el Tribunal de Garantías, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes, por escrito que podrán presentar ante el Tribunal en el plazo de tres días (...).”

Si bien, aquí se observa, la necesaria intervención del Tribunal de Garantías para dar legitimidad a los actos del MF, pues aunque la prórroga de la duración de la investigación la solicite el Ministerio Público, la autorización es competencia de dicho Tribunal.

En cuanto a la iniciación de las diligencias de investigación, esta etapa comienza, con el ya citado Decreto de apertura de las diligencias de investigación por el MF ante la comisión de un hecho delictivo, pudiendo archivar la causa, cuando se trate de un hecho constitutivo de delito contra el patrimonio, perpetrado sin violencia ni intimidación, contra las personas o en los casos en los que no se puede identificar a los responsables.

Dictado el Decreto de apertura de las diligencias de investigación debe el MF solicitar la inscripción de la causa ante el Tribunal de Garantías competente.

Las diligencias de investigación dan comienzo con la citación del encausado ¹⁰ y su primera comparecencia ante el MF en la que se le comunicará la imputación, así como, se le informará de los derechos que le asisten. En esta primera toma de contacto, se efectúa la declaración del encausado, cabe la posibilidad de la confesión y reconocimiento de los hechos que se le imputan, sin embargo, el Fiscal seguirá estando obligado a practicar las diligencias de investigación necesarias para comprobar la existencia del delito y la participación del encausado en el mismo.

¹⁰ La figura del encausado se corresponde con el imputado en el proceso penal actual, únicamente cambia la denominación del mismo en la PLECrím.

Durante la fase de investigación, el MF, las acusaciones y el encausado pueden llegar a un acuerdo de conformidad¹¹, en tal caso, el Fiscal deberá dictar un escrito de acusación de conformidad inmediata, dirigido al Tribunal de Garantía, quien tendrá la última palabra, así, terminará el proceso con una sentencia de conformidad, o bien, se continuará con la investigación de la causa.

2.1. Diligencias de Investigación para la comprobación del delito y del presunto autor del mismo.

En lo que respecta a las diversas diligencias de investigación, hay que diferenciar entre las medidas que necesitan, preceptivamente, de autorización del Tribunal de Garantías para su práctica, y aquellas otras que pueden ser acordadas, de oficio, por el MF.

Así, entre las primeras, las que necesitan autorización previa del Tribunal de Garantías para su práctica, entre otras, destacan: las diligencias de inspecciones e intervenciones corporales; las intercepciones de las comunicaciones, tanto telefónicas y telemáticas, como postales o telegráficas, de faxes o burofaxes; también las medidas referidas a utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización; las de entrada y registro de domicilio o lugar cerrado; el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información; y la medida de agente encubierto, cuando se trate de delitos específicos¹². Si el Tribunal de Garantías considera oportuna la práctica de las diligencias, el Fiscal, será el encargado del seguimiento de la ejecución de las mismas hasta su conclusión, en colaboración con la Policía Judicial, debiendo siempre comunicar a dicho Tribunal, su desarrollo y el resultado obtenido; si bien, en los casos en que sea necesario prorrogar la duración de las diligencias, debe dirigirse nuevamente al Tribunal de Garantías, teniendo éste, una vez más, la última palabra.

Entre las que pueden adoptarse de oficio por el Fiscal, destacan: las diligencias encaminadas al reconocimiento e identificación del encausado, así, la identificación en

¹¹ Arts. 270 y 273 de la PLECrím., respectivamente: “Si durante las Diligencias de Investigación, el Ministerio Fiscal, las acusaciones y el encausado llegaren a un acuerdo de conformidad, lo presentarán a través de un escrito de acusación para conformidad inmediata, que firmarán conjuntamente el Fiscal, las acusaciones, el encausado y su Letrado”. “Si el Tribunal de Garantías devuelve al Fiscal la causa contra el encausado para la continuación de las Diligencias de Investigación penal quedará sin efecto alguno el escrito de acusación para conformidad inmediata, que no vinculará en modo alguno al Ministerio Fiscal en lo sucesivo”.

¹² Estas Diligencias de Investigación se encuentran recogidas en la PLECrím, en los arts. 281 a 283 y 285 a 286; arts. 294 a 319; arts. 331 a 333; arts. 334 a 346; arts. 347 a 349; arts. 406 a 411, respectivamente.

rueda de reconocimiento, identificación fotográfica y reconocimiento de voces; las intervenciones corporales cuando haya consentimiento y concurra urgencia en su realización, así como, la obtención de huellas dactilares y la investigación efectuada mediante análisis de ADN; las vigilancias policiales sistemáticas y la captación de imagen cuando sea en espacios públicos; las de recogida, incautación y aseguramiento de los efectos e instrumentos del delito; la inspección ocular, el levamiento y exhumación del cadáver y la autopsia; la medida de circulación y entrega vigiladas; y la obtención de conocimiento técnicos, científicos, artísticos o prácticos, que hagan necesario recabar informes periciales¹³.

Especial mención merece la declaración de los testigos, como una diligencia de investigación de naturaleza mixta, ya que la citación a los testigos para comparecer y declarar la efectúa el Fiscal, la declaración de los testigos se realiza ante él, y también la práctica de careos, no necesitando autorización previa del Tribunal de Garantías. Ahora bien, hay ciertos supuestos, en los que el Tribunal, interviene, otorgando consentimiento para su realización, así, en los casos en los que el testigo tenga que ingresar en un programa de protección, por sufrir grave peligro su vida, y también en los casos de la prueba anticipada de testigos¹⁴.

Una vez que se han practicado las diligencias de investigación precisas, el MF deberá dictar un Decreto de conclusión de las investigaciones, pudiendo acordar el sobreseimiento de la causa y archivo de las actuaciones, o bien, continuar con el procedimiento, si considera que hay indicios racionales fundados de la comisión del delito, en este caso, a dicho Decreto de conclusión, se acompañará el escrito de acusación, remitiéndolo al Tribunal de Garantías, junto con las actuaciones de las diligencias de investigación, finalizando aquí la función investigadora del Fiscal en el Proceso Penal Ordinario que contempla la PLECrím.

¹³ Estas Diligencias de Investigación se regulan en la PLECrím., en los arts. 274 a 279; arts. 284 y 287; arts. 329 y 330; arts. 356 a 359; arts. 360 a 364; arts. 412 a 416; arts. 391 a 405, respectivamente.

¹⁴ El art. 377 de la PLECrím., hace referencia a la protección de testigos. En cuanto a la prueba testifical anticipada, el art. 385 dispone: “*Cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una declaración no podrá ser recibida en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Ministerio Fiscal o cualquiera de las demás parte podrán solicitar al Tribunal de Garantías que practiquen inmediateamente la misma con anterioridad a la celebración del juicio (...)*”.

2.2. Incoherencia de la reforma que contempla la PLECrím.

Analizado el contenido de la función instructora que se le pretende otorga al MF en la PLECrím., se aprecia la cantidad de detalles que no se tuvieron en cuenta a la hora de redactarla.

Empezando por las principales tareas que se encomiendan al MF como instructor, parece que el legislador, atribuyéndole esta función, pretende la agilización de la fase instructora, que se presenta más lenta y laboriosa que la fase de juicio oral; encontrando así una “salida de emergencia” ante la clamorosa necesidad de reformar el sistema procesal penal.

Esta idea, defendida por un sector de la doctrina, entre ellos, Garberí Llobregat¹⁵, se basa en que prácticamente la mayoría de las actuaciones del MF, como Instructor, deberán estar refrendadas por el Tribunal de Garantías¹⁶, que viene a ser la autoridad judicial que sí conserva, tal y como le otorga la Constitución Española (en adelante CE), los principios de independencia e imparcialidad y la exclusiva titularidad de la potestad jurisdiccional¹⁷. En este sentido, se quiere que el Fiscal instructor se limite a decidir, qué diligencias de investigación considera más oportunas practicar, dejando la autorización de las mismas en manos de la autoridad judicial; en sostener la acción penal cuando entienda que hay indicios razonados de criminalidad; y en promover sentencias de conformidad inmediata, o bien, el sobreseimiento de la causa. Se trata de una misión instructora limitada.

De esta manera, no se puede hablar de un Fiscal instructor, como viene haciéndose, si no se le conceden las garantías constitucionales propias de Jueces y Magistrados.

Por otro lado, las posiciones favorables a la atribución de la instrucción al MF también han encontrado un punto a su favor en un aspecto muy relevante del sistema judicial, concretamente, la política criminal.

¹⁵ Garberí Llobregat, J., “¿Fiscal instructor?: pocas ventajas (...), *op.cit.*, págs. 174-176.

¹⁶ El Tribunal de Garantías sigue siendo, como tal órgano judicial, quien adoptará las medidas cautelares personales, las medidas de investigación restrictivas de derechos fundamentales y la decisión a cerca de la anticipación de las pruebas.

¹⁷ La CE dentro del Título VI, Del poder judicial, contempla en su art. 117 apartados 1 y 3, la independencia de los Jueces y Magistrados, así como, la exclusividad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

En este sentido, cabe mencionar que corresponde al Gobierno la dirección de la política criminal, en tanto lo dispone el art. 97 CE¹⁸; siendo, por tanto, el Poder Ejecutivo el encargado de su elaboración y ejecución.

En esta idea radica uno de los fundamentos de la dependencia del MF con respecto al Ejecutivo. Pues a través de ella, de la dependencia, se lleva a cabo el debido cumplimiento de la política criminal del Gobierno de turno, dado que es este Poder del Estado el que asume la dirección de la actividad del Ministerio Público, sin que ello pueda suponer un quebranto de la imparcialidad en sus actuaciones¹⁹.

Así, en base a lo anterior, el hecho de que la dirección de la fase de investigación resida, actualmente, en la autoridad judicial y no en la institución del MF, podría configurarse como una desventaja en cuanto a la correcta aplicación de la política criminal elaborada por el Poder Ejecutivo. La relación de dependencia entre el Gobierno y el MF, en caso de que este último asumiera la dirección de la fase investigadora, podría suponer un beneficio para la existencia de una política criminal coherente con los objetivos por los que ha sido creada²⁰.

Llegados a este punto, se plantean dos cuestiones:

Primera, dotar al MF de la garantía de independencia “orgánica” que hasta ahora no le caracteriza, esto ¿será un asunto que entrañe no solo la reforma indispensable del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (en adelante EOMF) y también de la CE?

Segunda, en el hipotético caso de que se lograra otorgarle independencia “orgánica”, realizando una función instructora plena de los procesos penales, ¿se estaría entonces equiparando al Fiscal con la figura del Juez o Magistrado?, ¿tendrían ambos igual estatus jurídico?

La respuesta a estas cuestiones que expresará más adelante.

¹⁸ “El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes”.

¹⁹ Trillo Navarro, J.P., “El Fiscal en el nuevo proceso penal. Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, reforma 2007”, en Colección Estudios de Derecho Procesal Penal, 21, dirigida por Antonio del Moral García, ed. Comares, Granada, 2008, págs. 32-33.

²⁰ Cabezudo Rodríguez, N., “Sobre la conveniencia (...)”, *op.cit.*, págs. 202-203.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA INSTITUCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL.

Nada pacífica es la discusión sobre la naturaleza jurídica del MF.

Por una parte, y desde una perspectiva objetiva, se encarga el art. 124.1 de la CE, en relación con el art. 1 del EOMF²¹, de definir los principios que caracterizan a este órgano. En este sentido, parece sosegado el debate, pues el MF se presenta como parte imparcial en los procesos penales que, a través del ejercicio de la acción penal promueve la actividad jurisdiccional por Jueces y Magistrados, en pos de resguardar la legalidad y sostener la acusación²².

Por otra parte, desde una perspectiva orgánica y funcional, el debate se aviva aportando diversas opiniones al respecto.

3.1. Posiciones doctrinales.

Ante un tema tan debatido como la naturaleza jurídica del MF, la doctrina ofrece dos tesis contrapuestas. Así, la postura defendida por quienes entienden que este órgano es parte del Poder Ejecutivo, y la postura de aquellos que lo encuadran dentro del Poder Judicial.

3.1.1. El Ministerio Fiscal como órgano del Poder Ejecutivo.

La idea de que el MF forma parte del Poder Ejecutivo nace al tiempo que el art. 124.3 CE confiere la regulación del EOMF a la ley. Será, con posterioridad, el art. 29.1 del EOMF el que concede al Gobierno la potestad de proponer al Rey el nombramiento y cese del Fiscal General del Estado (en adelante FGE)²³. Asimismo, el art. 8.1 del EOMF advierte de la opción legal que tiene el FGE de promover determinadas actuaciones a propuesta del Gobierno²⁴; el contenido de estos preceptos suponen la

²¹ "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".

²² Gimeno Sendra, J. V., Introducción al Derecho Procesal, ed. Colex, Madrid, 2013, pág. 209.

²³ "El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído previamente el Consejo General del Poder Judicial, (...)".

²⁴ "El Gobierno podrá interesar del Fiscal General del Estado que promueva ante los Tribunales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público".

principal causa de que el MF se conciba, por esta parte de la doctrina, como “*un apéndice*” o “*fiel servidor*” del Poder Ejecutivo²⁵.

Esta idea es rebatida por algunos autores, así, Gimeno Sendra, apoyándose en argumentos tales como, la regulación del MF en la CE, en el Título VII “Del Poder Judicial” y no en el Título IV “Del Gobierno y de la Administración”, y el hecho de que el MF dicte actos procesales y no actos administrativos²⁶. De lo dicho se deduce que apuesta este autor por el MF como órgano del Poder Judicial.

3.1.2. El Ministerio Fiscal como órgano del Poder Judicial.

Otros autores también defienden la idea de que el MF forma parte del Poder Judicial, podemos destacar la postura mantenida por Muñoz Calvo, para quien:

“El Ministerio Fiscal aparece integrado en el Poder Judicial como Magistratura no decisoria –si se quiere, autónoma- desvinculada del Poder Político y sometida a los principios de legalidad e imparcialidad”²⁷.

Esta concepción resulta afín al sistema italiano, en el cual el Ministerio Público se encarga de la dirección de la investigación de las causas penales, disfrutando de un estatus análogo al de los jueces, pues goza de las garantías propias de la Magistratura, pudiendo configurarse como un “*Fiscal-Magistrado*”²⁸.

Dentro de esta posición doctrinal, existen autores que defienden opiniones muy diversas, de modo que, la diferencia fundamental de estas ideas, radica en un aspecto gramatical, concretamente, en el uso de las preposiciones en una oración, así, se encuentran:

- Aquellos que entienden que el MF es un órgano “de” la Administración de Justicia. Este argumento es rebatido fácilmente atendiendo al contenido de los

²⁵ Granados Calero, F., El Ministerio Fiscal (del presente al futuro), ed. Tecnos, Madrid, 1989, pág. 39.

²⁶ Gimeno Sendra, J. V., Introducción (...) *op.cit.*, pág. 210.

²⁷ Muñoz Calvo, J. L., “La independencia del Ministerio Fiscal en España. Su problemática. El llamado Consejo Fiscal”, en Jornadas de Estudio sobre el Poder Judicial, AA. VV., Instituto de Estudios Fiscales, vol. III, Madrid, 1983, pág. 2164.

²⁸ Bastarreche Bengoa, T., “*Jueces y Fiscales ante la instrucción. Cuestiones constitucionales*”, en Revista de Estudios Políticos (nueva época), Número 160, Madrid, abril-junio, 2013, pág. 115.

arts. 117 de la CE y 2.1 LOPJ, en los que se considera la potestad jurisdiccional, como la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado²⁹.

Potestad de la que son exclusivamente titulares los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial; de modo que, no se puede considerar que el MF sea un órgano “del” Poder Judicial, en tanto que no ejerce la potestad jurisdiccional, ni administra justicia, no dándose así las notas esenciales de este poder del Estado.

- Quienes entienden que el MF es un órgano “en” y “para” la Administración de Justicia. Así, Granados Calero, defiende el principio de autonomía funcional de este órgano, al tiempo que marca la independencia del mismo “*dentro del o frente al*” Poder Judicial³⁰, invocando para ello el art. 2.1 del EOMF³¹. Así, en la misma línea, Gimeno Sendra, defiende que el MF es un órgano “*colaborador de la jurisdicción, perteneciente “latu sensu” al Poder Judicial, aunque no se encuentre orgánicamente en él ubicado*”³².

4. EL MINISTERIO FISCAL INSTRUCTOR.

Las últimas décadas del siglo XX son cruciales en el desarrollo político de España, con la instauración del Estado de Derecho.

Atendiendo al tema objeto de estudio de este trabajo, el propósito de atribuir la instrucción de los procesos penales al MF no es algo tan novedoso como parece, ni la PLECrím., el primer proyecto de texto legal que la contempla.

4.1. Su antecedente inmediato.

El antecedente inmediato se sitúa en la transición española, cuando Unión de Centro Democrático (UCD), liderada por Adolfo Suárez, formó gobierno, tras resultar la

²⁹ “La justicia (...) se administra en nombre del Rey y por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley. (...) El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales (...)”. (Art. 117 CE).

“El ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales (...)”. (Art. 2.1 LOPJ).

³⁰ Granados Calero, F., El Ministerio Fiscal (...), *op.cit.*, págs. 55 -57.

³¹ “El Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, y ejerce su 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”.

³² Gimeno Sendra, J. V., Introducción (...) *op.cit.*, pág. 210.

coalición política más votada en las elecciones del 15 de junio de 1977, las primeras elecciones democráticas después del largo período franquista.

Una de las tareas a la que hizo frente este nuevo gobierno democrático fue la elaboración de un texto de Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal durante los primeros meses del año 1980, este texto se presentó ante las Cortes Generales como el Proyecto de Ley de Regulación del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, cuyo art. 5 contemplaba la pretensión de atribuir una nueva función al MF: la función instructora³³.

En este momento, hacer esta atribución de competencias al MF si resultó novedoso; es más, el entonces Ministro de Justicia y promotor de este Proyecto, lo definió como *“un giro copernicano en nuestro proceso penal”*³⁴.

Más, al mismo tiempo, llevó a sentir igual incertidumbre que actualmente, pues los problemas que entraña la proposición de atribuir la función instructora al MF estaban latentes en ese momento, y lo siguen estando hoy, al haber salido a la luz, de nuevo, este propósito en la PLECRim. Problemas que han sido expresados con claridad por Granados Calero: *“(…) difíciles problemas tanto de orden procesal como sustantivo, habida cuenta de la perturbadora influencia que podría repercutir de manera negativa en el área de los derechos subjetivos de la persona”*³⁵.

4.2. El Fiscal Instructor en el Derecho Comparado.

En el marco de los ordenamientos jurídicos europeos más próximos al sistema español, se encuentran algunos países en los que se ha instaurado el modelo de la instrucción del proceso penal por el fiscal. Entre estos países, destacan Alemania, Portugal o Italia, de los cuales se analizarán las principales características de la figura del Fiscal instructor.

³³ *“Específicamente y para la investigación de los hechos delictivos, el Ministerio Fiscal podrá recibir declaraciones a testigos, practicar reconocimientos e inspecciones, ordenar la emisión de informes y dictámenes periciales, practicar careos y, en general, cuantas diligencias prevean las leyes, que no supongan adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos. No obstante, podrá ordenar la detención preventiva. (...) Igualmente, podrá recibir denuncias y atestados cursándolos a la autoridad judicial o acordando su archivo definitivo o provisional cuando los hechos no fueran constitutivos de delito o carecieran de autor conocido”* (BOCG núm. 39-I, 23 de mayo de 1980), Granados Calero, F., El Ministerio Fiscal (...), *op.cit.*, págs. 351 y 352.

³⁴ D^o Enrique Múgica Hertzog, durante unas declaraciones formuladas en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, el 19 de agosto de 1988.

³⁵ Granados Calero, F., El Ministerio Fiscal (...), *op.cit.*, pág. 82.

Alemania se muestra pionera, entre los países de cultura europea, en la implantación de la figura del Fiscal Instructor, pues la introduce en su sistema judicial en el año 1929.

El Ministerio Público alemán se caracteriza por ostentar el monopolio de la acción penal, mostrándose como única parte en el proceso, regido por el principio de legalidad pero no con más intensidad que por el principio de oportunidad, el cual juega un importante papel en cuanto a la actuación del MF alemán como director del proceso.

En lo que respecta a su naturaleza jurídica, el Ministerio Público alemán es considerado como “*un funcionario público dependiente del Ministerio de Justicia, organizado jerárquicamente y con un estatus jurídico mucho más próximo al de los funcionarios públicos que al de los Jueces*”³⁶.

En este sentido, el MF alemán manifiesta un alto grado de dependencia gubernamental, que se refleja en el nombramiento del *Fiscal General Federal* y de los Fiscales Generales de los *Länder*³⁷, así como, en su destitución, a propuesta del Ministro Federal de Justicia que se encarga de inspeccionar y dirigir la institución.

Como han señalado algunos autores, el MF alemán “*se utiliza como instrumento de control y dirección estatal para asegurar su influencia en la Justicia*”³⁸.

Por otro lado, el Ministerio Público alemán es el director de la investigación criminal y posee una superioridad indiscutible en el proceso con respecto de la actuación del Juez de Instrucción o Juez de Garantías basada en el reforzamiento de la labor realizada por el Fiscal.

La supremacía del Fiscal alemán frente a los demás intervinientes en el proceso se demuestra a través de las numerosas facultades que se le conceden, en base a la gran operatividad que posee el principio de oportunidad en su actuación; ya que, el Fiscal cuenta con la posibilidad de archivo o sobreseimiento de las causas relativas a delitos castigados con pena de prisión inferior a un año y que no revistan interés público, “*sin condiciones y prácticamente sin supervisión judicial*”. Además, el Fiscal podrá adoptar medidas limitativas de derechos fundamentales y, en caso de urgencia, practicar

³⁶ Trillo Navarro, J.P., “El Fiscal en el nuevo proceso (...)”, *op.cit.*, pág. 72.

³⁷ Figuras que coinciden en el ordenamiento jurídico español con la del Fiscal General del Estado y con los Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas, respectivamente.

³⁸ Trillo Navarro, J.P., “El Fiscal en el nuevo proceso (...)”, *op.cit.*, pág. 75 y Riter, A., “El Ministerio Fiscal alemán: naturaleza, funciones y sus relaciones con los demás poderes del Estado”, en Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal en el Derecho Comparado, VI/2001, Madrid, pág. 29.

diligencias de investigación “*motu proprio*”, sin entrar el Juez de Garantías en un control de fondo sobre las mismas³⁹.

En definitiva, el modelo del Fiscal alemán resulta estar revestido de grandes sesgos inquisitoriales. Si bien, el MF alemán coincide con el MF español, en cuanto que poseen los mismos principios informadores, tanto orgánicos como funcionales; y también en la relación de dependencia con el Ejecutivo, aunque en Alemania se dé con mayor intensidad. Sin embargo, algunas características del Fiscal alemán chocan con el modelo actual del Ministerio Público en España; así, destaca el hecho de que sea el MF alemán el encargado de establecer la política de persecución penal, en conjunto con la elaboración de los criterios de aplicación del principio de oportunidad, todo ello en coordinación con el Poder Ejecutivo para conseguir el desarrollo de la política criminal vigente⁴⁰. Un aspecto, al que ya se ha hecho referencia en este trabajo, y que se muestra como una de las ventajas encontradas en la instrucción fiscal por quienes defiende su posible instauración en el sistema procesal penal español.

Portugal es otro de los países del entorno de España que ha introducido la instrucción por el fiscal en su ordenamiento jurídico.

La instrucción penal se puso en manos del Ministerio Público portugués tras la reforma del año 1987, cuando el Tribunal Constitucional portugués creó dentro de la fase de investigación dos momentos procesales distintos.

Por un lado, la investigación criminal dirigida por el MF, donde su actuación estaría protagonizada por el sometimiento al principio de legalidad y, en menor medida, por el principio de oportunidad, que quedaría relegado, en contraste con el MF alemán, a la institución que, se asemeja en el derecho español, a la conformidad.

Por otro lado, la instrucción tutelada por la autoridad judicial, en la que no sólo se controlaría la actividad del fiscal, sino que además, se adoptarían todas aquellas medidas limitativas de derechos fundamentales⁴¹.

Así, el MF portugués se asimila al MF español, en tanto que es una institución que posee autonomía funcional, aunque siempre limitada por la dependencia jerárquica en

³⁹ Cabezudo Rodríguez, N., “*Sobre la conveniencia (...)*”, *op.cit.*, págs. 191-192.

⁴⁰ Trillo Navarro, J.P., “*El Fiscal en el nuevo proceso (...)*”, *op.cit.*, págs. 72-73.

⁴¹ Cabezudo Rodríguez, N., “*Sobre la conveniencia (...)*”, *op.cit.*, págs. 192-193.

su organización interna y por la relación de dependencia gubernamental, configurada a través del nombramiento del *Procurador Geral da República* propuesto por el Gobierno, lo que muestra el carácter “*eminente político*” de este cargo⁴². Si bien, el Ministerio Público portugués encuentra también semejanza con el alemán, aunque se aparta de él al llevar a cabo una aplicación más moderada del principio de oportunidad.

Italia aparece como otro de los países europeos en los que se ha desarrollado la instrucción por el MF.

En este caso, el país transalpino concedió la dirección de la fase de investigación penal al Ministerio Público en el año 1988. No obstante, a diferencia de los otros Estados analizados –incluido España–, el MF italiano se conforma como una Magistratura; con un estatus jurídico independiente que lo equipara al de los Jueces; sin ningún tipo de vinculación con el Poder Ejecutivo; y ostentando el monopolio de la acción penal bajo el sometimiento único al imperio de la ley⁴³.

Por lo cual, de la naturaleza *causi-judicial* del MF italiano se deriva el amplio reconocimiento de facultades que posee esta institución dentro del proceso penal, más concretamente, en todo lo referente a la limitación de los derechos fundamentales.

Si bien, no sólo es el Fiscal quien realiza actuaciones en la fase instructora, también interviene en ella la figura del Juez de investigaciones preliminares. Este Juez llevará a cabo las tareas relativas al acuerdo de archivo de una causa, adopción de medidas cautelares o anticipación de la prueba; en este aspecto, el Fiscal italiano se asemeja al español, y también lo hace en cuanto al principio de oportunidad, pues este opera únicamente para los supuestos de conformidad.

Pero son más las diferencias que presenta el modelo italiano con el resto de ordenamientos europeos, que las similitudes. Pues, en lo que respecta a los principios que inspiran su organización interna, no existe dependencia jerárquica entre sus miembros, al contrario, opera entre ellos una “*mera diferenciación de funciones*”⁴⁴.

Finalmente, cabe señalar que en el entorno cultural europeo existen países en los que la instrucción de las causas penales es dirigida por el MF, como los que se han

⁴² Cabezudo Rodríguez, “*Sobre la conveniencia (...)*”, *op.cit.*, págs. 192-193.

⁴³ Trillo Navarro, J.P., “*El Fiscal en el nuevo proceso (...)*”, *op.cit.*, págs. 75- 76.

⁴⁴ *Ibidem*, pág. 77.

estudiado; pero también hay otros, que mantienen la instrucción en manos de la autoridad judicial, no solo España, también Bélgica o Francia.

Además, los defensores de la concesión de la dirección de la fase instructora al MF en el ordenamiento jurídico español han encontrado, en las experiencias de derecho comparado, un argumento a su favor.

4.3.La Propuesta de Texto Articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal (PLECrim) y el Ministerio Fiscal.

Como se ha ido apuntando anteriormente, el aspecto más relevante de la PLECrim., es la posible implantación del Fiscal instructor en el proceso penal español.

Así, desde un punto de vista externo, en cuanto a posiciones favorables o desfavorables a la Propuesta, se debe tener en cuenta que la atribución de la instrucción al MF podría suponer una acción inconstitucional; pues ello entrañaría la posibilidad de que un órgano, no jurisdiccional, llevase a cabo funciones propias de los órganos jurisdiccionales, así la fase de instrucción, más concretamente, dentro de la misma, la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales.

Por lo tanto, se habla de inconstitucionalidad, al tiempo que, con dicha atribución de funciones se estaría vulnerando los apartados 3 y 4 del art. 117 de la CE⁴⁵.

Sostiene esta opinión Benavent Cuquerella, pues manifiesta que, “(...) *la instrucción a cargo del fiscal podría ser inconstitucional; el MF carece de potestad jurisdiccional desde un punto de vista constitucional*”⁴⁶; opinión compartida con otros autores como Ortells Ramos⁴⁷.

Por ello, la doctrina ha abordado de lleno esta cuestión, consiguiendo, así, las posturas más diversas entre los autores que han realizado un estudio de la PLECrim., en lo relativo, a la atribución de la función instructora al MF.

⁴⁵ “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”.

“Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”, Garberí Llobregat, J. *¿Fiscal instructor?: pocas ventajas (...), op.cit.*, pág. 174.

⁴⁶ Benavent Cuquerella, D., “La dirección de la investigación criminal (...), *op.cit.*, pág. 87.

⁴⁷ Ortells Ramos, M., “Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal en el proceso penal: límites constitucionales y valoración político-jurídica”, en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 2, Madrid, 1990, págs. 236-237.

Siendo el resultado de estos estudios jurídicos, la consolidación de dos posiciones frente a la PLECrím.

Por un lado, los defensores del cambio, que han logrado obtener una “versión constitucional” de la propuesta, haciendo una atribución limitada de funciones al MF y manteniendo la dependencia como principio estructural de este órgano.

Por otro lado, los detractores de la idea de atribuir la instrucción penal al MF, que la encuentran revestida de carácter inconstitucional, entienden necesario para que la misma prospere, una modificación, no sólo de la CE, sino también del EOMF, al tiempo que, cuestionan la eficacia de este cambio.

4.3.1. ¿Es constitucional la idea de atribuir la instrucción al Ministerio Fiscal?

Quienes se muestran defensores del cambio de roles entre Jueces y Fiscales en la fase instructora de las causas penales, conscientes de la posible inconstitucionalidad que impregna esta idea, han realizado una interpretación jurídica, para lograr dotar de un mínimo sesgo constitucional a la misma, es por ello que se habla de la creación de una “versión constitucional”.

Dicha “versión constitucional” sobre la atribución de la instrucción al MF se sustenta en dos pilares claves, la limitada atribución de funciones instructoras al MF, y el mantenimiento de los principios informadores de este órgano.

4.3.1.1. Atribución limitada de las funciones instructoras al Ministerio Fiscal.

Se pretende otorgar al MF la dirección de la fase instructora del proceso penal, pero de forma limitada, para no romper con el esquema constitucional.

En este sentido, la nueva misión del MF consistiría, únicamente, en dirigir la investigación penal, entendiendo por investigación, el esclarecimiento de los hechos y la determinación de los presuntos responsables; de este modo, se estaría limitando la atribución de las funciones que se pretenden conferir a este órgano en la PLECrím.

No obstante, esta limitación conlleva a que el resto de actuaciones propias de la fase instructora sean desempeñadas, del mismo modo que en el actual proceso penal, por una

autoridad judicial que, en este caso, en vez de denominarse Juez de Instrucción, pasaría a ser conocido como, el antes mencionado, Juez de Garantías, a quien correspondería, entre otras, la tarea de supervisar las actuaciones del MF con el fin de que se adecúen a la legalidad, se pasa así, a tener un Juez que controla al Fiscal, y no a la inversa, como sucede en el actual proceso penal⁴⁸.

Así, debe entenderse que las actuaciones procesales que realizará el Juez de Garantías son: la adopción de medidas cautelares, las diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales y la prueba anticipada; además, de la iniciación la investigación criminal y la terminación del proceso penal, en tanto que ambas posibilidades suponen decisiones “*tan sensibles*”⁴⁹ que han de adoptarse, únicamente, por una autoridad jurisdiccional, investida de independencia e imparcialidad.

4.3.1.2. Mantenimiento de los principios funcionales y orgánicos del Ministerio Fiscal.

De los principios que informan, tanto la función del MF, legalidad e imparcialidad, como su organización, unidad de actuación y dependencia jerárquica, el mantenimiento de este último, es el que ofrece mayor interés.

Ello es así, porque actualmente, el MF depende del Poder Ejecutivo; esta relación de dependencia se traduce, principalmente, en el nombramiento del FGE por el Rey a propuesta del Gobierno⁵⁰.

Este argumento, que sostienen los defensores de la reforma del proceso penal que contempla la PLECrím., pasa, por no realizar modificación alguna en la estructura orgánica del Ministerio Público, y por consiguiente, se mantiene la pretensión de un MF instructor, dependiente del Poder Ejecutivo, lo cual, tiene visos de posible inconstitucionalidad.

Asimismo, cabe destacar que el argumento contrario, al anteriormente expuesto, tampoco supone una opción válida, aunque sí constitucional; dicho argumento conlleva la reforma de la CE y del EOMF, para dotar de independencia orgánica al MF. Esta opción, estaría proporcionando legalidad a la atribución de la función instructora al MF,

⁴⁸ Bastarreche Bengoa, T., “*Jueces y Fiscales ante (...), op.cit.*”, pág. 110.

⁴⁹ Garberí Llobregat, J., “*¿Fiscal instructor?: pocas ventajas (...), op.cit.*”, pág. 175.

⁵⁰ Art. 124. 4 de la CE y art. 29 del EOMF.

si bien, resultaría no solo ilógico, sino también inútil, ya que, esta reforma no traería consigo un cambio, antes al contrario, supondría una equiparación del Fiscal con Jueces y Magistrados, que constitucionalmente gozan de independencia⁵¹, de modo que, muy poco se ganaría con esta opción, por no decir nada⁵².

Mientras tanto, pensar en un MF instructor, dependiente del Ejecutivo, “*deriva en una fundada sospecha de parcialidad en sus actuaciones*”, como mantiene Garberí Llobregat, pues el vínculo jerárquico que los une se traduce en una sumisión respecto de las Órdenes del Gobierno de turno hacia el MF⁵³.

4.3.2. ¿Sería eficaz un Fiscal Instructor?

Como ya se ha manifestado, es necesaria la reforma de la CE y del EOMF, si se quiere un MF instructor, de forma que, si la PLECRim., llegase a ser Ley, no quedara comprometida su actuación, por considerarla ausente de imparcialidad.

En primer lugar, y por lo que se refiere a la CE han de modificarse varios preceptos, concretamente, se debería reformar el apartado 1 del art. 117, ya que en él se conceden, en exclusiva, a Jueces y Magistrados, las garantías de independencia, inamovilidad, responsabilidad y sumisión a la ley⁵⁴. En esa nueva redacción, el MF compartiría con Jueces y Magistrados la titularidad de esas garantías, destacando, la independencia e inamovilidad, ya que la responsabilidad y la sumisión a la ley no sólo se presumen del MF, sino que también las contempla su Estatuto Orgánico.

Sería conveniente dar una nueva redacción al art. 124, sobre todo, a los apartados 2 y 4:

“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”.

“4. El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial”.

⁵¹ Art. 117.1 CE: “*La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley*”.

⁵² Garberí Llobregat, J. *¿Fiscal instructor?: pocas ventajas (...)*, op.cit., pág. 177.

⁵³ *Ibidem*, pág. 178.

⁵⁴ *Vid. n. nº 51.*

En este sentido, se modificarían los principios orgánicos: unidad de actuación y dependencia jerárquica, para otorgarle al MF la garantía de la independencia orgánica. También, el nombramiento del FGE a propuesta del Gobierno, pues se trata, precisamente, de eliminar cualquier viso de posible parcialidad en la investigación penal del Fiscal instructor; es manifiesto, que si lo nombra el Ejecutivo, sobre algunas investigaciones penales, caería la sospecha de injerencias de este Poder del Estado.

En segundo lugar, sería necesario modificar del EOMF, cambiando la redacción de preceptos, tales como:

- El artículo segundo, para suprimir como principio informador del órgano el de unidad de actuación y dependencia jerárquica.
- El artículo tercero, para completar el listado de funciones del MF, agregando la de dirección de la fase de investigación de las causas penales.
- El artículo octavo, para modificar su contenido, en lo que respecta a la posibilidad de que el Gobierno interese del FGE la promoción de actuaciones, por cuanto se entiende que el MF pasará a ser, orgánica e individualmente, independiente.

Además, serían derogados los arts. 22, 29 y 36, ya que se refieren a los principios de unidad y dependencia jerárquica del MF, al nombramiento del FGE a propuesta del Gobierno y al destino de los Fiscales del Tribunal Supremo, de los Fiscales Superiores de Comunidades Autónomas y de los Fiscales Jefes, promovido por el Gobierno, respectivamente.

De lo dicho, se observa que atribuir al MF la instrucción de los procesos penales, es el aspecto más novedoso y polémico del nuevo proceso penal que contempla la PLECrím., más aún, sí ha de conciliarse con la necesaria reforma constitucional.

Teniendo en cuenta que la CE es la norma suprema del Estado, y precisamente por ello, el hecho de reformarla debe ser, cuanto menos, un procedimiento costoso, carente de flexibilidad. Tal y como expresa Blanco Valdés: “(...) *la fijación de un procedimiento más dificultoso de reforma que exige, respecto del dispuesto para el*

*cambio de las leyes, mayorías reforzadas, ratificaciones parlamentarias sucesivas o, incluso, aprobación popular a través de referéndum (...)*⁵⁵.

La rigidez procedimental en los casos de reforma de la CE⁵⁶, lleva a concluir, que quizás, esa modificación no supondría un cambio sustancial, ya que hacer independientes orgánicamente a los Fiscales es equipararlos a los Jueces y Magistrados, pues su estatus jurídico sería similar.

Por otro lado, hay autores que traen a colación sobre este tema, algunos aspectos que también sería necesario cambiar si se pretende implantar la instrucción del Fiscal en España.

Así, destaca la posibilidad de abstenerse o de ser recusado que tendría el “Fiscal instructor”.

Estas dos medidas procesales se configuran como garantías destinadas a proteger la imparcialidad de los Jueces y Magistrados, en tanto que velan por la ausencia de vinculación entre estos y las partes u objeto, en cada caso concreto⁵⁷.

En esta materia, se plantea una diferencia importante entre la figura del Juez Instructor y la del “Fiscal instructor”. Pues las garantías procesales de la abstención y la recusación preservan la imparcialidad, en tanto que afectan a la independencia como principio informador de los órganos jurisdiccionales y, en el caso del MF, a la dependencia jerárquica que le caracteriza.

En este sentido, el EOMF regula la abstención de los Fiscales pero no su recusación⁵⁸; esto implica que los miembros del MF podrán separarse de un proceso

⁵⁵ Blanco Valdés, R. L., Introducción a la Constitución de 1978, ed. Alianza Editorial, 2006, pág. 244.

⁵⁶ Sería necesario pasar por el procedimiento de reforma constitucional previsto en el art. 167 de la CE. Obviando el primero de los pasos, la iniciativa de la reforma, pudiendo iniciarla únicamente el Congreso, el Senado, el Gobierno y las Asambleas legislativas autonómicas, tal y como establecen los apartados 1 y 2 del art. 87, en relación con el art. 166 de la CE. Para que el proyecto de reforma sea aprobado se requiere una mayoría reforzada, consistente en tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no se llega a conseguir dicha mayoría, primero se formará una Comisión paritaria, y si prosiguen las discrepancias, en segundo lugar, bastará con el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado y la mayoría de dos tercios en el Congreso para su aprobación. Finalmente, el texto de la reforma podrá someterse a referéndum si así lo solicita alguna de las Cámaras en el plazo establecido.

⁵⁷ Gimeno Sendra, J. V., Introducción (...) *op.cit.*, pág. 90.

⁵⁸ Art. 28 EOMF: “Los miembros del Ministerio Fiscal no podrán ser recusados. Se abstendrán de intervenir en los pleitos o causas cuando les afecten algunas de las causas de abstención establecidas para los Jueces y Magistrados en la Ley Orgánica del Poder Judicial (...)”.

concreto cuando se cumpla alguna de las causas previstas en la Ley para los Jueces y Magistrados, mediante la abstención⁵⁹.

Ahora bien, los Fiscales no podrán ser recusados, pues como apunta Del Pozo Pérez, *“La ley no prevé ni permite la recusación del Ministerio Fiscal, porque es una parte procesal”*⁶⁰.

En todo caso, tal y como establece el EOMF, si el Fiscal no cumple con la exigencia legal de abstenerse, existiendo razones para ello, podrían las partes solicitar, a su superior, la no intervención de ese Fiscal en el proceso⁶¹.

Por tanto, queda patente que, en la actualidad, los mecanismos procesales de abstención y recusación, únicamente operan como garantías de un proceso debido en los Jueces y Magistrados; de modo que, si se quiere dotar al MF de independencia orgánica, sería deseable que su Estatuto Orgánico, contemplará la posibilidad de recusación de los Fiscales y no sólo la de abstención.

Cabe mencionar, también, la posibilidad de una dicotomía entre el Fiscal instructor y el Fiscal acusador; en tanto que existe esa división entre los órganos jurisdiccionales encargados de llevar a cabo las dos fases del proceso penal.

Pues, *“resultaría totalmente reprochable consentir que el mismo fiscal que investiga, acuse después en fase oral, pretendiendo la condena del investigado”*⁶².

Finalmente, otro de los aspectos que entraña un necesario cambio en cuanto a la atribución de la instrucción al MF, reside en el escaso número de Fiscales que conforman la plantilla. Esta circunstancia, hace preciso un aumento del personal al servicio de la Carrera Fiscal, para lograr así, hacer frente a la labor instructora que se le pretende conferir.

Un hecho que, hoy en día, resulta complicado de conseguir, más si se tiene en cuenta las recientes reformas acometidas por el Gobierno, en relación con los recortes

⁵⁹ Art. 219 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con lo dispuesto en el art. 54 LECrim.

⁶⁰ Del Pozo Pérez, M., “Algunos inconvenientes de la atribución de la fase de instrucción al Ministerio Fiscal”, en Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, “Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal”, 25 y 26 de abril de 2013, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 66.

⁶¹ Art. 28 EOMF: *“(…) Las partes intervinientes en los referidos pleitos o causas podrán acudir al superior jerárquico del Fiscal de que se trate interesando que, en los referidos supuestos, se ordene su no intervención en el proceso”*.

⁶² Benavent Cuquerella, D., “La dirección de la investigación criminal (...), *op.cit.*, págs. 104-105.

en prácticamente todos los servicios públicos, y en concreto, por la “*supresión de medios, materiales y personales*”, llevados a cabo dentro de la Administración de Justicia⁶³.

4.4. Argumentos que fundamentan la instrucción en manos del Ministerio Fiscal.

Coinciden diversos autores, a la hora de exponer los argumentos que fundamentan la atribución de la instrucción al MF en la PLECrím. Los defensores de esta atribución alegan, encarecidamente, las virtudes que conllevaría este “*cambio de papeles*”⁶⁴ en la fase investigadora, con las que se lograría solventar los principales defectos de los que hoy adolece el sistema procesal penal español.

Así, las razones que llevan a un Fiscal Instructor en la PLECrím., pueden concretarse en tres aspectos:

- Salvaguarda de la imparcialidad del Juez de Garantías.
- Agilización de la fase instructora.
- Afianzamiento del principio acusatorio.

4.4.1. Salvaguarda de la imparcialidad del Juez de Garantías.

En este aspecto, conviene destacar el argumento que aporta Bastarreche Bengoa, quien defiende la pertinencia de que en la fase de investigación de los procesos penales se realice un reparto de tareas entre el MF y el Juez de Instrucción, de manera que sea el Fiscal el que lleve a cabo la instrucción y que el Juez de Instrucción pase a ser un Juez de Garantías que controle la labor investigadora del fiscal y, al mismo tiempo, vele por las garantías de los ciudadanos dentro del proceso⁶⁵.

Con ello, se conseguiría una “*relativización de los poderes*” que permitiría definir de forma clara las competencias de cada uno de ellos dentro de esta fase, logrando así, que la imparcialidad del Juez se vea reforzada, ya que el Juez de Instrucción, en el proceso penal actual, se ve contaminado por el hecho de realizar la investigación de la causa y, al mismo tiempo, acordar las medidas cautelares y las diligencias de investigación limitativas de derechos fundamentales.

⁶³ *Ibidem*, págs. 104-105.

⁶⁴ Bastarreche Bengoa, T., “*Jueces y Fiscales (...)*, *op.cit.*, pág. 106.

⁶⁵ *Ibidem*, pág. 107 y págs. 111-112.

Cuando el Juez de Instrucción investiga un hecho delictivo, puede hacer conjeturas perjudiciales sobre el presunto responsable, mermando su imparcialidad, a la hora de adoptar decisiones tan relevantes como las antes mencionadas.

El referido autor, defiende la idea de un “Fiscal instructor”, así, manifiesta que “*instruir no es juzgar*”, considerando que la fase de investigación no forma parte de la función jurisdiccional, es por ello, que no sería la autoridad judicial, la más idónea para efectuar la investigación de las causas penales, sino por el contrario, en tanto que la instrucción no se encuadra dentro del ámbito del ejercicio de la potestad jurisdiccional, no habría inconveniente alguno en otorgar la dirección de la misma a un órgano no judicial, así, el MF.

En relación con lo anterior, también se ha invocado la finalidad última de la fase de investigación, como soporte para defender la figura del Fiscal instructor, para este sector de la doctrina, la investigación va dirigida a formar una “*convicción de parte*”, ya que supone una averiguación de los medios probatorios que fortalecerían la posición de parte del MF en el proceso.

Al mismo tiempo, entre otros argumentos, se defiende, el de que la fase de investigación se puede dotar de garantías siempre que la ejercite un órgano imparcial y la imparcialidad del Juez de Instrucción no es plena, en cuanto que es meramente subjetiva; así, la instrucción de los Jueces “*no tiene más valor*” que la que pudieran realizar los Fiscales, es más, reforzaría el principio de igualdad de armas, ya que, actualmente, en esta primera fase procesal, la falta de comunicación entre investigador e investigado supone un menoscabo de dicho principio.

En este sentido, apunta Bastarache Bengoa: “*La imparcialidad del Juez de instrucción español no es mayor que la del Fiscal por el mero hecho de su sacralizada independencia (...)*”⁶⁶.

Ahora bien, esta posición doctrinal es discutida por otro sector de la doctrina con una línea de pensamiento contraria.

Así, con respecto a la salvaguarda del principio de imparcialidad, fundamentado en la idea de que la investigación no forma parte de la función jurisdiccional, se puede oponer la experiencia legislativa, tanto de la decimonónica de la LECrim., como de la

⁶⁶ Bastarache Bengoa, T., “*Jueces y Fiscales (...)*, op.cit., pág. 108.

CE, demostrando que la interpretación del concepto de potestad jurisdiccional, debe ser amplia.

Según lo dispuesto en el apartado 3 del art. 117 de la CE la potestad jurisdiccional consiste en: “*juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*”, por ello, una interpretación amplia de la potestad jurisdiccional lleva, sin duda alguna, a entender que la investigación es una actuación o función jurisdiccional, en tanto que supone un presupuesto ineludible para la fase de juicio oral, pues sin una investigación previa no se puede juzgar la comisión de unos hechos delictivos; es más, la realidad de la LECrim., muestra, por ejemplo, la necesidad de que el Juez de Instrucción dicte el auto de conclusión del sumario, en los procedimientos por delitos graves, para poder pasar a la fase de enjuiciamiento⁶⁷.

De modo que, para entender que la investigación de las causas penales no forma parte de la potestad jurisdiccional habría que llevar a cabo una interpretación de ésta, estrictamente literal, considerando como fase jurisdiccional solo la de enjuiciamiento y fallo. Ahora bien, esta interpretación se muestra inoportuna, si además, en base a la referida experiencia legislativa y, en este caso, jurisprudencial, se tiene en cuenta que el Tribunal Constitucional únicamente se ha pronunciado en lo que respecta a esta cuestión, para implantar en el Ordenamiento Jurídico procesal penal español el sistema acusatorio formal o mixto⁶⁸; de manera que las dos fases de los procesos penales, la fase instructora y la de enjuiciamiento y fallo, se llevarían a cabo a partir de ese momento ante órganos jurisdiccionales diferentes, con el fin de evitar la contaminación de quien enjuicia, por cuanto ello supondría prejuzgar la inocencia de la parte acusada.

También, existe la opinión, no menos acertada, de quienes entienden que la fase de instrucción es una fase de naturaleza mixta. En ella se ubican actos procesales que se pueden considerar jurisdiccionales y otros que no; destacando entre los actos jurisdiccionales de la investigación criminal, las limitaciones de derechos fundamentales a través de medidas cautelares como puede ser la prisión provisional, la formulación de prueba anticipada o la prueba preconstituida.

Estos son actos procesales que, indudablemente, están revestidos de jurisdiccionalidad, y que deben llevarse a cabo en la fase de instrucción junto a otros que no poseen dicho carácter.

⁶⁷ Art. 622 y ss. de la LECrim.

⁶⁸ STC 145/1988, de 12 de julio de 1988.

Sin embargo, tal y como señala Trillo Navarro, los actos procesales de la fase de investigación que no tienen naturaleza jurisdiccional, “*tendrán que ser valorados por la autoridad judicial, con lo cual (...) también estamos (...) ante un ejercicio de la potestad jurisdiccional*”⁶⁹; el referido autor defiende esta opinión, siguiendo los argumentos que sostiene, al respecto, Gómez Colomer⁷⁰.

Con esto, se pretende manifestar que la jurisdiccionalidad de la fase investigadora no debería ser objeto de debate, pues, tal y como se ha dicho, queda claro que la misma reviste este carácter.

Por otro lado, resulta errónea la idea de fundamentar la atribución de la instrucción al MF, en la salvaguarda de la imparcialidad del Juez, por el hecho de que este se vea contaminado por la investigación de un delito, a la hora de adoptar medidas limitativas de derechos fundamentales frente al presunto responsable del mismo. Errónea porque, tal y como señala Cabezudo Rodríguez, no existe contaminación alguna en este momento procesal, ya que es la figura del Juez Instructor la más idónea, pues “*es, precisamente, ese conocimiento de los hechos lo que cualifica al instructor para tomar una decisión más informada desde su posición de independencia. No podemos obviar que el instructor, (...), no actuará ex officio, sino a instancia de las partes*”⁷¹.

Es más, esa idea solo podría sustentarse, como se ha dicho, si se entiende que la fase investigadora conduce a una percepción finalista de la misma destinada a la preparación de la acusación. Esto resulta improcedente, puesto que con esta interpretación no se estaría favoreciendo la figura de un “Fiscal instructor”, al contrario, se podría entender que su imparcialidad se merma, pues sus principales funciones serían: investigar la presunta comisión de un delito y fundamentar una acusación basada en el fruto de esa investigación. Algo tan contradictorio como el argumento que sostienen los defensores de la atribución de la instrucción al MF, al hablar de que el Juez de Instrucción pierde su imparcialidad al llevar a cabo la investigación penal y, al mismo tiempo, adoptar medidas limitativas de derechos fundamentales frente al presunto responsable⁷².

⁶⁹ Trillo Navarro, J.P., “El Fiscal en el nuevo proceso (...)”, *op.cit.*, pág. 185.

⁷⁰ Gómez Colomer, J.L., “La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: Aspectos estructurales a la luz del Derecho Comparado”, en Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996, pág. 350.

⁷¹ Cabezudo Rodríguez, N., *Sobre la conveniencia (...)*, *op.cit.*, pág. 197.

⁷² *Ibidem*, pág. 197.

En relación con lo anterior, también se debe hacer referencia al tema de la imparcialidad del MF, así, como es sabido, el Ministerio Público posee una imparcialidad “colectivamente reflexionada”, que es el fruto de la puesta en acción de sus principios orgánicos.

El principio de unidad de actuación se traduce en que todos los miembros que componen el MF dirijan sus actuaciones individuales hacia una misma línea interpretativa de los criterios inspiradores de este órgano, en su conjunto, es lo que se puede denominar “*unidad de criterio*”⁷³, que orienta a cada Fiscal ajustando sus acciones a los criterios adoptados por la posición colectiva del órgano, que se manifestará, en última instancia, a través de las Órdenes e Instrucciones que pueda dar el FGE⁷⁴. Íntimamente relacionado con el principio de unidad de actuación, se encuentra el principio de dependencia jerárquica, en tanto el MF se compone de una estructura interna subordinada, en cuya cúspide se encuentra la figura del FGE⁷⁵.

Volviendo a la imparcialidad “colectivamente reflexionada” propia del MF, entienden algunos autores que la misma es una característica favorable a la atribución de la instrucción al MF, otros autores consideran lo contrario.

Entre aquellos que consideran que la imparcialidad “colectivamente reflexionada” del MF es una ventaja para considerarlo el órgano idóneo al que conferirle la dirección de la fase investigadora de las causas penales, destaca Bastarreche Bengoa, este autor entiende que la imparcialidad del Fiscal no es igual que la imparcialidad el Juez, pues este último ostenta una “*imparcialidad procesal*” propia de los principios de independencia, inamovilidad, autonomía presupuestaria, etc., que poco tiene que ver con la imparcialidad “colectivamente reflexionada” de los Fiscales, ya que: “(...) *la misión constitucional del MF: la defensa de la legalidad y del interés público a través de la elaboración de una serie de criterios de actuación de los que pueda predicarse su imparcialidad política, social, económica y cultural*”⁷⁶.

También se apunta como una ventaja, relacionada con lo anterior, el hecho de que la subordinación existente dentro del órgano, traducida en Órdenes e Instrucciones del máximo responsable, el FGE, hacia los miembros de las diferentes Fiscalías, reforzaría

⁷³ Bastarreche Bengoa, T., “*Jueces y Fiscales (...), op.cit.*”, pág. 123.

⁷⁴ Arts. 25 a 27 del EOMF.

⁷⁵ Art. 12 del EOMF.

⁷⁶ Bastarreche Bengoa, T., “*Jueces y Fiscales (...), op.cit.*”, págs. 118 a 124.

la imparcialidad del MF. Ello es así, en cuanto que los Fiscales gozan de la posibilidad de separarse de la posición colectiva del órgano, asumiendo la responsabilidad de sus actuaciones, tal y como prevé el art. 27 del EOMF⁷⁷, lo que se configuraría, como “*uno de los más poderosos mecanismos de blindaje (...) frente a cualquier intento de manipulación externa*”⁷⁸.

Sin embargo, autores como Garberí Llobregat, mantiene una posición contraria a la atribución de la instrucción al MF, al tiempo que, no encuentra ninguna ventaja en los argumentos, en los que fundamentan su postura, quienes la defienden.

De modo que, aún entendiendo que la imparcialidad del MF es una imparcialidad “colectivamente reflexionada”, ni con ello, ni con prácticamente ninguno de los argumentos expuestos, se asegura la total imparcialidad de un órgano, como para qué pueda ser el más competente para instruir las causas penales.

Mientras que el MF siga siendo dependiente del Poder Ejecutivo, pesará sobre su figura la desconfianza de la posible parcialidad en sus actuaciones; así, esa desconfianza o duda sería: “*Una sospecha de sometimiento, no a la legalidad, sino a la voluntad del Gobierno de turno*”⁷⁹.

Buen ejemplo de lo dicho puede ser el reciente caso Nóos, en lo relativo a la imputación de Cristina de Borbón, ya que se ha podido comprobar la evidente intervención estatal para evitar la “*posible segunda imputación*” de la infanta⁸⁰.

Así, con respecto a lo anterior, señala Gimbernat Ordeig que, “*(...) se están tergiversando las funciones de las instituciones, de modo que la opinión pública está percibiendo en este asunto que el MF está poco menos que teledirigido, (...)*”⁸¹.

⁷⁷ “1. El Fiscal que recibiere una orden o instrucción que considere contraria a las leyes o que, por cualquier otro motivo estime improcedente, se lo hará saber así, mediante informe razonado, a su Fiscal Jefe. De proceder la orden o instrucción de éste, si no considera satisfactorias las razones alegadas, planteará la cuestión a la Junta de Fiscalía y, una vez que ésta se manifieste, resolverá definitivamente reconsiderándola o ratificándola. De proceder de un superior, elevará informe a éste, el cual, de no admitir las razones alegadas, resolverá de igual manera oyendo previamente a la Junta de Fiscalía. Si la orden fuere dada por el Fiscal General del Estado, éste resolverá oyendo a la Junta de Fiscales de Sala. 2. Si el superior se ratificase en sus instrucciones lo hará por escrito razonado con la expresa relevación de las responsabilidades que pudieran derivarse de su cumplimiento o bien encomendará a otro Fiscal el despacho del asunto a que se refiera”.

⁷⁸ Bastarreche Bengoa, T., “*Jueces y Fiscales (...)*, op.cit., pág. 126.

⁷⁹ Garberí Llobregat, J. *¿Fiscal instructor?: pocas ventajas (...)*, op.cit., pág. 179.

⁸⁰ Benavent Cuquerella, D., “*La dirección de la investigación criminal (...)*, op.cit., pág. 93.

4.4.2. Agilización de la fase instructora.

La atribución de la instrucción al MF conllevaría agilizar la fase instructora, pues con base en su limitada atribución de funciones, el Fiscal vería su actuación investigadora, limitada a la comprobación de la comisión de un hecho delictivo y de quien o quienes presuntamente han cometido el delito, pasando al juicio oral, sin necesidad de alargar esta fase del proceso; además, se señala la falta de preparación en las labores de investigación de los Jueces, como uno de los factores que favorece el retraso de la justicia.

En este sentido, los favorables a la instrucción por el MF, pretenden realzar las “*virtudes*” de éste, desprestigiando la labor de los Jueces Instructores en esta fase de los procesos penales, imputándoles escasa preparación investigadora y exagerada exhaustividad en la investigación de las causas penales.

La exhaustividad de la labor instructora de los Jueces en esta fase del proceso es imprescindible; la fase de investigación, no solo lleva consigo la comprobación del hecho delictivo y la identificación del presunto responsable, como se ha hecho referencia con anterioridad, por quienes piensan que la finalidad de esta fase es únicamente la de formular la acusación, cuestión que ya se ha rebatido, sino que también supone obtener “*elementos exculpatorios*” a favor de la defensa. Sin la exhaustividad de la que se habla, la fase investigadora no poseería las garantías propias que adornan a los procesos penales, dichas garantías se basan en que esta fase sea efectuada por una autoridad jurisdiccional, independiente, inamovible, responsable y sometida exclusivamente al imperio de la ley. Así, se puede afirmar que la labor instructora de los Jueces se lleva a cabo con estricto cumplimiento del principio de legalidad y seguridad jurídica.

Si bien, no son los argumentos citados, los responsables de la lentitud de la Justicia, pues, como señala Cabezudo Rodríguez, “afirmar que la independencia judicial es fuente dilatoria supondría renunciar a la responsabilidad de los Jueces, y con ella, a su imparcialidad”. Por ello, podría considerarse que los verdaderos condicionantes del retraso son otros factores como “*la carencia de medios y la sobrecarga de trabajo*”.

El referido autor, mantiene una postura contraria a la reforma y a la posibilidad de que la atribución de la instrucción al MF suponga agilización de esta fase, pues

⁸¹ Gimbernat Ordeig, E., en unas declaraciones realizadas durante una entrevista en la Fundación Juan March por Íñigo Alfonso, el 27 de enero de 2014.

considera, acertadamente, que: “(...) la previsible mayor agilidad de la instrucción fiscal tendría mucho que ver con una devaluación de las garantías procesales para todos los sujetos intervinientes que comporta la actuación jurisdiccional”⁸².

4.4.3. Afianzamiento del principio acusatorio.

Una parte de la doctrina entiende que otro de los fundamentos de la PLECrím., concerniente a otorgar la dirección de la instrucción al MF sería el afianzamiento del principio acusatorio.

Este argumento se basa en que la defensa, en el actual proceso penal, debe enfrentarse a una doble acusación por parte del Juez Instructor, en cuanto que genera actos de prueba anticipada, vulnerándose así, el principio de igualdad de armas.

En este sentido, quienes defienden esta postura entienden que, con la figura del Fiscal instructor, por la limitada atribución de la función investigadora que se le confiere, junto a la falta de independencia que le caracteriza, no generaría dichos actos de prueba en los que pueda fundamentarse una sentencia condenatoria. Esto, se traduciría en un afianzamiento del principio acusatorio.

Antes al contrario, como es sabido, el principio acusatorio es el principio inspirador del objeto del proceso penal, y de él derivan tres notas fundamentales⁸³:

- El fraccionamiento de las fases del proceso, la investigadora y la decisoria. La principal garantía de la presencia de este principio radica en la obligación de que las dos fases de los procesos penales se realicen por órganos jurisdiccionales diferentes, en palabras de Armenta Deu, “*siempre que el juez que instruye no juzgue*”⁸⁴. La instauración de dicho principio llegó al proceso penal actual en 1988, con la decisión del Tribunal Constitucional ya mencionada, instaurando el sistema acusatorio formal o mixto en el proceso penal⁸⁵.
- Repartición de las funciones de acusación y de enjuiciamiento. Principalmente, a través de la atribución de la acusación al MF como órgano no jurisdiccional, encargado de ejercitar la acción penal, sosteniendo el curso del proceso.

⁸² Cabezudo Rodríguez, N., *Sobre la conveniencia (...)*, op.cit., pág. 201.

⁸³ Gimeno Sendra, J. V., Introducción (...) op.cit., págs. 283 y 284.

⁸⁴ Armenta Deu, M.T., “*El Fiscal Instructor ¿es necesario?*”, Cuadernos de Derecho Público, Núm.16, 2002, pág. 217.

⁸⁵ Vid. n. nº 68.

- Congruencia entre la pretensión y el fallo. Lo que hace congruente a la sentencia penal es su respeto a la pretensión, y por tanto, al hecho punible y a la identidad del acusado.

Por tanto, nada asegura que la atribución de la instrucción al MF suponga un fortalecimiento del principio acusatorio, pues con la investigación penal en manos de la autoridad judicial, como se ha expuesto, se cumplen todas las garantías del principio acusatorio. Además, pudiera advertirse que dicha atribución, más que un fortalecimiento de tal principio, podría suponer una posible debilitación del mismo, puesto que se estaría atribuyendo dichas funciones, a un órgano que tiene, en palabras de Cabezudo Rodríguez, “*una tan acentuada tendencia incriminatoria*”⁸⁶.

En definitiva, los argumentos principales en los que fundamentan los “*pro-fiscalistas*”, la idea de implantar la figura del Fiscal instructor en España, se ven rebatidos por los argumentos de otro sector doctrinal que pretende preservar la figura del Juez Instructor en el proceso penal español. Con lo cual, el debate sobre esta cuestión se encuentra engarzado, quedando a criterio del legislador decantarse por una u otra opción.

⁸⁶ Cabezudo Rodríguez, N., *Sobre la conveniencia (...), op.cit.*, pág. 196.

CONCLUSIONES

PRIMERA.

La PLECrím., se presenta como una respuesta a la tan ansiada reforma de la norma procesal penal, tras décadas de haberse puesto de manifiesto las numerosas deficiencias de la decimonónica LECrím.

Posiblemente, el tan anhelado espíritu reformista del proceso penal español, que envolvía no solo al legislador, sino también a la sociedad en su conjunto, sea el principal motivo, aunque no el único, por el que la Propuesta esté viciada y casi se tenga la certeza de que no llegará a ser Ley. Con la PLECrím., se pretendió romper con el modelo procesal penal actual, sobre todo, con la intención de instaurar en el Ordenamiento Jurídico español la instrucción del proceso penal por el MF. Esta idea aspiraba a mostrarse como algo novedoso, sin embargo, solo logró presentarse como un propósito “causi” inconstitucional; ya se había intentado implantar, sin éxito, la instrucción fiscal con anterioridad a la redacción de la PLECrím., y que esta idea vuelva a ver la luz, es para un amplio sector doctrinal, puro oportunismo político.

SEGUNDA.

Otorgar al MF la dirección de la investigación de los procesos penales, sin antes dotarle de las garantías propias de Jueces y Magistrados, tales como, la independencia o la inamovilidad, supondría un acto inconstitucional. El MF, tal y como se encuentra informado, actualmente, por los principios funcionales, de legalidad e imparcialidad, y los orgánicos, de unidad de actuación e dependencia jerárquica, no es el órgano más idóneo para llevar a cabo la instrucción penal de los procesos. El proyecto hace aguas, principalmente, en su relación de dependencia con el Poder Ejecutivo, concretamente, por el nombramiento del máximo representante del MF, el FGE, a propuesta del Gobierno.

Por lo tanto, para que la idea de conferir al MF la dirección de la investigación criminal, resultara, cuanto menos, compatible con la Carta Magna, es necesario realizar una reforma no sólo del EOMF, sino también, de la CE. Sin embargo, de esto, no hace eco la PLECrím., lo que se traduce en la nula intención por parte del Ejecutivo de realizar cualquier modificación legal y, mucho menos, una reforma constitucional,

pretendiendo, de esta manera, implantar al Fiscal instructor, tal y como hoy se conoce, sin alterar, ni su estructura ni sus funciones.

TERCERA.

Llevar a cabo las modificaciones necesarias para dar coherencia a la concesión de la instrucción penal al MF, supone dotar al órgano de la garantía de independencia orgánica de la que carece, con ello, se asimilará su estatus jurídico con el de los Jueces y Magistrados.

Es necesario suprimir toda relación de dependencia del MF con el Ejecutivo, aparte de que la labor investigadora del Fiscal estaría limitada y, en su totalidad, refrendada por la autoridad judicial.

CUARTA.

La hipotética actuación instructora del fiscal, conlleva, necesariamente, la modificación de otros aspectos importantes de esta figura, para que sea posible. Cabe destacar, entre otros, la regulación en el EOMF, junto con la abstención, de la recusación, en tanto que tales actos procesales preservan la imparcialidad del órgano actuante, pues la imparcialidad se encuentra inmersa en el principio de independencia, por lo que para garantizar la primera es necesario, en el curso de la investigación penal por el MF, dotar al órgano, de la segunda.

Además, sería preciso crear la dicotomía entre el Fiscal instructor y el Fiscal acusador, en pos de salvaguardar su imparcialidad, del mismo modo que, de los Jueces se exige la existencia, para un mismo proceso penal, de un Juez instructor y de otro Juez enjuiciador, en base al sistema acusatorio formal o mixto que inspira el proceso penal español.

También, resultará inexcusable incrementar los medios, tanto los medios económicos, como los medios materiales y, sobre todo, personales para evitar las dilaciones en la actuación de la Justicia, si los Jueces Instructores, actualmente, se ven desbordados por el volumen de trabajo, el número de Fiscales para hacer frente a la misma labor, no es, significativamente mayor, por ello, no supondría la atribución de las funciones investigadores al MF una agilización de esta fase del proceso.

QUINTA.

Defender la idea de atribuir la instrucción al MF ha significado, en opinión de algunos autores, devaluar las labores investigadoras del Juez Instructor.

La función instructora realizada por la autoridad judicial en el proceso penal actual, como es sabido, adolece de deficiencias, sobre todo, por la ya mencionada falta de recursos. Sin embargo, la investigación criminal, en manos de los Jueces, se traduce en la máxima expresión del aseguramiento de un proceso debido con todas las garantías, sometimiento a la ley y empleo de criterios coherentes en la aplicación de la política criminal.

Además, la instrucción penal sólo puede desarrollarse correctamente si se enfoca su cometido hacia la persecución de la verdad, lo cual supone investigar tanto los elementos de cargo como los de descargo, labor que solo puede efectuar un órgano que esté dotado de las garantías de independencia e imparcialidad, esto es, los Jueces y Magistrados.

En este sentido, la implantación del Fiscal instructor, inspirada en el principio de oportunidad, supone la resolución de las controversias jurídico-penales basada en una negociación privada que satisfaga los intereses de las dos partes procesales, olvidándose de la esencia de esta fase del proceso penal, la investigación del hecho delictivo y de la persona o personas que, presuntamente, lo han cometido; aunque no cabe duda que esa negociación favorece la agilización de la justicia penal, siempre que concurren determinados requisitos.

SEXTA.

La posición más válida frente a éste polémico debate, reside en oponerse a la figura del Fiscal instructor, ni siquiera cabe valorar las posibles ventajas que ofrece, pues existe un inconveniente que tiene más peso que todas ellas, así, basta con entender que la intención última de los defensores del MF instructor, no es otra que, lograr el retraso de la “judicialización” de la fase instructora de las causas penales, en aras del mantenimiento de la política criminal, elaborada por el Gobierno de turno.

BIBLIOGRAFÍA

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “*Ni fiscal instructor, ni Habermas “procesalista” (a pesar de Vives Antón)*”, Jueces para la democracia, núm. 16-17, 1992.

ARMENTA DEU, María Teresa, “*El Fiscal Instructor ¿es necesario?*”, Cuadernos de Derecho Público, núm. 16, 2002.

ARMENTA DEU, María Teresa, “*Sistemas Procesales Penales. La justicia penal en Europa y América*”, ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “*La posición del Fiscal en la investigación penal*”, la posición del Fiscal en la investigación penal: reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, AA.VV., Aranzadi, 2005.

BASTARRECHE BENGOA, Tomás, “*Jueces y Fiscales ante la instrucción. Cuestiones constitucionales*”, Revista de Estudios Políticos (nueva época), núm. 160, Madrid, abril-junio, 2013.

BENAVENT CUQUERELLA, Davit, “*La dirección de la investigación criminal por el Ministerio Fiscal en España: situación actual y reformas proyectadas*”, ed. Fe d'erratas, Madrid, 2014.

BLANCO VALDÉS, Roberto Luis, “*Introducción a la Constitución de 1978*”, ed. Alianza Editorial, 2006.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, “*Sobre la conveniencia de atribuir la instrucción penal al Ministerio Fiscal*”, Revista Jurídica de Castilla y León, núm. 14, enero, 2008.

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, “*Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios*”, ed. La Ley, grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2010.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, “*Dos cuestiones sobre el Estatuto del Ministerio Fiscal: ascensos y nombramientos e independencia del Ministerio Público*”, Revista de Derecho Procesal, 1997.

DEL POZO PÉREZ, Marta, “*Algunos inconvenientes de la atribución de la fase de instrucción al Ministerio Fiscal*”, Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, “Jornadas

sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal”, 25 y 26 abril de 2013, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María, “*Siete tesis sobre la idea de fiscal investigador*”, Teoría & Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico, núm.1, 2007.

FLORES PRADA, Ignacio, “*Algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídico-política del Ministerio Fiscal en España*”, Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 2084, 2009.

GARBERÍ LLOBREGAT, José, “*¿Fiscal instructor?: pocas ventajas y un enorme inconveniente*”, Revista Jurídica de Castilla y León, núm. 14, enero, 2008.

GIMENO SENDRA, José Vicente, “Introducción al Derecho Procesal”, ed. Colex, Madrid, 2013.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “La Instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del Derecho Comparado”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996.

GRANADOS CALERO, Francisco, “El Ministerio Fiscal (del presente al futuro)”, ed. Tecnos, Madrid, 1989.

LORCA NAVARRETE, Antonio María, “*¿Es constitucional la figura del instructor acusador?*”, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 233, 1996.

MUERZA ESPARZA, Julio Javier, “*Adiós a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*”, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 891, 2014.

MUÑOZ CALVO, José Luis, “*La independencia del Ministerio Fiscal en España. Su problemática. El llamado Consejo Fiscal*”, Jornadas de Estudio sobre el Poder Judicial, AA.VV, Instituto de Estudios Fiscales, vol. III, Madrid, 1983.

ORTELLS RAMOS, Manuel, “*Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal en el proceso penal: límites constitucionales y valoración político-jurídica*”, Revista de Derecho Procesal, núm. 2, Madrid, 1990.

RITTER, A., “El Ministerio Fiscal alemán: naturaleza, funciones y sus relaciones con los demás poderes del Estado”, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal en el Derecho Comparado, VI/2001, Madrid.

TRILLO NAVARRO, Jesús Pórfilo, “El fiscal en el nuevo proceso penal. Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, reforma 2007”, Colección Estudios de Derecho Procesal Penal, núm. 21, dirigida por Antonio del Moral García, ed. Comares, Granada, 2008.

TRILLO NAVARRO, Jesús Pórfilo, “*Ministerio Fiscal: diacrónica de una vinculación política*”, Saberes: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales, núm. 6, 2008.