

Grado en: Derecho

Facultad de Derecho

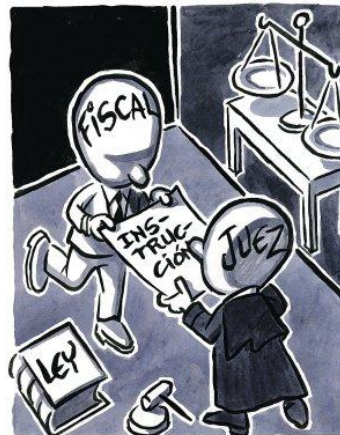
Universidad de La Laguna

Curso 2014/2015

Convocatoria: Julio

**La dirección de la investigación criminal a cargo del Ministerio Fiscal en la Propuesta de Texto Articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, 2013.**

*The direction of criminal investigation by the prosecutor in the proposal of a new Criminal Procedure Code, 2013.*



Realizado por la alumna D<sup>a</sup>. Sofía C. Mujica Trujillo.

Tutorizado por la Profesora D<sup>a</sup>. Ana T. Afonso Barrera.

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

Área de conocimiento: Derecho Procesal.

#### ABSTRACT

The topic that we will develop in this End-Of-Degree project is the assumption by the prosecutor of the direction of criminal investigation, which is regulated in the proposal of a new Criminal Procedure Code in Spain, developed by the Institutional Commission established by agreement of the Council of Ministers of March 2, 2012 (hereinafter, CPC proposal).

What is the aim of this research is to study, firstly, the current role of the Spanish prosecutor, referring not only to his doings in each criminal proceedings in particular, but also to the legal nature of this institution and the principles underlying its organization and operation; and in a second part of the work, we are going to analyze the changes introduced by the CPC proposal in this constitutional organ.

#### RESUMEN

El objeto de estudio de este Trabajo de Fin de Grado es la atribución al Ministerio Fiscal de la dirección de la fase de investigación en el proceso penal, que se regula en la Propuesta de Texto Articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012 (en adelante, Proyecto LECrim).

Lo que se persigue con esta investigación es estudiar, en primer lugar, qué papel juega el Ministerio Fiscal español en la actualidad, haciendo referencia no solo a su actuación en cada uno de los procesos penales en particular, sino también a la naturaleza jurídica de esta institución y a los principios que informan su organización y actuación; y, en una segunda parte del trabajo, analizar los cambios que introduce la Propuesta LECrim en este órgano constitucional.

*“La justicia estriba en la imparcialidad,  
y sólo pueden ser imparciales los extraños”.*

George Bernard Shaw

## ÍNDICE

	<i>Páginas</i>
<b><u>PRIMERA PARTE</u></b>	
I. El futuro Código Procesal Penal. ....	6
1.1. Fundamento de la reforma. ....	6
1.2. Novedades más relevantes que introduce en el proceso penal. ....	7
II. Evolución de la intervención del Ministerio Fiscal en la instrucción de los distintos procesos penales. ....	8
III. El Ministerio Fiscal en la LECrim. ....	12
3.1. Naturaleza. ....	12
3.2. Funciones. ....	13
3.3. Principios de organización. Unidad de actuación y dependencia jerárquica. ....	16
3.4. Principios de actuación. ....	18
3.4.1. Legalidad/ oportunidad. ....	18
3.4.2. Imparcialidad. ....	20
3.5. Estatuto jurídico de los miembros del Ministerio Fiscal. ....	21
3.5.1. Prohibiciones. ....	21
3.5.2. Incompatibilidades. ....	22
3.5.3. Mecanismos para garantizar la imparcialidad. ....	23
<b><u>SEGUNDA PARTE</u></b>	
I. El Ministerio Fiscal en la Propuesta LECrim. ....	22
1.1. Problemas constitucionales que plantea la atribución de la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal. ....	23
1.2. El Ministerio Fiscal en la Propuesta. ....	26
1.2.1. Iniciación. ....	26
1.2.2. Diligencias de investigación. ....	27
a) Las que acuerda directamente el Ministerio Fiscal. ....	27
b) Las que precisan autorización del Tribunal de Garantías porque pueden suponer una vulneración o limitación de derechos fundamentales, salvo consentimiento expreso del afectado. ....	28
c) Sistema de recursos. ....	29

1.2.3. Sobreseimiento o apertura de juicio oral. Posibilidad de conformidad. ....	29
1.2.4. Práctica de la prueba. ....	30
1.2.5. Conclusiones e informes. ....	30
1.2.6. Sentencia. ....	31
II. La doctrina y el Ministerio Fiscal investigador. ....	31
III. Reformas necesarias para atribuir al Ministerio Fiscal la investigación penal. ....	35
IV. Conclusiones. ....	36
V. Bibliografía. ....	39

## PRIMERA PARTE

### **I. El futuro Código Procesal Penal.**

#### **1.1. Fundamento de la reforma.**

*“Tan obvia resulta la obsolescencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 que el clamor unánime en favor de su sustitución por un nuevo texto legal haría vana una detallada exposición de los argumentos justificativos de la decisión de emprender la reforma. Sólo por la necesidad de la superación de las incoherencias normativas que las numerosas modificaciones de la Ley han provocado, la redacción de un Código de Proceso Penal es hoy ineludible”<sup>1</sup>.*

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, se enfrenta a la promulgación de un nuevo texto que sustituya su parcheada regulación. Es verdad que las múltiples modificaciones legales realizadas al ritmo de los cambios de la sociedad española<sup>2</sup> junto con las innovaciones tecnológicas, así como la jurisprudencia emanada de los Tribunales (especialmente, la del Tribunal Constitucional), han hecho un corpus iuris procesal adaptado al tiempo en que vivimos, pero es el momento idóneo para su total revisión.

Una de las razones que justifican la promulgación de una nueva LECrim es el hecho de atribuir la dirección de la investigación en el proceso penal a un órgano constitucional, el Ministerio Fiscal (art. 124 CE), asumiendo el mismo las funciones que ahora tiene atribuidas el Juez de Instrucción, el cual pasaría a constituirse como Juez de Garantías<sup>3</sup>.

Una segunda razón, de política criminal, que está detrás de esta reforma es la de fomentar la necesaria cooperación procesal internacional; es precisa la coordinación y colaboración con los países de nuestro entorno jurídico más inmediato –en los que el Fiscal se asemeja más a un superpolicía que dirige la acusación contra una persona, asumiendo la iniciativa de todas las diligencias ordenadas al objetivo de buscar indicios y pruebas, tanto de la existencia de un delito, como de la participación de un sujeto en él-, constituyendo una buena razón para que se potencie y se impulse decididamente un nuevo proceso penal, donde la investigación criminal se revierta en su totalidad en la

---

<sup>1</sup> Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal.

<sup>2</sup> La actual Ley de Enjuiciamiento Criminal ha sido modificada, desde la aprobación de la Constitución, en 43 ocasiones, de las que 27 lo han sido por Ley Orgánica.

<sup>3</sup> LEAL MEDINA, J.; “Un estudio sobre el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal. Un nuevo proceso penal”; Docta Ignorancia Digital; Año IV, núm.4 – Derecho 2013; pág. 10.

figura del Ministerio Fiscal, dejando a los órganos jurisdiccionales el ejercicio exclusivo de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE). Especialmente, y debido a la pertenencia de España a la UE, es necesaria la armonización de la legislación europea, lo cual supone la uniformidad penal, tanto en lo sustantivo como en lo procesal<sup>4</sup>.

### **1.2. Novedades más relevantes que introduce en el proceso penal.**

Conviene, antes de continuar, señalar que la Propuesta objeto de estudio, no es el primer proyecto de LECrim<sup>5</sup>.

Esta Propuesta resulta novedosa porque modifica el organigrama del proceso penal de forma sustancial, ya que no sólo atribuye la dirección de la investigación criminal al Ministerio Fiscal, sino que además crea la figura del Juez de Garantías y el Juez de la Audiencia Preliminar como órganos jurisdiccionales que garantizan la imparcialidad y el control judicial sobre la investigación<sup>6</sup>.

Aunque no constituye el objeto de este trabajo, resulta adecuado hacer referencia a otras novedades que introduce la Propuesta LECrim, como son las siguientes:

1ª La Policía Judicial pasa a depender, ya no solo en el ejercicio de sus funciones, como sucede ahora, sino orgánicamente, en exclusiva, del Ministerio Fiscal, pudiendo actuar por su propia iniciativa o por mandato de aquél<sup>7</sup>.

2ª Se limita, por primera vez, el plazo máximo de duración de la investigación criminal, que se fija en doce meses.

3º Desaparece como tal la figura del imputado, que pasa a ser llamado investigado.

4º Reconoce ampliamente los derechos de las víctimas en el proceso penal, haciendo una regulación específica del Estatuto de la víctima.

5ª La conformidad puede tener como consecuencia no sólo una rebaja de la pena, sino también la posible suspensión de la misma, siempre que las partes así lo acuerden.

---

<sup>4</sup> LEAL MEDINA, J.; “Un estudio sobre el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (...)”, pp. 11-12.

<sup>5</sup> El Gobierno socialista, al final de su legislatura, aprobó un Proyecto de Código Procesal Penal, de julio de 2011, y el que es objeto de estudio en este trabajo es la Propuesta que el Gobierno actual (Partido Popular) aprobó en Consejo de Ministros de abril de 2013.

<sup>6</sup> LEAL MEDINA, J.; “Un estudio sobre el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (...)”, pág. 13.

<sup>7</sup> Actualmente la Policía Judicial depende orgánicamente del Ministerio del Interior, si bien en el ejercicio de sus funciones está bajo las órdenes de Jueces y Fiscales.

6ª Se regula, por primera vez, en el proceso penal la institución de la mediación<sup>8</sup>.

En definitiva, el objetivo de la Propuesta de LECrim es conseguir una mayor celeridad en los procesos, garantizando de manera efectiva el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas<sup>9</sup>.

Sin embargo, el mismo no se consigue con un simple “cambio de togas” a favor del Ministerio Fiscal, sino que será preciso llevar a cabo una organización y distribución del personal más eficiente y racional y simplificar la tramitación de los procedimientos judiciales, a la vista de que solamente el 5% de los asuntos tramitados en los Juzgados de Instrucción alcanzó la fase intermedia del procedimiento abreviado, lo que significa que en el restante 95% de los asuntos penales incoados en dichos órganos jurisdiccionales mixtos no se dictó sentencia, archivándose el procedimiento<sup>10</sup>.

## **II. Evolución de la intervención del Ministerio Fiscal en la instrucción de los distintos procesos penales.**

La discusión, o incluso podría decirse polémica, sobre la posible atribución de la fase investigadora al Ministerio Fiscal salió a la luz y tuvo un amplio eco a mediados de los años ochenta del siglo pasado, reclamando algunos para el Ministerio Fiscal una mayor responsabilidad en la investigación de los hechos delictivos.

El Gobierno socialista, que estaba entonces en el poder, acogió “tímidamente” la iniciativa cuando tuvo que acometer la reforma del proceso penal como consecuencia de la STC 145/1988, de 12 de julio<sup>11</sup>, que declaró inconstitucional, por vulnerar el derecho a un juez imparcial, que el mismo juez que instruía la causa fuera el que, posteriormente, celebrase el juicio oral y dictase la sentencia, articulándose un nuevo papel para el Ministerio Fiscal.

---

<sup>8</sup> LEAL MEDINA, J.; “Un estudio sobre el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (...)”, pp. 39-43.

<sup>9</sup> LACUEVA BERTOLACCI, R.; “Alguna propuesta para el éxito de la anunciada reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”; Diario La Ley, nº 7513, Sección Tribuna, Año XXXI, Editorial LA LEY 13415/2010, 19 Nov. 2010.

<sup>10</sup> Datos del año 2007.

<sup>11</sup> Declaró inconstitucional y, por tanto, nulo, el párrafo segundo del art. 2 de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, que excluía la aplicación de las causas de recusación al Juez sentenciador que había sido instructor.



Esta solución normativa implicaba desapoderar a los Jueces de instrucción de su papel hegemónico en la instrucción penal, siendo la intervención del Ministerio Fiscal, con la finalidad de corregir los posibles excesos, aun escasa<sup>12</sup>.

La LO 7/1988, de 28 de diciembre, por la que se crean los Juzgados de lo Penal y un nuevo tipo de proceso penal, el proceso abreviado, introduce en dicho proceso una cierta capacidad de investigación al Ministerio Fiscal que, posteriormente, en la práctica, no se traducían en modo alguno en una mayor celeridad del proceso<sup>13</sup>.

Una nueva oportunidad de avanzar en esta línea se presentó ante el legislador en el año 2002, que si bien inicialmente pretendía elaborar una nueva LECrim, finalmente, terminó con un objetivo mucho más reducido y focalizado en la implantación de un sistema de juicios rápidos (técnicamente, el Proceso para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos), que vio la luz a través de las reformas operadas en la LECrim por Ley 38/2002, de 24 de octubre y Ley Orgánica 8/2002, de esa misma fecha.

Con esta reforma se pretendía resolver el debate sobre la investigación previa al proceso penal por el Fiscal o por el Juez<sup>14</sup>, quedando reducida a la atribución de nuevas funciones al Fiscal (artículo 773 LECrim).

Pese a esos tímidos avances, en este momento y con la regulación actual en el proceso ordinario (por delitos graves o sumario) la actuación del Fiscal se limita a la inspección del sumario (art. 306), interesar la práctica de diligencias de instrucción o la conclusión del sumario, desarrollando su labor más importante en la fase intermedia y en la de juicio oral, interesando la revocación del auto de conclusión de sumario si considera necesaria la práctica de nuevas diligencias de investigación, o bien se manifiesta sobre si procede el sobreseimiento o la apertura del juicio oral, pasando a formular escrito de calificaciones provisionales e intervenir posteriormente en el plenario.

En el proceso abreviado, se añade la posibilidad de la investigación directa por el Fiscal y se permite, también, una vez concluida la instrucción, solicitar diligencias

---

<sup>12</sup> BACIGALUPO, E.; GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V.; TORRES-DULCE LIFANTE, E.; La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; ed. Thomson Aranzadi; Navarra, 2005; pág. 58.

<sup>13</sup> FUENTES SORIANO, O.; La investigación por el Fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos, perspectivas de futuro; ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; pág. 222.

<sup>14</sup> FUENTES SORIANO, O.; La investigación por el Fiscal en el proceso penal abreviado (...), pág. 223.

complementarias e indispensables para formular acusación (art. 780.2), ante el mismo Juzgado de Instrucción.

En los denominados juicios rápidos (proceso para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos), en la fase de diligencias urgentes se constituye el Fiscal en el Juzgado de Instrucción en servicio de Guardia (art. 797), junto al Juez instructor, informando sobre la suficiencia de las diligencias de instrucción practicadas, para solicitar la apertura del juicio oral, formular escrito de acusación y, una vez dictada sentencia de conformidad (art. 801, la denominada conformidad premiada), informar sobre si procede la suspensión condicional o la sustitución de la pena, todo en el mismo acto, respetando el principio de concentración o unidad de las actuaciones.

En los juicios de faltas, el Fiscal asiste siempre que sea citado (que será en todas las faltas públicas), salvo en los supuestos a que se refiere el artículo 969.2 LECrim (art. 966). A este respecto, el Fiscal General del Estado impartirá instrucciones sobre los supuestos en que el Ministerio Fiscal, en atención al interés público, pueda dejar de asistir al juicio cuando la persecución de la falta exija la denuncia del ofendido o perjudicado. En estos casos, la declaración del denunciante en el juicio afirmando los hechos denunciados tendrá valor de acusación<sup>15</sup>.

En el proceso ante el Tribunal del Jurado (Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo), la actuación del Fiscal es mucho más relevante: formula la imputación (art. 25.3), solicita las diligencias de instrucción que estima deben practicarse (art. 27), interesa en una audiencia la apertura de juicio oral (art. 29) y, acordada ésta, formula escrito de acusación<sup>16</sup>.

Finalmente, conviene hacer referencia al papel del Ministerio Fiscal en el proceso penal de menores.

La experiencia del Ministerio Fiscal como órgano encargado de la investigación de los delitos y faltas ya está implantada en nuestro sistema procesal, en la Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en la cual el Fiscal ha dejado de ser una mera parte procesal<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> AYO FERNÁNDEZ, M.; Las Faltas en el Código Penal y el Juicio de Faltas; ed. Aranzadi; 7ª ed.; Navarra; 2011; pág. 219.

<sup>16</sup> TRILLO NAVARRO, J.P.; El fiscal en el nuevo proceso penal. Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal. Reforma 2007; ed. Comares; Granada, 2008; pág. 180.

<sup>17</sup> BENAVENT CUQUERELLA, D.; La dirección de la investigación criminal (...), pág.79.

La STC 60/1995, 17 de marzo, FJ 5º, al analizar la naturaleza del procedimiento de menores previsto en la regulación anterior, Ley Orgánica 4/1992, 5 de junio, afirmó que en ella se atribuyen las funciones instructoras al Ministerio Fiscal (correspondiendo al Juez de Menores las de enjuiciamiento y decisión), si bien le están vedados los actos puramente jurisdiccionales, que la Constitución encomienda expresamente a Jueces y Magistrados<sup>18</sup>.

La intervención y cometidos del Fiscal en este procedimiento se sustentan en el principio de especialización, la proximidad jurídica hacia el menor y el propósito educativo (art. 23.1)<sup>19</sup> y para un gran sector de la doctrina, entre otros, GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, representa el mejor modo de preservar la imparcialidad del juzgador y permite limitar su actuación a lo estrictamente jurisdiccional<sup>20</sup>.

No hay que perder de vista las conclusiones expuestas en el Libro Blanco de las Fiscalías de Menores, elaborado en el año 2007, por la Fiscalía Delegada de Menores de la Fiscalía General del Estado, en las que se manifiesta que, en la práctica, la instrucción penal encomendada a las Fiscalías de Menores se ha convertido mayoritariamente en una tramitación de denuncias o atestados con escasísima incidencia investigadora y elevada vocación burocrática sobre aquellos trámites legales instrumentales a toda investigación. Frente a esta cuestión, no se pueden ocultar los aspectos positivos que para la instrucción penal en estos procedimientos ha sido atribuir la misma al Ministerio Fiscal, tales como el reforzamiento del principio de oportunidad (art. 18) o la posibilidad de sobreseimiento de las actuaciones por conciliación o reparación entre el menor y la víctima (art. 19) o porque así se pida en el informe del equipo técnico al estimar que la mera tramitación del procedimiento ha servido de suficiente reproche al menor por su conducta (art. 27.4.e).

Estos elementos han permitido que la Fiscalía haya podido seleccionar los casos que precisaban alguna medida impuesta judicialmente, llevando a la audiencia a los mismos, frente a los que sólo merecían una respuesta extrajudicial en el ámbito educativo o familiar o mediante la conciliación y reparación con la víctima (en

---

<sup>18</sup> BENAVENT CUQUERELLA, D.; La dirección de la investigación criminal (...), pág. 80.

<sup>19</sup> ARMENTA DEU, T.; “El fiscal instructor, ¿es necesario?”; Cuadernos de Derecho Público; nº 16; mayo-agosto 2002; pág. 201.

<sup>20</sup> GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G. (Prólogo de Fernando Jiménez Conde); El Proceso Penal de Menores, funciones del Ministerio Fiscal y del Juez en la instrucción, el período intermedio y las medidas cautelares; ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2007; pp. 57-58.

definitiva, se busca la intermediación, la agilidad y la celeridad<sup>21</sup>). A esto hay que añadir la adscripción de los Grupos de Policía de Menores a las Fiscalías de Menores, pues la misma es la *conditio sine qua non* se podría realizar con propiedad la investigación penal<sup>22</sup>.

### III. El Ministerio Fiscal en la LECrim.

#### 3.1. Naturaleza.

El Ministerio Fiscal es un órgano de naturaleza constitucional que 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...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”* (art. 124 CE).

El artículo 1 de su Estatuto Orgánico<sup>23</sup> (en adelante, EOMF) establece que *“el Ministerio Fiscal 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”*.

Continúa el artículo 2, en su apartado 2, señalando que *“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”*.

El Ministerio Fiscal no forma parte del Poder Legislativo, puesto que carece de la facultad de dictar disposiciones de carácter general, vinculantes para los Tribunales de Justicia o para los ciudadanos en general, si bien es cierto que el Fiscal General del Estado y los Fiscales-Jefes de los distintos órganos que integran la estructura del

<sup>21</sup> LORCA MARTÍNEZ, J.; “Experiencias de la instrucción por el Fiscal en los procedimientos de la Ley Orgánica de la Responsabilidad de los menores”; Revista del Ministerio Fiscal; nº 12; 2004, pág. 191.

<sup>22</sup> DOLZ LAGO, M. J.; “La experiencia de las fiscalías de menores como sistema acusatorio desde la perspectiva de la instrucción penal a cargo del Ministerio Fiscal”; Diario La Ley; Año XXVIII; nº 6828; de 26 nov. 2007.

<sup>23</sup> Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Ministerio Fiscal, sí que tienen facultad para dictar e impartir órdenes e instrucciones destinadas exclusivamente a los Fiscales subordinados al Jefe que las dicta.

A pesar de lo que señala el artículo anteriormente transcrito, tampoco forma parte del Poder Judicial, integrado únicamente por Jueces y Magistrados, independientes, inamovibles, responsables y sometidos al imperio de la ley (artículo 117. 1 CE), que son los que, con carácter exclusivo, ejercen potestad jurisdiccional, en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (artículo 117.3 CE)<sup>24</sup>.

Con respecto al Poder Ejecutivo, procede señalar que hasta el Estatuto Fiscal de 1926 se consideraba al Ministerio Fiscal como “representante del Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial” y se reconocía expresamente la facultad del Gobierno de dirigirle órdenes e instrucciones.

La Ley Orgánica del Estado, número 1/1967, de 10 de enero, en el artículo 35, introdujo una novedad importante en la concepción de esta institución, al definirlo como “*órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia*” (definición que se recoge en el Estatuto Fiscal de 1969).

Con la promulgación de la Constitución de 1978 y la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, la situación cambia notoriamente al reforzar la independencia del Ministerio Fiscal (como institución) respecto del Poder Ejecutivo.

Sin embargo, lo cierto es que, en la práctica, el Fiscal General del Estado depende del Gobierno, que es el encargado de su nombramiento y su cese<sup>25</sup>. El papel que desempeña el Gobierno resulta, pues, decisivo, en la medida en que tiene en su mano la designación de quien dirige el Ministerio Fiscal y ostenta su jefatura superior, resultando claro, en opinión de MORENO CATENA, que en función de quién esté situado a la cabeza del órgano, podrán variar las líneas políticas de actuación de la Fiscalía<sup>26</sup>.

### 3.2. Funciones.

El artículo 124 CE, anteriormente citado, señala, de manera genérica, las funciones que tiene atribuidas el Ministerio Fiscal, que son desarrolladas prolijamente

---

<sup>24</sup>ALAMILLO CANILLAS, F.; El Ministerio Fiscal español (su organización y funcionamiento); ed. Colex; Madrid, 1990; pp. 15-20

<sup>25</sup>ALAMILLO CANILLAS, F.; El Ministerio Fiscal español (...), pp. 15-20.

<sup>26</sup>MORENO CATENA, V.; “El papel del Ministerio Fiscal en el Estado democrático de Derecho”; Cuadernos de Derecho Público, núm. 16 (mayo-agosto, 2002); pág. 148.

en los artículos 3 a 5 EOMF<sup>27</sup>. En base a estos preceptos, y de forma sistemática, son funciones del Ministerio Fiscal:

- Velar por que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes y en los plazos y términos en ellas señalados, ejercitando, en su caso, las acciones, recursos y actuaciones pertinentes.
- Defender la independencia de los jueces y tribunales.
- Velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas.
- Ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda.
- Intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos o instruyendo directamente el procedimiento en el ámbito de lo dispuesto en la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, pudiendo ordenar a la Policía Judicial aquellas diligencias que estime oportunas.
- Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley.
- Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación.
- Mantener la integridad de la jurisdicción y competencia de los jueces y tribunales, promoviendo los conflictos de jurisdicción y, en su caso, las cuestiones de competencia que resulten procedentes, e intervenir en las promovidas por otros.
- Velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social.
- Velar por la protección procesal de las víctimas, testigos y peritos.

---

<sup>27</sup>ALAMILLO CANILLAS, F.; El Ministerio Fiscal español (...); pp. 23-26.

- Intervenir en los procesos judiciales de amparo así como en las cuestiones de inconstitucionalidad en los casos y forma previstos en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
- Interponer el recurso de amparo constitucional, así como intervenir en los procesos de que conoce el Tribunal Constitucional en defensa de la legalidad, en la forma en que las leyes establezcan.
- Ejercer en materia de responsabilidad penal de menores las funciones que le encomiende la legislación específica, debiendo orientar su actuación a la satisfacción del interés superior del menor.
- Intervenir en los supuestos y en la forma prevista en las leyes en los procedimientos ante el Tribunal de Cuentas. Defender, igualmente, la legalidad en los procesos contencioso-administrativos y laborales que prevén su intervención.
- Promover o, en su caso, prestar el auxilio judicial internacional previsto en las leyes, tratados y convenios internacionales.
- Ejercer las demás funciones que el ordenamiento jurídico estatal le atribuya.

Con carácter general, la intervención del Fiscal en los procesos podrá producirse mediante escrito o comparecencia. También podrá producirse a través de medios tecnológicos. En los procesos no penales, salvo que la ley disponga otra cosa o actúe como demandante, su intervención se producirá en último lugar.

Según dispone el art. 4 EOMF, el Ministerio Fiscal, para el ejercicio de sus funciones, podrá:

- Interesar la notificación de cualquier resolución judicial y la información sobre el estado de los procedimientos.
- Visitar en cualquier momento los centros o establecimientos de detención, penitenciarios o de internamiento de cualquier clase de su respectivo territorio, examinar los expedientes de los internos y recabar cuanta información estime conveniente.
- Requerir el auxilio de las autoridades de cualquier clase y de sus agentes.
- Dar a cuantos funcionarios constituyen la Policía Judicial las órdenes e instrucciones procedentes en cada caso.



- Informar a la opinión pública de los acontecimientos que se produzcan, siempre en el ámbito de su competencia y con respeto al secreto del sumario y, en general, a los deberes de reserva y sigilo inherentes al cargo y a los derechos de los afectados.
- Establecer en las sedes de las Fiscalías Provinciales y en las que se considere necesario, centros de relación con las víctimas de las infracciones criminales cometidas en su circunscripción, con la finalidad de conocer los daños y perjuicios sufridos por ellas y para que aporten los documentos y demás pruebas de que dispongan para acreditar su naturaleza y alcance.

Finalmente, el art. 5 EOMF acaba estableciendo que también corresponde al Ministerio Fiscal:

- Recibir denuncias, enviándolas a la autoridad judicial o decretando su archivo.
- Llevar a cabo u ordenar aquellas diligencias para las que esté legitimado según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las cuales no podrán suponer la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos. No obstante, podrá ordenar el Fiscal la detención preventiva.
- Transcurrido el oportuno plazo, si la investigación hubiera evidenciado hechos de significación penal y sea cual fuese el estado de las diligencias, el Fiscal procederá a su judicialización, formulando al efecto la oportuna denuncia o querrela, a menos que resultara procedente su archivo.
- Incoar diligencias preprocesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye.

### **3.3. Principios de organización. Unidad de actuación y dependencia jerárquica.**

La unidad de actuación supone que los Fiscales, cuando actúan en los asuntos de su competencia, deben prescindir de sus criterios personales y particulares, para defender posiciones objetivas, que podemos definir como el criterio institucional del Ministerio Fiscal.

Estos criterios generales se elaboran, en lo referente a la estructuración y funcionamiento de sus órganos, por el Consejo Fiscal asistiendo al Fiscal General del Estado (art. 14.1.a EOMF), y cuando se trata de materia doctrinal y técnica, el Fiscal



General del Estado es asistido por la Junta de Fiscales de Sala<sup>28</sup>. Cuando el ámbito territorial es inferior al estatal, la facultad de impartir a sus subordinados las órdenes o instrucciones corresponde a los Fiscales Jefes de cada órgano<sup>29</sup>.

El Fiscal nació para la defensa jurídica de los intereses particulares de la Casa Real ante los Tribunales de Justicia. Durante el Antiguo Régimen, los Fiscales siempre mantuvieron una dependencia directa y sin intermediarios del poder político, eran nombrados por el Rey y separados libremente por éste, y sólo ante él –o ante su valido– respondían del ejercicio forense de sus atribuciones<sup>30</sup>.

Cuando España asume el sistema procesal acusatorio formal o mixto del *Code de Procedure Penal* de 1808, el Fiscal asume el papel de órgano público encargado de sostener la acusación en juicio. El peso abrumador de esta nueva tarea hizo que el Fiscal se fuera alejando paulatinamente del poder político y de la defensa de sus intereses patrimoniales<sup>31</sup>, para centrarse primordialmente en el ejercicio público de la acción penal<sup>32</sup>.

A partir de esta aproximación histórica, debemos hacer referencia a la necesaria distinción entre dependencia jerárquica y subordinación.

La dependencia jerárquica es una determinada forma de entender y organizar las relaciones interadministrativas, a través de un complejo entramado de potestades – normativas, de mando, sancionadoras, etc.- que permiten a los órganos superiores coactivamente dirigir, ordenar e inspeccionar la actividad de sus inferiores jerárquicos.

La subordinación administrativa, por contra, puede presentarse con formas diversas y entre ramas separadas y autónomas de la Administración central, autonómica o local en que se descompone la Administración General del Estado (es decir, sirve para ordenar la estratificación política del ejercicio del poder).

Haciendo una diferenciación entre el Fiscal General del Estado y los Fiscales, podemos llegar a convenir que los Fiscales son dependientes jerárquicamente entre sí, pero autónomos respecto a cualesquiera otras instancias del Estado, mientras que el

---

<sup>28</sup> Arts. 12.c y 15 EOMF.

<sup>29</sup> ALAMILLO CANILLAS, F.; *El Ministerio Fiscal español (...)*; pp. 23-26.

<sup>30</sup> LÓPEZ LÓPEZ, A. M.; *El Ministerio Fiscal español – Principios orgánicos y funcionales*; ed. Colex; Madrid; 2001; pág. 255.

<sup>31</sup> Hasta que el Real Decreto de 10 de marzo de 1881 creó el Cuerpo de Abogados del Estado, liberando por fin a los Fiscales de la defensa judicial de los intereses patrimoniales del Estado.

<sup>32</sup> LÓPEZ LÓPEZ, A. M.; *El Ministerio Fiscal español – Principios orgánicos (...)*, pág. 256.

Fiscal General del Estado, que no depende jerárquicamente de nadie (pues ocupa el vértice de la pirámide), está políticamente subordinado al Ministerio de Justicia<sup>33</sup>.

A pesar de la invocada dependencia jerárquica, contempla el EOMF la posibilidad de discrepancia ante las órdenes e instrucciones recibidas del superior jerárquico.

Concretamente, el artículo 27 señala *“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 de Estado, éste resolverá oyendo a la Junta de Fiscales de Sala.*

*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”.*

### **3.4. Principios de actuación.**

El anteriormente citado artículo 124.2 CE dispone que *“el Ministerio Fiscal ejerce sus funciones... con sujeción, en todo caso, a los (principios) de legalidad e imparcialidad”*, principios que aparecen reproducidos en el artículo 2.1 EOMF y en el artículo 89 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la Jurisdicción Militar<sup>34</sup>.

#### **3.4.1. Legalidad/ oportunidad.**

Centrándonos, en primer lugar, en el principio de legalidad, su alcance y significación viene establecido, con precisión, en el artículo 6 EOMF, que establece que *“por el principio de legalidad, el Ministerio Fiscal actuará con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente, dictaminando, informando y ejercitando, en su caso, las acciones procedentes*

<sup>33</sup> LÓPEZ LÓPEZ, A. M.; El Ministerio Fiscal español – Principios orgánicos (...), pág. 259.

<sup>34</sup> ALAMILLO CANILLAS, F.; El Ministerio Fiscal español (...); pp. 29-34.

*u oponiéndose a las indebidamente actuadas en la medida y forma en que las Leyes lo establezcan*<sup>35</sup>.

Pero, para que esa labor del Ministerio Fiscal sea eficaz, es necesario que todos los Fiscales profesen un criterio uniforme dentro de lo posible y, al menos en lo fundamental, ya que nunca podrá llegarse a la uniformidad absoluta. A esta pretensión conducen los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica combinados<sup>36</sup>, examinados en el epígrafe anterior.

Por otro lado, la definición del principio de oportunidad se articula por oposición al principio de legalidad.

Ante una acción típica, antijurídica, culpable y punible, es obligación del Ministerio Fiscal ejercitar la acción penal (art. 105 LECrim), sin que el mismo pueda instar el sobreseimiento mientras haya un imputado en la causa; el principio de oportunidad permite su libertad de apreciación, pudiendo incoarse o no el procedimiento, siempre que se den los presupuestos para ello.

El fundamento del principio de oportunidad hay que buscarlo en la falta de utilidad pública o interés social, por ejemplo a la hora de perseguir el delito en atención a la escasa lesión producida, a la pronta reparación de la víctima, o en los efectos criminógenos que provocan las penas cortas privativas de libertad, incluso en la rehabilitación del delincuente, además de servir de instrumento para descargar a la Administración de Justicia del elevado número de asuntos que tramita, o para favorecer o garantizar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE)<sup>37</sup>.

La Propuesta LECrim contempla diferentes posibilidades de aplicación del principio de oportunidad. El art. 91 regula el archivo por oportunidad a instancia del Ministerio Fiscal, pero sujeto a control judicial por parte del Tribunal de Garantías (art. 91.2), cuando: el delito sea de escasa gravedad y no exista un interés público relevante en la persecución del mismo; si el delito se imputare a una persona jurídica y ésta carezca de toda actividad y patrimonio y esté incurso en causa legal de disolución, aunque no se haya disuelto formalmente; la causa hubiera sido suspendida, conforme al artículo 92, por un plazo otorgado al encausado para la satisfacción de condiciones

<sup>35</sup> ALAMILLO CANILLAS, F.; El Ministerio Fiscal español (...); pp. 29-34.

<sup>36</sup> ALAMILLO CANILLAS, F.; El Ministerio Fiscal español (...); pp. 29-34.

<sup>37</sup> LEAL MEDINA, J.; “Un estudio sobre el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (...)”; pp. 34-39.

aceptadas por el mismo y dichas condiciones hubieran sido cumplidas satisfactoriamente; la sanción que pudiera llegar a imponerse al encausado por el hecho sea irrelevante a la vista de la condena que le haya sido impuesta en otro proceso o que le pueda llegar a ser impuesta en el mismo proceso; el autor o partícipe en el hecho punible pertenezca a una organización o grupo criminal y sea el primero de los responsables en confesar el delito; el autor o partícipe en un delito leve o menos grave denuncie un delito de extorsión o amenazas condicionales relativas al mismo y el sobreseimiento facilite la persecución de la extorsión o las amenazas; y, finalmente, cuando un particular denuncie un delito de cohecho o tráfico de influencias del que sea autor o partícipe y el sobreseimiento del delito cometido por el particular facilite la persecución del delito cometido por un funcionario público.

### 3.4.2. Imparcialidad.

Como segundo principio de actuación del Ministerio Fiscal rige la imparcialidad, unido a los de objetividad e independencia.

Mucho han discutido los procesalistas sobre si el Ministerio Fiscal, cuando interviene en los asuntos judiciales, es parte o no. Se ha argumentado que los Fiscales no son imparciales porque son portadores de un interés en el proceso y porque en el ejercicio de su función carecen de las cautelas procesales que rodean a la figura del Juez ordinario predeterminado por la Ley (ausencia de normas reguladoras de la competencia; no son inamovibles, son irrecusables, artículo 28 EOMF)<sup>38</sup>.

Prescindiendo de esta intrincada discusión doctrinal, ALAMILLO CANILLAS defiende que “la correcta inteligencia del principio de imparcialidad exige pensar que no se refiere al Ministerio Fiscal como institución, sino a sus representantes individuales”.

En efecto, tanto el Fiscal, para llevar a cabo su petición o elaborar su dictamen, como luego el Juzgador, al pronunciar su resolución, han de “tomar partido”; y el Fiscal, una vez adoptada su posición, debe defenderla, naturalmente.

El propio art. 7 EOMF dispone que “*en defensa de los intereses que le han sido confiados*” actuará “*con plena objetividad e independencia*”. Como quien interviene en los asuntos concretos no es la Institución (Ministerio Fiscal), sino su representante personal (Fiscal), es necesario recordarle imperativamente que no debe dejarse guiar por

---

<sup>38</sup> LÓPEZ LÓPEZ, A. M.; El Ministerio Fiscal español – Principios orgánicos (...), pág. 165-178.

influencias externas o sentimientos o inclinaciones personales, sino que debe formar su criterio en base a módulos objetivos (así debe entenderse el art. 48 EOMF)<sup>39</sup>.

Tanto en la LOPJ como en el EOMF, se regulan una serie de garantías para asegurar una actuación objetiva e independiente del Ministerio Fiscal, en aras de cumplir con el citado principio de imparcialidad, estableciendo un listado de prohibiciones e incompatibilidades, partiendo de lo dispuesto en el art. 127 CE.

La primera y más genérica de las prohibiciones impide a los Fiscales, mientras se hallen en activo, “desempeñar otros cargos públicos, pertenecer a partidos políticos o sindicatos”, precepto que desarrollan los artículos 59 EOMF y 395.1 LOPJ, pretendiendo con dichas prohibiciones como fin fundamental que los ideales políticos de los Fiscales no sean manifestados en público<sup>40</sup>.

La segunda garantía para el correcto ejercicio de las funciones que desarrollan los Fiscales es establecer un listado de incompatibilidades, clasificadas en absolutas y relativas, que son desarrolladas en los artículos 57 y 58 EOMF, permitiéndoles únicamente “la docencia o investigación jurídica, así como la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, debidamente notificada a su superior jerárquico”. Por su parte, las incompatibilidades relativas solamente determinan la imposibilidad de ejercer el cargo de Fiscal en determinadas Fiscalías.

Finalmente, la imparcialidad exigida a los miembros del Ministerio Fiscal se garantiza mediante la prohibición de intervenir en asuntos concretos cuando concurren determinadas circunstancias que la puedan poner en peligro<sup>41</sup>.

El artículo 28 del EOMF establece que “*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, en cuanto les sean de aplicación. 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*”, dicha decisión será irrecurrible. A diferencia de lo que ocurre con los Jueces y Magistrados, a la actuación de los Fiscales son de aplicación

---

<sup>39</sup> ALAMILLO CANILLAS, F.; El Ministerio Fiscal español (...); pp. 33-34.

<sup>40</sup> LEAL MEDINA, J.; “Un estudio sobre el anteproyecto (...)”, pp. 37-42.

<sup>41</sup> LEAL MEDINA, J.; “Un estudio sobre el anteproyecto (...)”, pp. 37-42.

únicamente las causas de abstención enumeradas, de manera casuística, en el art. 219 LOPJ.

## SEGUNDA PARTE

### **I. El Ministerio Fiscal en la Propuesta LECrim.**

Las contradicciones que presenta nuestro actual modelo de instrucción penal, en el que el juez de instrucción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 299 LECrim asume la función de investigación de los delitos, —función que no es propiamente función jurisdiccional *stricto sensu*, artículo 117.4 CE—, junto con la tutela de los derechos fundamentales de los sujetos investigados y decide sobre la apertura de juicio oral (en el proceso abreviado y en los juicios rápidos, no en el proceso ordinario o sumario, donde dicha competencia la tiene el órgano de enjuiciamiento), función inequívocamente jurisdiccional, solo podrá salvarse si la investigación de los delitos se atribuye a un órgano como el Ministerio Fiscal, garantizándose así de manera efectiva no solo la imparcialidad judicial, sino también el principio acusatorio<sup>42</sup>.

La consolidación del principio acusatorio, según GIMENO SENDRA, exige que la instrucción sea llevada a cabo por el Ministerio Fiscal y ello porque en el sistema vigente la defensa tiene, en realidad, que enfrentarse a dos acusadores, al Ministerio Fiscal y al Juez de Instrucción, cuya labor es esencialmente inquisitiva, al contrario de lo que acontece en los países que han instaurado el modelo del Ministerio Fiscal – Director de la Investigación, junto al que actúa un órgano jurisdiccional, estrictamente como un “Juez imparcial de garantías”<sup>43</sup>.

Por lo tanto, el problema de fondo que subyace en la dirección de la investigación penal no es el órgano que la lleve a cabo (Ministerio Fiscal o Juez de Instrucción), sino en el elevado grado de posibilidad de contaminación subjetiva del investigador<sup>44</sup>.

Llegados a este punto, y como puede llevar a error, es importante establecer una clara diferencia entre dos conceptos que habitualmente se entremezclan, la investigación y la instrucción.

---

<sup>29</sup>RAMOS RUBIO, C.; “La instrucción: su dirección y la investigación del delito. Algunas contradicciones del actual modelo”; Revista Catalana de Seguretat Pública; nº 22; mayo 2010.

<sup>43</sup> GIMENO SENDRA, V.; El Ministerio Fiscal – Director de la Instrucción; ed. Iustel; Madrid, 2006; pp. 35-36.

<sup>44</sup> 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. 45.



En sentido jurídico, la *investigación criminal* se refiere al desarrollo de una serie de actividades tendentes a esclarecer los hechos constitutivos de delito y a descubrir al autor de los mismos, así como sus circunstancias personales y cualesquiera otras que puedan ayudar a conocer tales extremos que, en definitiva, nos lleven al castigo de los sujetos responsables.

La *instrucción penal* es, en cambio, una de las fases del proceso penal, concretamente la primera de ellas (que recibe distintas denominaciones en función del proceso del que se trate: sumario, diligencias previas o diligencias urgentes) y comprende la investigación, la recopilación de elementos probatorios (prueba preconstituida y prueba anticipada) y las medidas de aseguramiento (medidas cautelares personales y reales) que el caso requiera, para asegurar la efectividad y el cumplimiento de la sentencia que pueda dictarse en su día. Esta actividad es desarrollada actualmente por el Juez de instrucción<sup>45</sup>. En suma, cuando comúnmente se habla de “otorgar la instrucción al Ministerio Fiscal”, técnicamente se está haciendo referencia a la posibilidad de otorgarle, tan sólo, la dirección de la investigación de los hechos<sup>46</sup>.

El trasvase de funciones del Juez instructor al Ministerio Fiscal implica una transición de un sistema procesal mixto, es decir, inquisitivo-acusatorio, a un sistema plenamente acusatorio. Es decir, se pasa de que sea el Juez quien instruya las causas penales, a que sea el Ministerio Fiscal el que dirija la investigación criminal, siendo un órgano jurisdiccional (Tribunal de Garantías) quien meramente adopte las medidas restrictivas de derechos fundamentales y desempeña un control de legalidad de la actuación del MF<sup>47</sup>.

### **1.1. Problemas constitucionales que plantea la atribución de la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal.**

Antes de examinar, en particular, las nuevas funciones del Ministerio Fiscal en la Propuesta LECrim, es preciso analizar la constitucionalidad de la privación a los órganos jurisdiccionales de la dirección de la investigación criminal y su atribución al Ministerio Fiscal.

---

<sup>45</sup> BENAVENT CUQUERELLA, D.; La dirección de la investigación criminal por (...), pp. 51-54.

<sup>46</sup> FUENTES SORIANO, O.; La instrucción por el Fiscal en un nuevo proceso penal. Nuevos retos de la justicia penal (coord. por José María Asencio Mellado y Olga Fuentes Soriano); ed. La Ley; 2008; pág. 177.

<sup>47</sup> BENAVENT CUQUERELLA, D.; La dirección de la investigación criminal (...), pp. 62-63.

Evidentemente, la valoración de la constitucionalidad de la instrucción llevada a cabo por el Ministerio Fiscal no se puede realizar en abstracto, sino en relación con el concreto modelo propuesto por el legislador, pues no todo modelo de procedimiento preliminar dirigido por el Ministerio Fiscal será conforme a la Constitución<sup>48</sup>. Así, la doctrina procesal, sosteniendo posturas radicalmente contrapuestas, ha llegado a afirmar tanto la inconstitucionalidad de encomendar la dirección de la instrucción a un órgano jurisdiccional como a declarar la no constitucionalidad de la instrucción por el Ministerio Fiscal<sup>49</sup>.

Como muestra de lo anteriormente señalado, FUENTES SORIANO apunta que el modelo de instrucción judicial es contrario a lo dispuesto en la Constitución, argumentando que, según el principio de exclusividad jurisdiccional (arts. 117.3 y 4 CE), los Juzgados y Tribunales no pueden ejercer más funciones que las de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, excediéndose en sus funciones con la investigación penal<sup>50</sup>. Y MARTÍN PASTOR, por el contrario, sostiene que la atribución del procedimiento preliminar a los órganos jurisdiccionales no presenta -con la necesaria separación orgánica de Juez instructor y Juez sentenciador- inconveniente alguno<sup>51</sup>.

Partiendo de posturas discrepantes como las reseñadas, se trata ahora de analizar la constitucionalidad de la sustracción a los órganos jurisdiccionales de la dirección del procedimiento preliminar y de su atribución al Ministerio Fiscal<sup>52</sup>.

Tomando como punto de partida que dentro de la instrucción hay tanto actos de naturaleza jurisdiccional como actos administrativos, se podría configurar un procedimiento preliminar (instrucción) en el que el Ministerio Fiscal dirigiera y/o practicara toda la investigación, pero reservando al órgano jurisdiccional la adopción de las resoluciones que impliquen un ejercicio real de la potestad jurisdiccional<sup>53</sup>. En especial, la práctica de la prueba debe realizarse con la inmediatez del juez, pues implica ejercicio de actividad jurisdiccional, al igual que la adopción de medidas

<sup>48</sup> MARTÍN PASTOR, J.; Presente y futuro de la Constitución Española de 1978; Facultad de Derecho, Universitat de València; ed. Tirant lo Blanch; "Problemática constitucional acerca de la dirección de la instrucción penal por un juez o por el Ministerio Fiscal"; Valencia, 2005; pp. 470-471.

<sup>49</sup> MARTÍN PASTOR, J.; Cuestiones orgánicas y constitucionales sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de la fase de instrucción. Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada; Actas del IV Congreso Gallego de Derecho; 2012; pp. 573-576.

<sup>50</sup> FUENTES SORIANO, O.; La investigación por el Fiscal en el proceso penal abreviado (...); pág. 245.

<sup>51</sup> MARTÍN PASTOR, J.; Cuestiones orgánicas y constitucionales (...); pp. 573-576.

<sup>52</sup> MARTÍN PASTOR, J.; Cuestiones orgánicas y constitucionales (...); pp. 573-576.

<sup>53</sup> MARTÍN PASTOR, J.; Cuestiones orgánicas y constitucionales (...); pp. 573-576.



restrictivas de derechos fundamentales, como señala la jurisprudencia constitucional al exigir la intervención jurisdiccional. Todas las resoluciones que afecten al ejercicio de la acción penal deben estar también reservadas a los órganos jurisdiccionales, pues así lo dispone el art. 24.1 CE<sup>54</sup>.

A la hora de encontrar un fundamento constitucional que justifique la atribución de la investigación al Ministerio Fiscal se puede considerar que si éste "tiene por misión promover la acción de la justicia" (art. 124 CE), le puede corresponder la dirección del procedimiento preliminar, a lo que es preciso unir el dato de que conforme al artículo 308 LECrim ya se le atribuye la inspección de la instrucción judicial, lo que conduce a que con mayor razón estaría justificado atribuirle la dirección de la investigación en el proceso penal<sup>55</sup>.

Otro argumento, previsto en el texto constitucional, deriva del enunciado del artículo 126, según el cual "la policía judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente"<sup>56</sup>.

En consonancia con todo lo anterior, FUENTES SORIANO entiende que, al margen del principio de exclusividad jurisdiccional, la clave para la defensa de la constitucionalidad del modelo que se propone reside en fundamentar la atribución de facultades instructoras al Ministerio Fiscal sobre la base de la eficacia del proceso y la coherencia interna del mismo. Dado el tenor literal del art. 117.3 CE y, con él, las exigencias del principio de exclusividad jurisdiccional, resultaría en cierta medida más justificado un sistema que despojara al Juez de la labor netamente investigadora que, en todo caso, le obliga a pronunciarse y tomar parte (poniendo en juego su imparcialidad) a favor de una u otra hipótesis de acusación<sup>57</sup>.

Sobre todas estas cuestiones se ha pronunciado expresamente la STC 41/1998, que ha declarado que el modelo de Juez instructor director de la investigación (que es el que se correspondería con el de nuestros actuales procesos ordinario y abreviado), el modelo de Juez instructor pasivo (propio del procedimiento ante el Tribunal del Jurado), y el modelo de Juez de Garantías (en el que la dirección de la investigación recaería en

---

<sup>54</sup> MARTÍN PASTOR, J.; Presente y futuro (...); pp. 478-482.

<sup>55</sup> MARTÍN PASTOR, J.; Cuestiones orgánicas y constitucionales (...); pp. 573-576.

<sup>56</sup> MARTÍN PASTOR, J.; Cuestiones orgánicas y constitucionales (...); pp. 573-576.

<sup>57</sup> FUENTES SORIANO, O.; La investigación por el Fiscal en el proceso penal abreviado (...); pág. 246.

manos del Ministerio Fiscal, como sucede en nuestro proceso de menores) son todos ellos sistemas posibles para configurar la instrucción que se ajustan a nuestra Constitución<sup>58</sup>.

## 1.2. El Ministerio Fiscal en la Propuesta LECrim.

Como ya se ha expuesto, corresponde al Ministerio Fiscal la dirección de las diligencias de investigación, estando bajo sus órdenes durante esta fase del proceso las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 240).

Las decisiones del Ministerio Fiscal adoptadas durante el curso del proceso penal adoptarán la forma de decreto cuando acuerde la detención o la práctica de diligencias de investigación o aseguramiento, o así se prevea en la Propuesta LECrim o en el EOMF (art. 126.3). En los demás casos, los actos del Ministerio Fiscal adoptarán la forma de diligencias, que pueden ser de tramitación, de comunicación o de constancia (art. 126.4). Los actos adoptados por el MF siempre serán comunicados a las demás partes, salvo que se haya declarado el secreto de las actuaciones (art. 126.5).

Según la estructura del proceso, corresponde al Ministerio Fiscal el ejercicio de las siguientes funciones:

### 1.2.1. Iniciación.

En contraste con la LECrim, que prevé que la *notitia criminis* llegue directamente al órgano judicial, al Ministerio Fiscal, o a la autoridad policial (en forma de denuncia o querrela o por investigación de oficio), la Propuesta LECrim dispone que el MF será el órgano a quien compete la constatación de esa *notitia criminis*, es decir, de aquellos hechos en que debe basarse la acusación, de los que habrá conocido, generalmente, por la interposición de denuncia en la misma Fiscalía, por traslado del atestado policial, por querrela o cualquier otro medio (art. 243)<sup>59</sup>.

El Ministerio Fiscal dictará decreto de apertura de las Diligencias de Investigación cuando el hecho presente caracteres de delito, resulte verosímil y sea perseguible (art. 242).

Por consiguiente, con el Proyecto LECrim la investigación comienza por el Fiscal. “Al dictar el decreto de apertura de Diligencias de Investigación el Ministerio Fiscal solicitará la inscripción de la causa ante el Tribunal de Garantías que considere

<sup>58</sup> MARTÍN PASTOR, J.; Cuestiones orgánicas y constitucionales (...); pp. 573-576.

<sup>59</sup> MARTÍN PASTOR, J.; Cuestiones orgánicas y constitucionales (...); pp. 59-62.

competente” (art. 246.1). A partir de ese momento tendrá un plazo de 6 meses para la práctica de las diligencias (art. 127.1), prorrogables hasta 18 meses si la causa es compleja (art. 127.2).

En el plazo de diez días desde la fecha de la presentación de la querrela el Ministerio Fiscal dictará decreto en el que acordará la apertura de Diligencias de Investigación, la unión de la querrela a las Diligencias que se encuentren abiertas cuando tengan por objeto el mismo hecho u otro hecho conexo o su inadmisión o el archivo de la causa (art. 256). “Dictado el decreto previsto por el artículo anterior o transcurridos cinco días desde la finalización del plazo para su emisión, el querellante podrá impugnar el decreto que acuerde el archivo o que deniegue tenerle como parte o la inactividad del Ministerio Fiscal ante el Tribunal de Garantías” (art. 257).

“El Tribunal de Garantías dictará auto de inscripción de la causa comunicada por el Ministerio Fiscal, salvo que no ostente jurisdicción o competencia, en cuyo caso dictará auto en el que se abstendrá de conocer y remitirá la solicitud del Ministerio Fiscal y su resolución al Tribunal que entienda competente” (art. 247).

El Ministerio Fiscal ostenta la facultad de solicitar la aplicación de cualquier medida cautelar ante el Juez de Garantías.

### **1.2.2. Diligencias de investigación:**

#### **a) Las que acuerda directamente el Ministerio Fiscal.**

Concretamente, el Ministerio Fiscal llevará a cabo *per se* la práctica de las siguientes diligencias de investigación: declaración del encausado (art. 260 y ss.); identificación en rueda de reconocimiento (art. 274 y ss.); recogida y obtención de vestigios (en este caso ejecutada por la Policía Judicial bajo las órdenes del Ministerio Fiscal; art. 287.1); identificación de los terminales mediante captación de códigos de identificación del aparato o de sus componentes, tales como la numeración IMSI o IMEI (art. 312.1); pero una vez obtenidos los códigos que permiten la identificación del aparato o de alguno de sus componentes, el Fiscal podrá dirigirse al Tribunal de Garantías solicitando la intervención de las comunicaciones (art. 312.2); la apertura de la correspondencia intervenida, así como su examen y lectura, en una comparecencia en la que estarán presentes el encausado y su Abogado (art. 317.1; salvo que no pudiera realizarse en presencia de aquél, que la diligencia se llevará a cabo ante el Tribunal de Garantías, art. 317.2); la captación de imágenes del sospechoso y de las personas que con él contacten, siempre que aquéllas sean obtenidas cuando el afectado se encuentre

en un espacio o recinto públicos (art. 322); autorización de vigilancias policiales sistemáticas (art. 329.1); podrá requerir a cualquier persona física o jurídica responsable de un fichero automatizado la cesión de aquellos datos personales que sean relevantes para el esclarecimiento del hecho investigado o la identificación de su autor (art. 353); el cruce, comparación y contraste entre datos personales que obren en archivos automatizados de cualquier persona física o jurídica (art. 354, impugnables ante el Tribunal de Garantías); la recogida, aseguramiento e incautación de los efectos del delito (art. 356.1); examen y descripción del lugar de los hechos (art. 360); levantamiento del cadáver (art. 361); podrá acordar práctica de la autopsia, así como los análisis químicos que resulten necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de las causas de la muerte (art. 362); la exhumación de un cadáver (art. 363); el interrogatorio de testigos (art. 365 y ss.); ordenar la detención de los testigos que se nieguen a declarar (art. 369.2); careos (art. 388); recabar dictamen pericial (art. 391); autorizar la circulación y entrega vigilada de drogas (art. 414) y decretar el archivo o conclusión de la investigación (art. 418 y ss.).

**b) Las que precisan autorización del Tribunal de Garantías porque pueden suponer una vulneración o limitación de derechos fundamentales, salvo consentimiento expreso del afectado.**

Será necesaria la previa autorización del Tribunal de Garantías para la práctica de las siguientes diligencias de investigación: examen radiológico (a falta de consentimiento del afectado; art. 282.2); exploración y observación de cavidades vaginal y rectal (aunque medie el consentimiento del afectado, art. 283.1); intervenciones corporales (aun cuando el afectado hubiera prestado su consentimiento; art. 284.1), salvo que el afectado hubiera consentido y concurrieren razones de urgencia vital que impidan el aplazamiento de la intervención, caso en que el Fiscal podrá autorizar su práctica, dando cuenta inmediata al Tribunal de Garantías; intervención de las comunicaciones (art. 297 y ss.); identificación mediante número IP (art. 311.2); la observación, detención, registro, apertura y examen de la correspondencia postal o telegráfica, de faxes y burofaxes (art. 313.1, salvo ciertas excepciones contenidas en el apartado 2 del precepto); grabación de las conversaciones (art. 320.2); utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización (art. 331.1, salvo que la demora en la obtención de la autorización pudiera frustrar los fines de la investigación, que el Ministerio Fiscal podrá autorizar el uso de los mismos, dando cuenta de ello al Tribunal

de Garantías a la mayor brevedad y, en todo caso, en el plazo de veinticuatro horas, para que confirme la medida o la revoque, art. 331.3); fuera de los casos de flagrancia o de consentimiento del morador, la entrada y registro del domicilio (art. 338.1; el registro deberá llevarse en todo caso con autorización judicial; la práctica del registro la realizará el Ministerio Fiscal junto a la Policía Judicial, art. 340.1); el acceso a la información de dispositivos electrónicos incautados fuera del domicilio del sospechoso (art. 348); la utilización de datos de identificación y códigos, así como la instalación de un software, que permitan, de forma remota y telemática, el examen a distancia y sin conocimiento de su titular o usuario del contenido de un ordenador, dispositivo electrónico, sistema informático, instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos o base de datos (art. 350.1); la incautación de los efectos del delito si estuvieren en manos de un tercero que se niega a entregarlos voluntariamente (art. 356.2) y acordar la actuación de un agente encubierto (art. 407).

El Ministerio Fiscal llevará una carpeta que recoja las diligencias de declaración en fase de investigación del encausado y también de los testigos y peritos cuya declaración en el juicio proponga cualquiera de las partes (art. 431).

### **c) Sistema de recursos.**

Los decretos del Ministerio Fiscal en los que se acuerden o denieguen medidas de investigación o de recogida de instrumentos, efectos del delito o fuentes de prueba, así como los que acuerden o denieguen tener por parte a quienes pretendan intervenir como tales en las Diligencias de Investigación son impugnables ante el Tribunal de Garantías (art. 128). Dentro del plazo de cinco días, “el encausado y el tercero afectado podrán solicitar la revocación del decreto de archivo para la práctica de diligencias de investigación que considere indispensables para su defensa y que hubieran sido injustificadamente denegadas por el Ministerio Fiscal” (art. 427.3).

#### **1.2.3. Sobreseimiento o apertura de juicio oral. Posibilidad de conformidad.**

Si durante las Diligencias de Investigación, el Ministerio Fiscal, las acusaciones y el encausado llegasen 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 (art. 270.1).

“Concluidas las investigaciones, si el Ministerio Fiscal considera que existen motivos racionalmente fundados para interesar la apertura del juicio oral, dictará decreto de conclusión y formulará escrito de acusación, que remitirá junto con las actuaciones al Tribunal de Garantías” (art. 422).

“Si el Ministerio Fiscal, la acusación particular o la acusación popular solicitaran la apertura del juicio oral, el Tribunal de Garantías la acordará, a menos que estime que los hechos no son constitutivos de delito o concurra cualquiera otra de las circunstancias que autorizan el sobreseimiento de la causa. Si el Ministerio Fiscal no lo insta el Tribunal no podrá en caso alguno acordar el sobreseimiento por razón de oportunidad. Cuando el Ministerio Fiscal hubiere solicitado la apertura del juicio oral, el auto de sobreseimiento será recurrible en apelación” (art. 429).

El art. 437 continúa diciendo que “una vez la causa se halle en su poder, el Tribunal de Juicio competente para el enjuiciamiento examinará las pruebas propuestas por el Ministerio Fiscal y las partes y dictará auto admitiendo aquellas que sean pertinentes y útiles para la formación de la convicción sobre los hechos y rechazando las restantes y dispondrá lo necesario para la práctica, en su caso, de la prueba anticipada”. Dictada dicha resolución, el Secretario Judicial citará a las partes para la audiencia preliminar o el juicio oral, según proceda (art. 438).

“Antes de iniciarse la práctica de la prueba, la defensa, con la conformidad del encausado presente, podrá pedir al Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentara en el acto” (art. 444.1). “El Tribunal preguntará al Fiscal y las demás partes si confirman su decisión de aceptar el fallo y no recurrir. Si respondieren afirmativamente, el Tribunal declarará en el mismo acto la firmeza de la sentencia y se pronunciará, previa audiencia de las partes, sobre la suspensión o sustitución de la pena impuesta” (art. 445.2).

#### **1.2.4. Práctica de la prueba.**

En el caso de continuar con el juicio oral, “no se practicarán otras pruebas que las propuestas por el Ministerio Fiscal y las demás partes en sus escritos de conclusiones provisionales” (art. 446.2).

#### **1.2.5. Conclusiones e informes.**

“Practicadas las pruebas, el Magistrado o Presidente del Tribunal preguntará al Fiscal y a las restantes partes si elevan a definitivas sus conclusiones o las modifican”

(art. 466.1). “Formuladas las conclusiones definitivas, el Magistrado o Presidente del Tribunal dará la palabra para informe, de forma sucesiva, al Fiscal, a las demás partes acusadoras, al tercero afectado y, por último, al encausado” (art. 468.1).

### 1.2.6. Sentencia.

El Tribunal dictará sentencia en los diez días siguientes a la finalización del juicio oral (art. 475).

## II. La doctrina y el Ministerio Fiscal investigador.

En la doctrina procesal son muchas las opiniones que se han expuesto sobre un tema tan discutido y polémico como este, la atribución de la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal, y prueba de ello son el sinfín de publicaciones, así como conferencias, sobre el tema.

En primer lugar, se esbozarán los argumentos que defienden aquellos que están a favor de mantener la situación actual recogida en el artículo 14.2 LECrim, que atribuye la competencia para la instrucción de las causas al Juez de Instrucción del partido en que el delito se hubiere cometido, o el Juez de Violencia sobre la Mujer o el Juez Central de Instrucción respecto de los delitos que la Ley determine (artículo 65 LOPJ).

Como primer argumento, se invoca la naturaleza jurídica de la instrucción, que es considerada una función judicial (ORTELLS), porque no se agota en la búsqueda de las pruebas sino que se extiende a su valoración, y además incluye actuaciones típicas de ejercicio de la potestad jurisdiccional (tales como ordenar la prisión o la libertad, inadmitir la querrela o practicar anticipadamente la prueba), (CARNELUTTI y DE LA OLIVA).

En contra, se manifiesta MORENO CATENA que sostiene que la instrucción comprende otras muchas actuaciones no jurisdiccionales en sentido estricto y que, naturalmente, la adopción de medidas cautelares personales, la práctica anticipada de la prueba o las diligencias que restrinjan derechos fundamentales deberán seguir atribuidas a la autoridad judicial, la cual no necesariamente tiene que ser un juez de la investigación, sino un juez defensor de los derechos de las partes durante las actuaciones previas al juicio<sup>60</sup>.

---

<sup>60</sup> BACIGALUPO, E. et al; La posición del fiscal en la (...); pp. 59-63.



Como segundo argumento, se aduce que la dependencia del Ministerio Fiscal respecto del Poder Ejecutivo pondría en riesgo la objetividad e imparcialidad de éste (FAIRÉN, LÓPEZ Y LÓPEZ,<sup>61</sup> y GÓMEZ COLOMER).

Sin embargo, MORENO CATENA lo contradice al mantener que esta dependencia es relativa, pues tiene órganos propios, independientes del Ejecutivo, aunque la designación del Fiscal General del Estado corresponda al Gobierno (art. 124 CE) y que en modo alguno implica sumisión a las órdenes del Gobierno. También alega que, de todos modos, en España el monopolio del ejercicio de la acción penal no le corresponde al Fiscal, sino también a otras partes acusadoras<sup>62</sup>.

GARBERÍ LLOBREGAT argumenta que mientras el Ministerio Fiscal mantenga su dependencia del Poder Ejecutivo (en los términos que ya antes explicábamos), pesa sociológicamente una sospecha general de parcialidad (de sometimiento a la voluntad del Gobierno de turno); en cualquier caso, el Proyecto LECrim parece ajeno a la doctrina del TEDH sobre la imparcialidad subjetiva, es decir, aquella que considera parcial a quien es objetivamente imparcial pero no lo parece a los ojos de la sociedad<sup>63</sup>.

Al hilo de esto último, se señala también que hay peligro de inmunidad para personas “gubernamentales”, en la medida en que la vinculación del Ministerio Fiscal con el Ejecutivo permitiría desactivar las iniciativas de persecución de los delitos que hubieran podido cometer personas que se movieran en el ámbito del poder político<sup>64</sup>.

Un tercer argumento que se formula hace referencia al escaso número de Fiscales (uno por cada 22.000 habitantes) y las grandes carencias funcionales en las Fiscalías (VÁZQUEZ SOTELO y TRILLO NAVARRO<sup>65</sup>) para hacer frente a esta reforma del proceso penal.

Hay que reconocer que la plantilla de fiscales española es de las más exiguas del Consejo de Europa y una de las que soporta mayor carga de trabajo individual. La ratio de casos asignados a cada Fiscal de primera instancia se encuentra muy lejos de la media del Consejo de Europa, de 11 fiscales por cada 100.000 habitantes con una carga

---

<sup>61</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ, E.; “El nuevo proceso penal, la investigación del Ministerio Fiscal versus abogado defensor. El juez encargado del control de la acción penal (1)”;

ed. La Ley; Diario La Ley; nº 7987; Sección Tribuna; 19 dic. 2012.

<sup>62</sup> BACIGALUPO, E.; GIMENO SENDRA, V. (...); pp. 60-61.

<sup>63</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J.; “¿Fiscal instructor? Pocas ventajas y un enorme inconveniente”; Revista Jurídica de Castilla y León, nº 14; enero 2008; pp. 179-180.

<sup>64</sup> BACIGALUPO, E.; GIMENO SENDRA, V. (...); pág. 61.

<sup>65</sup> Este último, en TRILLO NAVARRO, J.P.; El fiscal en el nuevo proceso penal (...), pp. 192-197.



de trabajo de 615,2 casos por Fiscal. No contamos en nuestro sistema con personal técnico como los ayudantes del Fiscal que existen en otros países y hay una media de 0,8 funcionarios o personal administrativo por Fiscal<sup>66</sup>.

HERRERO-TEJEDOR ALGAR sostiene que este cambio sería antieconómico, pues para que el sistema funcionara medianamente bien haría falta un Fiscal con obligación de residencia en cada partido judicial (más de 400), lo cual supone un aumento del 300% de la plantilla, pues habría que crear una adscripción permanente donde hoy existe un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción<sup>67</sup>. TRILLO NAVARRO incluso defiende la idea de que el Fiscal investigador tiene que ser imperativamente distinto del Fiscal acusador para evitar que esté contaminado, lo que exige la duplicación de la plantilla y su desvinculación en evitación de contaminaciones<sup>68</sup>.

Asimismo, ESPINA RAMOS hace alusión a los problemas que surgirían de la necesidad de adecuar las estructuras de las actuales carreras judicial y fiscal al nuevo sistema, pues aunque algunos de los actuales Jueces de Instrucción puedan ser reconvertidos en Jueces de Garantías, no cabe duda que seguirán sobrando muchos de los actuales Jueces dedicados a la instrucción de las causas. Surge el debate sobre si lo más adecuado sería destinarlos a cubrir vacantes o nuevas plazas en otros órdenes jurisdiccionales, o si cabría incluso pensar en una permeabilidad de las carreras para permitir (como sucede en otros países de nuestro entorno) que pueda haber trasvases entre las mismas<sup>69</sup>.

Por otro lado, hay quien afirma que la atribución al Fiscal de la investigación penal limitaría sensiblemente la igualdad de armas y la posición de los acusadores no oficiales (la acusación popular, reconocida en el art. 125 CE y la acusación particular)<sup>70</sup>. A tenor de esta afirmación, CABEZUDO RODRÍGUEZ dice que el Fiscal, cuyo interés objetivo se encuentra subordinado al público en la eventualmente selectiva persecución de los delitos, no parece ser el más adecuado para atender a los requerimientos de la defensa y que, ante esta tesitura, tan sólo caben dos opciones: la investigación privada o

---

<sup>66</sup> Datos obtenidos de <http://hayderecho.com/2014/01/15/el-ministerio-fiscal-en-espana-mas-autonomia-y-mas-transparencia/>

<sup>67</sup> BACIGALUPO, E.; GIMENO SENDRA, V. (...);, pág. 97.

<sup>68</sup> TRILLO NAVARRO, J.P.; El fiscal en el nuevo proceso(...); pág. 194.

<sup>69</sup> ARANGÜENA FANEGO, C. y SANZ MORÁN, Á.J. (coord.); La reforma de la justicia penal, aspectos materiales y procesales; "La Instrucción por el Ministerio Fiscal: la reforma eternamente pendiente", por Espinosa Ramos, J.Á.; ed. Lex Nova; Valladolid, 2008; pág. 420.

<sup>70</sup> ARMENTA DEU, T.; "El fiscal instructor, ¿es necesario? (...)" pág. 219.

la intervención judicial por sustitución de la inactividad del fiscal (modelo que se sigue en el procedimiento de menores y en Italia). En este último caso, para los supuestos en los que el acusador oficial rechazara la práctica de ciertas diligencias instadas por las otras partes, el solicitante podría reproducir su petición ante el Juez de Garantías, quien decidirá la realización de la diligencia o no (lo cual afectaría a la celeridad que se pretende con la Propuesta LECrim)<sup>71</sup>.

Frente a todos los razonamientos anteriormente expuestos a favor de mantener la situación actual, existen también argumentos suficientes para defender la postura del legislador en esta Propuesta LECrim objeto de estudio en este trabajo.

El primero de ellos es que se fortalece el principio de imparcialidad judicial y se aplica mejor el principio de exclusividad jurisdiccional atribuido constitucionalmente a los Jueces y Magistrados que integran el Poder Judicial (art. 117.3 CE).

ASENCIO MELLADO apoya esta tesis, diciendo que no parece adecuado que un Juez, orgánicamente independiente, mantenga facultades de investigación, de elaboración o conformación de la acusación y, a la vez, haya de garantizar los derechos del imputado<sup>72</sup>.

Por otra parte, este modelo introduce no sólo mayor agilidad en la tramitación del procedimiento, suprimiéndose la duplicidad de diligencias, sino que sitúa estas actuaciones en su verdadera dimensión, facilitando el esclarecimiento de los hechos (MORENO CATENA)<sup>73</sup>.

No obstante, BACIGALUPO mantiene que la instrucción no será más rápida, pues la pluralidad de partes acusadoras admitidas por nuestro proceso, el ejercicio conjunto de las acciones penales y civiles y el sistema de recursos previstos en la fase de instrucción hacen que ésta sea bastante lenta y dice, además, que la experiencia de los países que han atribuido la instrucción al Fiscal no es satisfactoria en este sentido<sup>74</sup>. En la misma línea se manifiesta TORRES-DULCE LIFANTE<sup>75</sup>.

Además, DAMIÁN MORENO dice que “la iniciativa en la investigación y en la búsqueda del material que ha de servir de fundamento a la acusación ha de estar

---

<sup>71</sup> CABEZUDO RODRÍGUEZ, N.; “Sobre la conveniencia de atribuir la instrucción penal al Ministerio Fiscal”; Revista Jurídica de Castilla y León; nº 14; enero 2008; pp. 212-213.

<sup>72</sup> BACIGALUPO, E.; GIMENO SENDRA, V. (...), pág. 89.

<sup>73</sup> BACIGALUPO, E.; GIMENO SENDRA, V. (...), pág. 63.

<sup>74</sup> BACIGALUPO, E.; GIMENO SENDRA, V. (...), pág. 90.

<sup>75</sup> BACIGALUPO, E.; GIMENO SENDRA, V. (...), pág. 105.

confiada a quienes han manifestado su voluntad de constituirse en parte para ejercitar la acción penal”, esto es, el Fiscal<sup>76</sup>; por lo que también apoyan la figura del Fiscal director de la investigación criminal. También sostienen este argumento FUENTES SORIANO y ORTEGO PÉREZ<sup>77</sup>.

Sobre la nueva posición que ocupa la policía judicial en la Propuesta LECrim, MORENO CATENA dice que permitiría atribuir en exclusiva las funciones de investigación criminal a un cuerpo específico, suprimiendo las intromisiones o interferencias que en ocasiones han provocado la competencia entre distintos cuerpos policiales en detrimento de la persecución penal<sup>78</sup>.

Además, MARTÍNEZ ZATO alega que la instrucción por el fiscal es reclamada desde hace tiempo por la policía judicial desde el momento en que, por los principios por los que el MF se rige, su actuación profesional dependería de un único criterio (el decidido por el superior jerárquico de los fiscales), a diferencia del sistema actual, conforme al cual depende de tantos criterios como jueces haya en cada ciudad, lo que en no pocas ocasiones produce desorientación o desconcierto<sup>79</sup>.

Otro motivo sobre el que reflexiona MOSCOSO DEL PRADO MUÑOZ es la obligada armonización del proceso penal con el sistema mayoritario en los distintos países de nuestro entorno, y particularmente en el ámbito de la UE<sup>80</sup>.

### **III. Reformas necesarias para atribuir al Ministerio Fiscal la investigación penal.**

Si llega a salir adelante la reforma sobre la que se centra este trabajo de investigación y se produce, de manera real y efectiva, la atribución de la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal, llevaría aparejada un catálogo de reformas.

TRILLO NAVARRO sostiene que el Ministerio Fiscal como institución ha de quedar absolutamente desvinculado del Poder Ejecutivo, sometido únicamente al principio de legalidad y al imperio de la Ley en el cumplimiento de sus funciones, con

---

<sup>76</sup> DAMIÁN MORENO, J.; “¿Qué queremos cuando pedimos que instruya el Ministerio Fiscal?”; Diario La Ley; ed. La Ley; Sección Tribuna; nº 7032; año XXIX; 13 oct. 2008.

<sup>77</sup> FUENTES SORIANO, O.; La instrucción por el Fiscal en un nuevo proceso penal (...), pág. 173.

<sup>78</sup> BACIGALUPO, E.; GIMENO SENDRA, V. (...), pág. 63.

<sup>79</sup> MARTÍNEZ ZATO, J.J.; La ley de responsabilidad penal del menor ¿antesala de la instrucción a cargo del Ministerio Fiscal?; Homenaje a Don Antonio Hernández Gil / coord. por Luis Martínez-Calcerrada y Gómez; Vol. 3; 2001, pág. 3189.

<sup>80</sup> BACIGALUPO, E.; GIMENO SENDRA, V. (...), pág. 100.

plena autonomía administrativa y presupuestaria, y asistido de una Policía Judicial dependiente exclusiva y jerárquicamente del propio Ministerio Fiscal<sup>81</sup>.

Uno de los cambios inexorables que debería llevarse a cabo tras la aprobación de la Propuesta LECrim sería el aumento del presupuesto y de la plantilla de Fiscales, lo que implicaría un plazo de *vacatio legis* de la reforma del proceso penal amplio<sup>82</sup>.

Asimismo, con la finalidad de fortalecer la independencia del Fiscal en su actuación y su exclusivo sometimiento a la Ley, sería preciso dictar normas previas de reparto de asuntos entre los Fiscales, de modo que éste no pudiera ser removido o apartado de esa investigación concreta hasta su conclusión, salvo por causas expresamente prevenidas en el Estatuto Orgánico<sup>83</sup>.

Finalmente, se debería reestructurar el diseño de la Planta Fiscal, rompiendo con su actual configuración, excesivamente centralizada en las capitales de provincia, de forma que todos los partidos judiciales cuenten con una verdadera Oficina Fiscal –al menos con un miembro del Ministerio Fiscal- y con un Juzgado de Control de la Instrucción o de Garantías<sup>84</sup>.

#### IV. Conclusiones.

Los Jueces y Magistrados tienen encomendada de forma exclusiva la potestad jurisdiccional, consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE). Como contraparte, los ciudadanos tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva, en un proceso sin dilaciones indebidas y con todas las garantías (art. 24 CE).

Pues bien, utilizando como fundamento jurídico estos dos preceptos constitucionales, considero que la tesis que aboga por la atribución de la dirección de la investigación criminal al Ministerio Fiscal queda totalmente avalada. A continuación explico el porqué de esta afirmación.

En primer lugar, dejar en manos de los Jueces la tutela de las garantías procesales de los imputados (“investigados”, en la Propuesta LECrim) y el ejercicio de las funciones estrictamente jurisdiccionales que las leyes les otorgan, facilitaría que llevaran a cabo sus tareas de manera más eficaz y diligente, pues es por todos conocido el retraso, de años, que lleva la Administración de Justicia en España en el despacho de

---

<sup>81</sup> BACIGALUPO, E.; GIMENO SENDRA, V. (...), pág. 100.

<sup>82</sup> TRILLO NAVARRO, J.P.; El fiscal en el nuevo proceso (...); pp. 207-223.

<sup>83</sup> TRILLO NAVARRO, J.P.; El fiscal en el nuevo proceso (...); pp. 207-223.

<sup>84</sup> MARTÍN PASTOR, J.; Cuestiones orgánicas y constitucionales (...); pág. 571.

los asuntos que le son conferidos. También ayudaría a mitigar esta saturación la creación de más plazas de Jueces y Magistrados, aunque ya esto serviría para abrir un nuevo debate.

En segundo lugar, despojar al Juez de la dirección de la investigación criminal reforzaría su imparcialidad porque al conocer y dirigir la investigación es posible que, internamente y de manera inconsciente, tome partido. Ello supondría una falta de tutela de los derechos y garantías de todas las partes, vulnerando las funciones que le atribuye la Constitución. Comparto la opinión de TRILLO NAVARRO cuando defiende que, si finalmente se aprobase la Propuesta LECrim, el Fiscal investigador tendría que ser imperativamente distinto del Fiscal acusador para evitar que esté contaminado, pues de otra forma incurriríamos en el mismo defecto (el que dirige la investigación, ya sea el Juez o el Fiscal, no sería imparcial).

En tercer lugar, MARTÍNEZ ZATO alega que si la policía judicial pasara a depender del Ministerio Fiscal como establece la Propuesta LECrim, su actuación profesional estaría sujeta a un único criterio, el decidido por el superior jerárquico de los Fiscales, situación más conveniente que la que existe en la actualidad, en la que dependen de tantos criterios como jueces instructores haya.

En cuarto y último lugar, el único problema que veo en la atribución de la dirección de la investigación criminal al Ministerio Fiscal es que dicho órgano se rija por el principio de dependencia jerárquica, y que su máxima autoridad sea propuesta por el Gobierno. Aunque en teoría los Fiscales son dependientes jerárquicamente entre sí, pero autónomos respecto a cualesquiera otras instancias del Estado, el Fiscal General del Estado, que no depende jerárquicamente de nadie (pues ocupa el vértice de la pirámide), está políticamente subordinado al Ministerio de Justicia porque el art. 124 CE dispone que será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial.

Ya anteriormente explicábamos que la dependencia jerárquica es una determinada forma de entender y organizar las relaciones interadministrativas, a través de un complejo entramado de potestades –normativas, de mando, sancionadoras, etc.- que permiten a los órganos superiores coactivamente dirigir, ordenar e inspeccionar la actividad de sus inferiores jerárquicos.

Mi preocupación es que si un Fiscal inicia una investigación criminal que afecte al Gobierno de turno (especialmente en los casos de corrupción, que prácticamente cada

día se destapa uno nuevo), su superior jerárquico podría dirigir contra él instrucciones directas para que sobresea la causa, dejando a los presuntos culpables impunes.

Es verdad que en el proceso penal español coexisten otras partes acusadoras a parte del Ministerio Fiscal, pero si el órgano que dirige la investigación decide retirar su acusación, la causa sería sobreseída. El Tribunal Supremo estableció la denominada “Doctrina Botín”, que determina que si en una causa solo existe la acusación popular y no la de la Fiscalía u otras particulares, la imputación puede llegar a archivarse. Aunque la posición actual del TS es no invocar esta doctrina, aún la jurisprudencia es vacilante.

Asimismo, defiendo la opinión de TRILLO NAVARRO que dice que con la finalidad de fortalecer la independencia del Fiscal en su actuación y su exclusivo sometimiento a la Ley, sería preciso dictar normas previas de reparto de asuntos entre los Fiscales, de modo que éste no pudiera ser removido o apartado de esa investigación concreta hasta su conclusión, salvo por causas expresamente prevenidas en el EOMF.

En conclusión, la atribución de la dirección de la investigación criminal al Ministerio Fiscal va a ser beneficiosa para el proceso penal español en cuanto a la mayor celeridad y eficiencia que se producirá en el despacho de los asuntos por la Administración de Justicia. Sin embargo, es inaceptable que siga vigente el principio de dependencia jerárquica y el sometimiento de los Fiscales a las instrucciones e incluso sanciones (que sea removido de la causa, por ejemplo) dictadas por sus superiores. En mi opinión, esto vulnera el principio de seguridad jurídica y el principio de igualdad ante la ley garantizados por nuestro texto constitucional, pues dos mismos hechos presuntamente delictivos (casos de corrupción, por ejemplo, uno en el seno del partido político que esté gobernando y otro en el de la oposición), podrían tener trato diferenciado (uno ser sobreseído porque la Fiscalía retire la acusación siguiendo las instrucciones del Fiscal General del Estado y el otro caso no lo sea).

Los Fiscales deberían ser independientes, tanto entre sí como frente a los demás poderes, contando con las mismas garantías que los Jueces y Magistrados para garantizar su independencia. Sólo una vez sean instaurados estos principios en la actuación del Ministerio Fiscal, será posible, en mi opinión, la atribución de la dirección de la investigación criminal a los Fiscales.



## V. Bibliografía.

1. ASENCIO MELLADO, J.M. y FUENTES SORIANO, O. (dir.), CUADRADO SALINAS, C. (coord.); La reforma del proceso penal, “Sobre el Fiscal instructor y la igualdad de las partes en el proceso”, por Fuentes Soriano, O.; ed. La Ley; Madrid, 2011.
2. ALAMILLO CANILLAS, F.; El Ministerio Fiscal español (su organización y funcionamiento); ed. Colex; Madrid, 1990.
3. ARANGÜENA FANEGO, C. y SANZ MORÁN, Á.J. (coord.); La reforma de la justicia penal, aspectos materiales y procesales; “La Instrucción por el Ministerio Fiscal: la reforma eternamente pendiente”, por Espinosa Ramos, J.Á.; ed. Lex Nova; Valladolid, 2008.
4. ARMENTA DEU, T.; “El fiscal instructor, ¿es necesario?”; Cuadernos de Derecho Público; nº 16; mayo-agosto 2002.
5. AROZAMENA LASO, Á.; Hacia un sistema de instrucción penal más racional y garantista, fiscal investigador y juez de garantías; Conferencia coordinada y dirigida por el Ilmo. Sr. D. Emilio Jesús Sánchez Ulled; Estudios jurídicos; 2008.
6. AYO FERNÁNDEZ, M.; Las Faltas en el Código Penal y el Juicio de Faltas; ed. Aranzadi; 7ª ed.; Navarra; 2011.
7. BACIGALUPO, E.; GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V.; TORRES-DULCE LIFANTE, E.; La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; ed. Thomson Aranzadi; Navarra, 2005.
8. 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.
9. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N.; “Sobre la conveniencia de atribuir la instrucción penal al Ministerio Fiscal”; Revista Jurídica de Castilla y León; nº 14; enero 2008.
10. CASTILLEJO MANZANARES, R.; Hacia un nuevo proceso penal – Cambios necesarios; ed. La Ley; Madrid; 2010.
11. DAMIÁN MORENO, J.; “¿Qué queremos cuando pedimos que instruya el Ministerio Fiscal?”; Diario La Ley; ed. La Ley; Sección Tribuna; nº 7032; año XXIX; 13 oct. 2008.



12. DOLZ LAGO, M. J.; “La experiencia de las fiscalías de menores como sistema acusatorio desde la perspectiva de la instrucción penal a cargo del Ministerio Fiscal”; Diario La Ley; Año XXVIII; nº 6828; 26 Nov. 2007.
13. FUENTES SORIANO, O.; La instrucción por el Fiscal en un nuevo proceso penal. Nuevos retos de la justicia penal (coord. por José María Asencio Mellado y Olga Fuentes Soriano); ed. La Ley; 2008.
14. FUENTES SORIANO, O.; La investigación por el Fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos, perspectivas de futuro; ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
15. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G. (Prólogo de Fernando Jiménez Conde); El Proceso Penal de Menores, funciones del Ministerio Fiscal y del Juez en la instrucción, el período intermedio y las medidas cautelares; ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2007.
16. GARBERÍ LLOBREGAT, J.; “¿Fiscal instructor? Pocas ventajas y un enorme inconveniente”; Revista Jurídica de Castilla y León, nº 14; enero 2008.
17. GIMENO SENDRA, V.; El Ministerio Fiscal – Director de la Instrucción; ed. Iustel; Madrid, 2006.
18. GIMENO SENDRA, V.; “La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal - Una apuesta por la figura del Fiscal Instructor”; Revista Economist & Jurist (mayo 2006).
19. GIRBAU COLL, A.; “La “instrucción” del proceso penal por el Ministerio Fiscal, reformas deseables en dicha fase”; Revista Economist & Jurist; nº 134; octubre 2009.
20. GÓMEZ COLOMER, J.L.; El Tribunal Penal Internacional: investigación y acusación; ed. Tirant lo Blanch; Valencia, 2003.
21. LACUEVA BERTOLACCI, R.; “Alguna propuesta para el éxito de la anunciada reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”; ed. La Ley; Diario La Ley; nº 7513; Sección Tribuna; Año XXXI; 19 Nov. 2010.
22. LEAL MEDINA, J.; “Un estudio sobre el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal. Un nuevo proceso penal”; Docta Ignorancia Digital; Año IV, núm.4; 2013.
23. LÓPEZ LÓPEZ, A. M.; El Ministerio Fiscal español – Principios orgánicos y funcionales; ed. Colex; Madrid; 2001.

24. LÓPEZ LÓPEZ, A.M.; La instrucción del Ministerio Fiscal en el procedimiento de menores; ed. Comares; Granada; 2002.
25. LÓPEZ Y LÓPEZ, E.; “El nuevo proceso penal, la investigación del Ministerio Fiscal versus abogado defensor. El juez encargado del control de la acción penal (1)”;
26. LORCA MARTÍNEZ, J.; “Experiencias de la instrucción por el Fiscal en los procedimientos de la Ley Orgánica de la Responsabilidad de los menores”;
27. MARTÍN PASTOR, J.; Cuestiones orgánicas y constitucionales sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de la fase de instrucción. Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada; Actas del IV Congreso Gallego de Derecho; 2012.
28. MARTÍN PASTOR, J.; Presente y futuro de la Constitución Española de 1978; Facultad de Derecho, Universitat de València; ed. Tirant lo Blanch; “Problemática constitucional acerca de la dirección de la instrucción penal por un juez o por el Ministerio Fiscal”; Valencia, 2005.
29. MARTÍNEZ ZATO, J.J.; La ley de responsabilidad penal del menor ¿antesala de la instrucción a cargo del Ministerio Fiscal?; Homenaje a Don Antonio Hernández Gil / coord. por Luis Martínez-Calcerrada y Gómez; Vol. 3; 2001.
30. MONTERO AROCA, J.; El Derecho Procesal español del siglo XX a golpe de tango (Coord. Juan-Luis Gómez Colomer, Silvia Barona Vilar y Pía Calderón Cuadrado); Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños; “Sobre el Ministerio Fiscal y la instrucción del Proceso Penal” por Andrés de la Oliva Santos; Ed. Tirant lo Blanch; Valencia, 2012.
31. MORENO CATENA, V.; “El papel del Ministerio Fiscal en el Estado democrático de Derecho”;
32. MUÑOZ CUESTA, J.; Es el momento de dar el paso a la instrucción de las causas penales por el Ministerio Fiscal; Repertorio de jurisprudencia Aranzadi; Nº 6; 2004.
33. OCAÑA RODRÍGUEZ, A.; “¿La instrucción de las causas penales para los Fiscales?”; revista La Toga; septiembre-octubre 2004.

34. RAMOS RUBIO, C.; “La instrucción: su dirección y la investigación del delito. Algunas contradicciones del actual modelo”; Revista Catalana de Seguretat Pública; nº 22; mayo 2010.

35. TORO PEÑA, J.A.; “El Ministerio Fiscal o el juez de instrucción como órgano encargado de la fase de instrucción en el Proceso Penal”; ed. La Ley; Diario La Ley; nº 7885; Sección Doctrina; Año XXXIII; 21 Jun. 2012.

36. TRILLO NAVARRO, J.P.; El fiscal en el nuevo proceso penal. Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal. Reforma 2007; ed. Comares; Granada, 2008.

37. VALLESPÍN PÉREZ, D.; ¿La instrucción en manos del Ministerio Fiscal como nuevo sistema procesal penal?; Homenaje a Font Serra. Tomo II / Eduardo Font Serra (aut.); Vol. 2, 2000.