



Escuela de Doctorado y Estudios de Posgrado

MÁSTER ACCESO A LA ABOGACÍA

Trabajo de Fin de Máster

**El Ministerio Fiscal como órgano instructor en el Anteproyecto de la
Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020**

Realizado por Doña Paula Negrín Mendoza

Tutorizado por Doña Ana Teresa Afonso Barrera

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

Área: Derecho Procesal

MARZO, 2021



ABSTRACT

In this work, the role of the Spanish Public Prosecutor's Office is analyzed, after the reform of the new Draft Law on Criminal Procedure of 2020, which main novelty is the assumption of the direction of the instruction by the Public Prosecutor's Office. To analyze it, the role that the Public Prosecutor already assumes as an instructor in the criminal responsibility procedure of the minor, will be taken into account, as well as the different proposals for the reform of the Criminal Procedure Law, such as that of 2011 and 2013. Based on all this, the foundations of this new Draft Project will be studied in depth and the different consequences of this new regulation of the direction of instruction will be developed.

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación se analiza el papel del Ministerio Fiscal, en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, cuya novedad principal es la asunción de la dirección de la instrucción del Ministerio Fiscal. Para analizarlo, se tendrá en cuenta el papel que ya asume el Ministerio Fiscal como instructor en el procedimiento de responsabilidad penal del menor así como las distintas propuestas de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; la del año 2011 y la del año 2013. A partir de todo ello, se profundizará en los fundamentos de este nuevo Anteproyecto de 2020 y se desarrollará las distintas consecuencias de esta nueva regulación de la dirección de la instrucción.



ÍNDICE

I. Introducción.

II. Breve aproximación del Ministerio Fiscal.

2.1. Los principios acusatorio e inquisitivo.

2.2. Los principios de organización: unidad de actuación y dependencia jerárquica

2.3. Principios de actuación: legalidad e imparcialidad.

2.4. Naturaleza jurídica.

2.5. Funciones

III. El Ministerio Fiscal como instructor en el proceso de responsabilidad penal del menor. Especial referencia al principio de oportunidad.

3.1. Regulación del Ministerio Fiscal en el Anteproyecto del 2011 y del Código Procesal Penal de 2013.

3.1.1 La asunción del Ministerio Fiscal de la dirección de la investigación.

3.1.2. La creación de equipos de investigación

3.1.3. Funciones del Ministerio Fiscal

3.1.4. Control del Juez de Garantías de la fase de investigación

IV. Los Anteproyectos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y 2013.

4.1. El Anteproyecto LECrim de 2011

4.1.1. Regulación del MF

4.1.2. La asunción del MF de la dirección de la investigación.

4.1.3. La creación de equipos de investigación.

4.1.4. Otras funciones del MF.

4.1.5. El Juez de Garantías como órgano de control



4.2. El Anteproyecto de LECrim. 2013

V. El Anteproyecto LECrim 2020.

5.1. Fundamentos.

5.2. Fusión de los Anteproyectos 2011 y 2013.

5.3. El Ministerio Fiscal en el Anteproyecto de 2020.

5.3.1. Funciones del Ministerio Fiscal en la reformada fase de instrucción del Anteproyecto LECrim. 2020.

5.4. Consecuencias del Anteproyecto.

5.4.1. Nuevo papel del órgano jurisdiccional: el Juez de Garantías.

5.4.2. Cambios en la fase instrucción y fase intermedia del proceso: desdoblamiento de funciones.

5.4.3. Modificación de distintas leyes.

VI. Conclusiones.

VII. Bibliografía.

I. Introducción

El pasado 9 de septiembre de 2020 fue aprobado por el Gobierno y, posteriormente, el 24 de noviembre del mismo año, por el Consejo de Ministros, el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, respondiendo a la necesidad que se expone en la consulta pública sobre el mismo, *“desde principios de siglo viene evidenciándose la necesidad de aprobar una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal que permita la construcción de un sistema de justicia penal moderno y garantista. Sin embargo, esta labor ha sido, una y otra vez, pospuesta o evitada”*¹.

En su Exposición de Motivos se señala que la insuficiencia de esta normativa actual a dar soluciones a las nuevas complejidades sociales, es debida a que se ha intentado solucionar dichas deficiencias con reformas parciales que han servido, más que como solución, como meros parches, con lo que contamos actualmente con normas procesales penales que no sólo están dispersas, sino que además son de tres siglos diferentes.

Señala la citada Exposición que el fin común de este Anteproyecto es, principalmente, actualizar la normativa procesal penal a la actualidad, que viene ligado al espíritu reformista de la Constitución Española de 1978 de crear un sistema normativo penal que responda a las necesidades de una sociedad democrática moderna.

Dilaciones indebidas, falta de procesos ágiles cuyos actos cumplan con los plazos establecidos para los mismos así como modernizar ciertos sistemas o mecanismos procesales y adaptarlos a las nuevas necesidades que se dan para los tipos delictivos que se enjuician en la actualidad, son los diferentes objetivos que se pretenden conseguir con la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En efecto, se aprobaron dos Anteproyectos de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (en adelante LECrim 1882): el Anteproyecto de 2011 con gobierno socialista y otro posterior en 2013, del gobierno del Partido Popular, que no fructificaron.

¹ Consulta pública sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020. Ministerio de Justicia. Pág. 4

Dichos textos serán analizados en el presente trabajo (porque son la base del nuevo Anteproyecto del LECrim. 2020), haciendo especial referencia a una de las novedades más importantes que es la atribución al Ministerio Fiscal de la instrucción dentro de un proceso penal.

Estos Proyectos son la solución para redactar una LECrim adaptada al siglo XXI, han venido precedidos de varias reformas, entre otras, Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal; la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica; y la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia -esta última para solventar las deficiencias que ya teníamos más las sumadas a las que surgieron tras el inicio de la pandemia a partir de marzo de 2020-.

Es, en este punto, la asunción por parte del Ministerio Fiscal de las funciones de director de la instrucción, el objeto de análisis del presente trabajo, puesto que dicha novedad se implementa en el Anteproyecto de 2020, contando ya con la experiencia del Fiscal instructor en el proceso de responsabilidad penal del menor.

En este trabajo se analizará, no sólo el papel actual del Ministerio Fiscal en el proceso penal comparándolo con lo que supondrá tras la *vacatio legis* de la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal -teniendo en cuenta, como ya se ha citado antes, sus predecesores los Anteproyectos de 2011 y 2013-, sino también las funciones que ya viene ejerciendo como órgano encargado de la instrucción dentro del proceso de responsabilidad penal del menor.

II. Breve aproximación al Ministerio Fiscal

2.1. Principio acusatorio y principio inquisitivo

Someramente, hay que hacer referencia al principio propio del proceso penal, es decir, del principio acusatorio.

Cabe recordar que el sistema penal español es un sistema mixto, reúne características del sistema inquisitivo, y, a su vez del sistema acusatorio², con lo que el órgano de instrucción, dirige la instrucción con preeminencia, teniendo como función principal preparar el juicio oral en aras de investigar la posible autoría sobre un hecho que puede resultar ser punible y reunir, por tanto, las pruebas pertinentes³; y, al mismo tiempo, el órgano instructor es el encargado de que se garantice la existencia de igualdad entre las partes, por lo que es necesario que rija el principio contradictorio entre las mismas, y siempre velando por las garantías y derechos que el ordenamiento jurídico concede a dichas partes⁴.

De esta manera, que en el proceso penal rija el principio acusatorio implica la existencia necesaria de órganos distintos que lleven a cabo esas diferentes funciones: por un lado, la instrucción de la causa, y, por otro, el enjuiciamiento de la misma. Por ello, este principio se relaciona con el derecho fundamental a un juez imparcial recogido en el artículo 24.2 de nuestra Constitución, de tal forma que este desdoblamiento suponga que el juez que vaya a enjuiciar la causa, gozará de total imparcialidad.

Además, la segunda manifestación de este principio de acusación es que el Ministerio Fiscal no tiene el monopolio del ejercicio de la acción penal puesto que existen otras figuras que ejercen dicha acción penal como lo son la acusación particular, es decir, ofendido o perjudicado por las comisiones del hecho delictivo, y el acusador popular.

Aparte de lo expuesto, existen otras manifestaciones del principio acusatorio: debe de existir correlación entre la acusación y el fallo o a parte dispositiva de la sentencia, lo que a su vez supone que nadie puede ser condenado por hechos que no hayan sido objeto de la acusación.

² Benavent Cuquerella, D: La dirección de la investigación criminal por el Ministerio Fiscal en España: Situación actual y reformas proyectadas, ed. Fe d'erratas, 2014, pp. 29-42.

³ A ejemplo de lo citado, el art. 299 de la actual LECrim. 1882 establece que “*constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delinquentes, asegurando sus personas y responsabilidad pecuniarias de los mismos*”.

⁴ Benavent Cuquerella, D: La dirección de la investigación criminal por el Ministerio Fiscal ... Op. Cit.

Otra manifestación es la prohibición de *reformatio in peius*, que supone la no agravación de la situación jurídica del recurrente en la segunda instancia, como señala el artículo 789.3 LECrim.

2.2. Principios de organización del Ministerio Fiscal: unidad de actuación y de dependencia jerárquica.

El artículo 124 de la Constitución establece que “*el Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.*”

Relacionado con dicho artículo, el artículo 7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (en adelante, EOMF), dispone se desprenden los principios que rigen la organización del Ministerio Fiscal.

De un lado, el principio de unidad, que supone que el Ministerio Fiscal es un único en el territorio español, integrado a su vez, por un Cuerpo de Fiscales y situándose en la cúspide de esta institución el Fiscal General del Estado que, como ya hemos indicado anteriormente, es nombrado por el Rey a propuesta del Gobierno.

De otro lado, el principio de dependencia, que bien puede ser desarrollado desde un punto de vista externo de su actuación, refiriéndose a la dependencia del Ministerio Fiscal con respecto al resto de los Poderes públicos, en particular, al Poder Ejecutivo, ya que, al fin y al cabo, el Rey los nombra a propuesta del Gobierno; o bien desde un aspecto interno, ya que el Fiscal, en su actuación, está inserto en una relación jerárquica, sujeto a los dictados, Órdenes e Instrucciones a aquellas que los representan.

2.3. Principios de actuación: legalidad e imparcialidad.

Dentro del ámbito de la actuación del Ministerio Fiscal rige el principio de legalidad como consecuencia, de la configuración constitucional del Ministerio Fiscal como órgano sometido a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

Así se establece en anterior citado artículo 124 y en el artículo 6 EOMF, que dispone lo siguiente: “*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 u oponiéndose a las indebidamente actuadas en la medida y forma en que las leyes lo establezcan”

A su vez, el principio de imparcialidad viene establecido en el artículo 7 EOMF, el cual determina que la actuación del Ministerio Fiscal se hará siempre de manera imparcial, cumpliendo con las notas de objetividad e independencia y, debe darse así porque el Ministerio Fiscal defiende intereses ajenos.

Estos principios chocan con las distintas funciones o posiciones que puede adoptar el Ministerio Fiscal dentro de un proceso penal ya que, principalmente, es el defensor de la legalidad y una autoridad imparcial: su función es la persecución de cualquier delito con la posibilidad de recibir denuncia, formular querrela, etc. (manifestaciones del principio de oportunidad).

En relación a esto, cabe traer a colación lo establecido en el artículo 2 de la LECrim, donde se establece que *“todas las autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal cuidarán, dentro de los límites de su respectiva competencia, de consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo y, estarán obligados, a falta de disposición expresa, a instruir a éste de sus derechos y de los recursos que pueda ejercitar mientras no se hallare asistido de defensor.”*

El Ministerio Fiscal puede actuar como parte acusadora teniendo la posibilidad de que, si se decreta el secreto de las actuaciones, nunca le afecte. También actuará en los casos que se enjuicien delitos en los que la víctima o agraviado sea un incapaz o un menor, o en representación de la víctima cuando la misma no sea parte acusadora porque ha decidido no continuar con el proceso penal, siempre en interés ajeno.⁵

2.4. Naturaleza jurídica

El artículo 2 del EOMF se establece lo siguiente: *“Uno. El Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, y ejerce su misión por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con*

⁵ Artículos 108 y 771 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad. Dos. Corresponde al Ministerio Fiscal esta denominación con carácter exclusivo.” Este artículo se relaciona con lo que dispone el artículo 541 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) que es lo siguiente: “1. Sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, 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. 2. El Ministerio Fiscal se regirá por lo que disponga su Estatuto Orgánico.”

Por ello, el Ministerio Fiscal se puede definir dentro de nuestro ordenamiento jurídico como órgano colaborador del Poder Judicial (algunos autores lo integran en el mismo, pero con autonomía funcional, ya que a la hora de ejercer sus funciones se regirá por su propio Estatuto Orgánico), y cuya función principal consiste en promover la acción de defensa de la Ley, de los derechos de los ciudadanos y del interés público, siendo, por tanto, colaborador del ejercicio de la potestad jurisdiccional⁶.

En cuanto a la limitación de la naturaleza jurídica del Ministerio Fiscal surge polémica por su dependencia con el Poder Ejecutivo y ya no sólo porque el FGE es nombrado a propuesta del Gobierno, sino que además, este último puede requerir a dicho Fiscal General que lleve a cabo las actuaciones necesarias ante los tribunales y juzgados con el fin de garantizar y defender el interés público.⁷

Así, es importante tener en cuenta y dejar claro, en atención a lo que se expone más delante de este trabajo, que el Ministerio Fiscal no se constituye como un órgano jurisdiccional, por lo que *“ni ejercita la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE), ni goza, con plenitud, de la independencia judicial.”*⁸

2.5. Funciones del Ministerio Fiscal

⁶ Art. 1 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

⁷ Artículo 8 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

⁸ Gimeno Sendra, V.: Introducción al Derecho Procesal, ed. Cóllex. 9ª edición, 2014. pp 211-212.

El artículo 3 del EOMF determina las diferentes funciones que se otorgan al Ministerio Fiscal para el cumplimiento y salvaguarda de la legalidad, entre ellas, por ejemplo, el ejercicio de las acciones penales y civiles, velar por los derechos de los menores, incapaces y personas desvalidas; garantizar la legalidad y los derechos en los procesos ya no sólo civiles y penales sino también en los contencioso-administrativos y laborales.

Con respecto a esto último, y dada la configuración del Ministerio Fiscal como defensor de la legalidad y, por tanto, de nuestra Constitución, es necesario acudir al artículo 162.1.b CE que legitima al Ministerio Fiscal para la interposición del recurso de amparo en procesos civiles, penales, contencioso-administrativos y laborales.⁹

III. El Ministerio Fiscal como instructor en el proceso de responsabilidad penal del menor. Especial referencia al principio de oportunidad.

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, sobre la responsabilidad penal de los Menores (en adelante, LO 5/2000), se promulgó dentro de un contexto temporal en el que ya se venía exigiendo reformas en el proceso penal, debido a las carencias que se presentan en el mismo.

Una de las novedades que introduce dicha ley, es que la consideración de la figura del Ministerio Fiscal como órgano instructor -que se llevaba pidiendo desde hace varios años-, cobra realidad en el proceso de responsabilidad penal del menor donde la instrucción de dicho procedimiento la lleva a cabo el Ministerio Fiscal.

En el art. 6 de la LO 5/2000 se detallan, de manera genérica sus funciones: la dirección de la investigación de los hechos imputados al menor, la dirección de la Policía Judicial y el impulso del procedimiento; funciones que vienen recogidas también en su Estatuto Orgánico (arts. 3,4 y 5).

Por otro lado, dichas funciones se concretan en el art. 23 de dicho texto legal, recogándose en el mismo lo siguiente:

⁹ Gimeno Sendra, V.: Introducción al Derecho Procesal. ed. Cóllex. 9ª edición, 2014. pp. 217.

“Artículo 23. Actuación instructora del Ministerio Fiscal.

1. La actuación instructora del Ministerio Fiscal tendrá como objeto, tanto valorar la participación del menor en los hechos para expresarle el reproche que merece su conducta, como proponer las concretas medidas de contenido educativo y sancionador adecuadas a las circunstancias del hecho y de su autor y, sobre todo, al interés del propio menor valorado en la causa.

2. El Ministerio Fiscal deberá dar vista del expediente al letrado del menor y, en su caso, a quien haya ejercitado la acción penal, en un plazo no superior a veinticuatro horas, tantas veces como aquel lo solicite.

3. El Ministerio Fiscal no podrá practicar por sí mismo diligencias restrictivas de derechos fundamentales, sino que habrá de solicitar del Juzgado la práctica de las que sean precisas para el buen fin de las investigaciones. El Juez de Menores resolverá sobre esta petición por auto motivado. La práctica de tales diligencias se documentará en pieza separada.”

De la lectura literal de este artículo se desprende dos funciones principales del Ministerio Fiscal: una, por un lado, y la más importante, es la de velar por el interés del menor¹⁰ y, por otro, instruir la causa, por lo que el Ministerio Fiscal también investigará los posibles hechos delictivos y la autoría del menor sobre los mismos, proponiendo prueba.

De esta manera, al Fiscal se le reconocen en la fase de instrucción, aparte de las ya expuestas al enumerar las contenidas en el art. 6 de la LO 5/2000:

a) Acordar la incoación de las diligencias preliminares y del expediente de reforma. (art. 16.1)

b) Recibir denuncias y admitirlas o no a trámite. (art. 16.2), así como la práctica de las diligencias que estime convenientes para la consecución del proceso (arts. 16.2 y 23).

¹⁰ No sólo de la vigilancia de que se cumplan las garantías procesales para el interés del menor, sino que se realicen las actuaciones que garanticen dicho interés. Así viene establecido en art. 6 de la LO 5/2000.

c) Puede acordar el archivo de las actuaciones cuando considere no delictivos los hechos o el autor sea desconocido (art. 16.3).

d) Ordenar o no la comparecencia ante él de los menores a quienes se impute algún acto punible u ordenar su detención (art. 17) así como de ponerlos en libertad o a disposición, en plazo legal, del Juez de Menores.

e) Recibir la declaración a los menores detenidos y a denunciados y testigos, recabando los informes que considere necesarios al equipo técnico u otras instituciones (arts. 17 y 27).

f) Puede decidir no incoar expediente de reforma (art. 18), desistir del expediente e, incluso, pedir el sobreseimiento (art. 19)

g) Notificar a los perjudicados la incoación del expediente contra el menor por si consideran conveniente personarse en el mismo (arts. 22 y 25).

h) Resolver acerca de la admisión y práctica de las diligencias que el perjudicado y el letrado del menor le interesen (arts. 25 y 26).

i) Puede pedir la adopción de medidas cautelares (arts. 28 y 29). De hecho, es el único legitimado.

j) Custodiar las causas, documentos y piezas de convicción que tenga a su disposición (art. 16.2).

k) Decide acerca del momento en que se debe concluir la instrucción del expediente de reforma (art. 30.1) y redacta el escrito de alegaciones.¹¹

Cabe pensar con todo ello, que una de las importantes funciones del Ministerio fiscal, que se encuentra recogido en su Estatuto Orgánico, que es velar siempre por el interés del menor (función que también se manifiesta en otros tipos de procesos en los que intervengan menores o personas incapaces)¹², se concrete en la LO 5/2000.

¹¹ Salom Escrivá, J. S.: Justicia Penal de Menores y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación. ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2002. pp. 222 - 223

¹² Art. 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y art. 174.1 Código Civil.

Es por ello, por lo que se implanta en dicho texto legal la principal novedad en cuanto a la figura del Ministerio Fiscal y es que se le permite que tenga facultades decisorias, cuando, por ejemplo, es el Fiscal quien puede decidir si se puede ejercitar la acción penal o no¹³.

Como se puede comprobar, se ha establecido en esta Ley una clara diferencia de la instrucción en el procedimiento de responsabilidad penal del menor dirigida por el Ministerio Fiscal, de la investigación penal que se recoge en el art. 299 LECrim, ya no sólo en la finalidad de la misma etapa en diferentes procedimientos, -ya que no se busca únicamente comprobar el hecho y la participación del menor sino también se valora por el Ministerio Fiscal qué medidas sancionadoras o educativas merece el menor en función del nivel de reproche que se puede aplicar a cada caso-, sino también en el órgano encargado de la dirección del mismo.

Que el Ministerio Fiscal haya adquirido dichas funciones, deja al Juez de menores en una posición más definida, enjuiciar, puesto que, *“le siguen correspondiendo las funciones de adoptar las funciones limitativas de los derechos fundamentales (arts. 23.3 y 26.3), las decisiones sobre las medidas cautelares que se soliciten respecto del menor (art. 28), la declaración del secreto instructorio (art. 24), la decisión sobre la apertura del juicio oral o el sobreseimiento (art. 33), y, por supuesto, el conocimiento del juicio oral y la emisión de la pertinente sentencia (arts. 37 y ss.)”*¹⁴

Otras de las funciones que adquiere el Ministerio Fiscal en el proceso penal de menores es la de mediador entre el perjudicado y el menor. Y todo ello viene por la incorporación de lo dispuesto tanto en la *Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establece las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*, así como en la *Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de junio de 2007, sobre la delincuencia juvenil, el papel de las mujeres, la familia y la sociedad*. Todo ello, partiendo de la idea de querer implantar una justicia restaurativa dentro de este proceso, en la que la mediación

¹³ Art. 16.2 LO 5/2000: “2. Quienes tuvieren noticia de algún hecho de los indicados en el apartado anterior, presuntamente cometido por un menor de dieciocho años, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, el cual admitirá o no a trámite la denuncia, según que los hechos sean o no indiciariamente constitutivos de delito (...).”

¹⁴ Gimeno Sendra, V.: El Ministerio Fiscal – Director de la Instrucción. ed Iustel, 1ª edición, 2006. pp. 51.

conseguiría que el menor asumiera o reflexionara sobre la gravedad de sus hechos y del daño que haya producido, siempre que existe perdón del perjudicado¹⁵.

Esto se plasma en los arts. 19 y 27 de dicha Ley.

Por otro lado, traer a colación el principio de oportunidad el que inspira la instrucción del proceso de responsabilidad penal del menor sino también -como veremos más adelante- en el Anteproyecto LECrim de 2020, ya que es uno de los mecanismos que se modifican para atribuir la instrucción del proceso al Ministerio Fiscal.

En primer lugar, debemos recordar que el principio de oportunidad es aquel que rige un procedimiento penal cuando las partes puedan disponer de la acción penal, tanto para incoar el procedimiento como para pedir el sobreseimiento de la causa. En contraposición al principio de oportunidad, y para saber mejor su delimitación, se encuentra el principio de legalidad, que regirá aquellos procesos que se deban iniciar ante la sospecha de que se haya cometido algún hecho que pueda llegar a tener indicios de criminalidad, de manera que ni el órgano judicial ni el Ministerio Fiscal tienen la posibilidad de solicitar el sobreseimiento de la causa¹⁶.

El principio de oportunidad no fue inicialmente aceptado por la doctrina española, porque muchos autores defendían la vigencia del principio de legalidad. No obstante, con los cambios y la necesidad de agilización del proceso penal, algún sector doctrinal defendía la implantación de este principio.

Son distintas las razones a favor de este principio: *“Por razones de utilidad pública o interés social, como por ejemplo, la escasa lesión social producida por el delito; la falta de interés público en la persecución; el estimular a la pronta reparación a la víctima; (...) evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad; favorecer la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de rehabilitación a cuyo cumplimiento queda condicionado el sobreseimiento; (...) Por constituir el único instrumento real que permite llevar a cabo*

¹⁵ Montesdeoca Rodríguez, D.: “Justicia Restaurativa: discusión sobre su aplicación en la Justicia Penal de menores”. Diario La Ley (Wolters Kluwer). nº 9780, 28 de Enero de 2021, pp 3-6.

¹⁶Vecina Cifuentes, J. y Vicente Ballester, T.: “Las manifestaciones del principio de oportunidad en el proceso penal español”. Revista Derecho & Sociedad, nº 50, Mayo 2018. pp. 307-323.

un tratamiento diferenciado entre los hechos punibles que deben ser perseguidos y aquellos otros con un mínimo interés social y en los que la pena carezca de significación.”¹⁷

Si bien, detallar este principio, sus modalidades y conceptualización requiere de más extensión, se puede resumir que el principio de oportunidad se puede manifestar de diferentes formas dentro de un proceso: manifestaciones que *“hacen posible la exclusión del proceso, al consentir el no ejercicio de la acción; aquellas otras que permiten o exigen la terminación anticipada del proceso penal por razones de política criminal, de diversa índole, y, en tercer lugar, las que atribuyen al órgano judicial la potestad discrecional de suspender la ejecución de la pena impuesta o sustituir ésta por otra menos criminógena.”¹⁸*

En el proceso penal de menores, dentro de las funciones que adquiere el Ministerio Fiscal como instructor y parte acusadora, como bien explica Gimeno Sendra¹⁹, ambas tienden a que el Fiscal ocupe una posición de conciliador, de manera que investigará las causas del acto, el daño que se ha producido y, sobre todo, las posibles desventajas de continuar el procedimiento (y de una posible sanción) para el investigado. Todo ello con base en el principio de actuación del interés del menor, sirviendo de ejemplo de esto, la posibilidad que tiene el Fiscal de solicitar una sustitución de medidas según la adecuación de las mismas a las circunstancias del menor, en aras de garantizar una reinserción del mismo.

De ahí que la manifestación del principio de oportunidad en este procedimiento tenga vital importancia: como ya hemos citado anteriormente, el Fiscal tiene la opción de

¹⁷ Todolí Gómez, A. (2008, 1 de octubre): “Reflexiones sobre la aplicación del principio de oportunidad en el proceso penal y su ejercicio por ministerio fiscal”. “Noticia Jurídicas”. Recuperado de: <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4407-reflexiones-sobre-la-aplicacion-del-principio-de-oportunidad-en-el-proceso-penal-y-su-ejercicio-por-ministerio-fiscal/>

¹⁸ Vecina Cifuentes, J. y Vicente Ballester, T.: “Las manifestaciones del principio de oportunidad en el proceso penal español”. Revista Derecho & Sociedad, n° 50, Mayo. 2018. Pp 7-8.

¹⁹ Gimeno Sendra, V.: El Ministerio Fiscal-Director de la Instrucción, op.cit.

archivar las actuaciones²⁰, pedir sobreseimiento por conciliación entre el menor y el perjudicado²¹, entre otras funciones.

Atribuir al Ministerio Fiscal la instrucción en el proceso de responsabilidad penal del menor es lo que se pretendía durante años implantar en el proceso penal de mayores. De ahí, que la introducción del principio de oportunidad al proceso penal haya tenido su dificultad, puesto que, como ya hemos indicado anteriormente, uno de los mecanismos para que el Ministerio Fiscal asumir la instrucción de un proceso penal es reformar consigo la regulación del principio de oportunidad.

IV. Los Anteproyectos de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y de 2013.

El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 supuso una gran novedad porque a partir de aquí ya se empezó a plantear la reforma de la LECrim, y con ello del cambio de director de instrucción, pasando del Juez de Instrucción al Ministerio Fiscal.

Dada la similitud del Anteproyecto de 2011 con la propuesta del Código Procesal Penal del año 2013, hace conveniente analizar ambas propuestas de reforma en el mismo apartado.

Así, es necesario comenzar por el análisis del Anteproyecto de LECrim de 2011.

²⁰ Art. 18 LO 5/2000. Artículo 18. Desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar: “El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley. Asimismo, el Ministerio Fiscal comunicará a los ofendidos o perjudicados conocidos el desistimiento acordado.

No obstante, cuando conste que el menor ha cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza, el Ministerio Fiscal deberá incoar el expediente y, en su caso, actuar conforme autoriza el artículo 27.4 de la presente Ley.

²¹ Art. 19 LO5/2000. Artículo 19. Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima: “1. También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta.
(...)”

Como se empieza explicando al inicio de su Exposición de Motivos, en el mes de mayo del año 2010, el Ministerio de Justicia creó un grupo de trabajo con la finalidad de redactar un proyecto de reforma de Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ya desde antes del año 2010, existía descontento hacia la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, la cual quedaba obsoleta a la hora de plantear soluciones ante ciertas deficiencias técnicas procesales, que se fueron acrecentando con el paso del tiempo y, por ende, con la evolución de la sociedad y de las nuevas tecnologías. Como ya sabemos, el derecho siempre va un paso por detrás de las nuevas circunstancias sociales y económicas, pues es en función de las mismas que va variando, pero nunca debería quedar rezagado.

La finalidad era (y sigue siendo) cambiar, de manera íntegra, el sistema. Para ello, se sigue explicando en dicha Exposición de Motivos, tuvieron en cuenta no sólo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la doctrina del Tribunal Constitucional, la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Penal Internacional,

En esta propuesta de reforma se anuncia la necesidad de que el Juez quede alejado de la investigación dentro de la fase de instrucción con el fin de garantizar la imparcialidad del mismo (hecho que, como veremos más adelante, se pretende también en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020), delegando, por tanto, la dirección de la misma al Ministerio Fiscal.

En cuanto al Código Procesal Penal de 2013, siguiendo con el espíritu reformista de su predecesor del año 2011, tenía como objetivos los siguientes:

- a) Que fuese efectivo y real la imposición de un sistema penal garantista, de ahí la división de funciones entre el Juez y el Ministerio Fiscal.
- b) Unida a la primera idea, que se consolidara un sistema de segunda instancia.
- c) Que se armonizara y se unificaran todas las reformas habidas hasta el momento en el sistema penal de nuestro ordenamiento jurídico.
- d) Y que la normativa del sistema procesal penal se homogeneizara con la normativa de los distintos países de la Unión Europea.

Como se observa, son ideas que ya tenían su razón de ser y que se intentaron materializar en el anterior Anteproyecto.

3.1. Regulación del Ministerio Fiscal en el Anteproyecto del 2011 y del Código Procesal Penal de 2013.

3.1.1 La asunción del Ministerio Fiscal de la dirección de la investigación.

En aras de conseguir una diferenciación de funciones, el Anteproyecto de 2011, se encomienda la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal.

Se recoge además en el art. 55.2 del citado texto lo siguiente:

“2. Corresponde al Ministerio Fiscal la potestad de dirigir la investigación de los hechos punibles y la de ejercitar la acción penal contra quienes deban responder criminalmente de los mismos.”

Por ello, Ministerio Fiscal podrá iniciar la investigación del procedimiento mediante decreto, la cual únicamente podrá durar 12 meses, salvo prórroga para casos complejos, que no podrá superar los 18 meses.

Además, también podrá archivar las actuaciones.”

Por otro lado, con respecto al principio de legalidad, el artículo 57 configura como supuestos tasados en los que se puede manifestar este principio, de tal manera que se obliga al Ministerio Fiscal a actuar cuando se den los casos que vienen establecidos en este artículo. Los mismos son:

“a) iniciar y practicar por sí o mediante las oportunas órdenes e instrucciones a la Policía Judicial la investigación destinada a esclarecer el hecho y averiguar quiénes son sus responsables,

b) adoptar o interesar del juez la adopción de las medidas cautelares que procedan, c) deducir y sostener la acusación en el juicio oral,

d) ejercitar la acción civil a favor de las víctimas del delito en los casos previstos en esta ley,

e) velar por la efectiva ejecución de las sentencias, promoviendo, en caso de condena, las actuaciones necesarias para asegurar el cumplimiento de las penas y la satisfacción de las responsabilidades civiles.”

En contraposición al principio de legalidad, en el artículo 58 se plasma el principio de oportunidad:

“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el Ministerio Fiscal podrá abstenerse de ejercitar la acción penal por razones de oportunidad cuando así lo autorice expresamente esta ley.

En estos casos, la apreciación discrecional de los supuestos de oportunidad corresponderá en exclusiva al fiscal, sin perjuicio del control judicial de los elementos reglados que permiten su ejercicio, en los términos y en la forma legalmente previstos”.

En el Código Procesal Penal del año 2013, se mantiene la distinción de funciones de investigación entre el Juez de instrucción y el Ministerio Fiscal de tal manera que sigue siendo el Ministerio Fiscal el director de la investigación y se sigue integrando a la Policía Judicial en la Fiscalía con el fin de garantizar el principio de imparcialidad del Ministerio Fiscal.

Así se recoge en el Código Procesal Penal de 2013, en su Exposición de Motivos apartado Primero referido a la Introducción: *“Se ha calificado al Juez de Instrucción como el heredero del Inquisidor. Llamado por la ley a esclarecer la verdad desde la sospecha contra el imputado, queda necesariamente comprometida su neutralidad como instancia de garantía de los derechos fundamentales que restringen su poder e indefectiblemente pierde la imparcialidad para la emisión del juicio de acusación en los procesos en los que se le otorga competencia para decidir entre el sobreseimiento o la apertura del juicio oral”*²²

Continúa dicha Exposición de Motivos señalando que *“con la asignación de la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal, el Tribunal garante de los derechos fundamentales se sitúa en la posición de distancia adecuada y el Tribunal de Juicio se*

²² Código Procesal Penal 2013. Exposición de Motivos, I.- Introducción. pp. 1

ciñe en la apreciación de los hechos a la valoración de la prueba al margen de las actuaciones de investigación preparatorias del debate entre las partes.”²³

Una de las manifestaciones más relevantes del principio de oportunidad, y una novedad del Código Procesal Penal 2013, es la mediación penal entre la víctima/ofendido y el investigado, un procedimiento que lleva el Ministerio Fiscal: *“con la mediación penal se persigue posibilitar la utilización, siempre voluntaria, de un mecanismo de solución del conflicto entre infractor y víctima que satisfaga las expectativas de la víctima de obtener una explicación del hecho, la petición de perdón y una pronta reparación. Para el infractor la mediación sólo tendrá las consecuencias favorables procesales o materiales que del acuerdo se deriven, en su caso.”*

Esta mediación, como se ha señalado anteriormente, ya existía en el proceso de responsabilidad penal del menor y ya se había establecido también en el Anteproyecto 2011, en su artículo 158 de la propuesta de reforma de la LECrim de 2011 establece que el Ministerio Fiscal (o el juez, previa audiencia del fiscal) podrá iniciar esta mediación, ya sea de oficio o a instancia de parte, sin perjuicio de la realización de las diligencias que el fiscal estime necesarias para la investigación, cuyo decreto que lo acuerdo lo remitirá a un equipo de mediación.²⁴

Esta mediación responde a los principios que toman relevancia en el Código Procesal Penal de 2013, como lo son, el principio de intervención mínima²⁵ que responde en el proceso penal de manera general y el principio de oportunidad.

3.1.2. La creación de equipos de investigación

Otra novedad con respecto al papel del Ministerio Fiscal en el Anteproyecto de 2011 y en 2013 es la idea de crear equipos de investigación integrados fiscales, si así lo requería la complejidad del asunto.

²³ Código Procesal Penal 2013.

²⁴ Leal Medina, J.: “Un estudio sobre el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal. Un nuevo proceso penal.” Docta Ignorancia Digital, 2013; ISSN 1989 – 9416. Año IV, núm. 4. pp. 38 – 43.

²⁵ Debemos que recordar que, el principio de intervención mínima supone, como bien dice su denominación, la mínima injerencia del Estado utilizando el proceso penal en las relaciones del ciudadano con el resto de la sociedad y así, intervenir únicamente en los comportamientos del mismo que supongan una vulneración o daño de los derechos y bienes jurídicos protegidos del resto de la sociedad.

Todas estas ideas se plasman en la redacción del siguiente artículo del Anteproyecto de 2011:

“Artículo 64. Fiscal responsable de la investigación. Equipos de Investigación

*1. A través de un sistema previo de reparto en el que prevalezcan los criterios de especialización, se **designará al fiscal responsable de la investigación, que quedará debidamente identificado en el procedimiento.***

*2. En función de la **naturaleza y complejidad de los asuntos** y de los conocimientos especiales que sean requeridos, podrán establecerse **equipos de investigación compuestos por varios fiscales, pertenecientes a la misma o a distintas Fiscalías**, bajo la coordinación de uno de ellos designado por el superior jerárquico común, que será considerado responsable de la investigación.*

*3. Para la reasignación o avocación de los asuntos, se seguirán los trámites y requisitos que establece el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal **dejando constancia en el procedimiento de los cambios que se produzcan en la dirección del procedimiento de investigación.***

4. Toda discrepancia entre el fiscal responsable de la investigación y el superior jerárquico se resolverá en la forma prevenida en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, sin que sea susceptible de impugnación judicial.”

(La negrita es nuestra).

3.1.3. Funciones del Ministerio Fiscal

La asunción del Ministerio Fiscal la investigación requiere la distribución de funciones sin mermar los principios de unidad y de dependencia que rigen la actuación del Ministerio Fiscal.

Según se explica en la Exposición de Motivos de este anteproyecto, el fiscal encargado de la dirección de la investigación será elegido por reglas competenciales y de reparto -dentro de la dependencia jerárquica-.

Por otro lado, siguiendo con la idea garantista y de separación clara de funciones entre el Juez y el Ministerio Fiscal, de tal manera que se garantice la efectiva

imparcialidad del primero, el Ministerio Fiscal integrará también la Policía Judicial, de tal manera que esta misma quedará subordinada a las directrices del MF.

De esta manera, *“con la gestión centralizada que asegura la Fiscalía, pueden unificarse los criterios de actuación policial para la investigación del delito. Y también pueden superarse ciertos abusos de la práctica diaria que debilitan la realidad del control judicial, como la reproducción ante un juez distinto de las peticiones policiales que han sido previamente rechazadas por otros órganos instructores.”*²⁶

De tal modo, la Policía deberá de poner a disposición del Ministerio Fiscal las actuaciones que hayan llevado a cabo.

3.1.4. Control del Juez de Garantías de la fase de investigación

Que se haya otorgado al MF la dirección de la investigación no implica que la misma no requiera cierto control. De hecho, una de las principales funciones del Juez de Garantías es lo que su nombre (denominación recogida en este Anteproyecto), garantizar que se cumpla con los derechos fundamentales²⁷, no sólo de la víctima, sino también del investigado. Es por ello que se entiende que este encargo al Juez no merme la independencia y la autonomía del Ministerio Fiscal a la hora de llevar a cabo sus actuaciones.

Es razonable también, que el control que se vaya a ejercer por parte del Juez de Garantías se vaya a realizar principalmente sobre los derechos del acusado, los cuales se pueden ver vulnerados sobre todo en la fase de realización de las diligencias de investigación²⁸ o en la adopción de medidas cautelares que afecten a dichos derechos fundamentales.

Otro de los motivos en los que se fundamenta este control de los derechos del investigado y de la víctima, ligada a otra novedad que se plasmó en este anteproyecto: el fortalecimiento del derecho de defensa -además de la inclusión del Estatuto de la Víctima-, de manera que se desarrollaron diferentes mecanismos para garantizar este derecho del

²⁶ Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal del 2011. pp. 19.

²⁷ Artículo 2.2 del Anteproyecto de 2011 determina las diferentes funciones de la autoridad judicial (Juez de Garantías), dentro de la fase de investigación.

²⁸ Art. 2.2 del anteproyecto LECrim 2011, apartado 1º: *autorizar las diligencias de investigación restrictivas de derechos.*

investigado²⁹ como, por ejemplo, el desarrollo -por primera vez- de la definición del principio de presunción de inocencia en su artículo 32.

De esta manera, en el anteproyecto de 2011 se contemplan distintos supuestos en los que el Ministerio Fiscal necesitaría de la aprobación del Juez de Garantías para la realización de diligencias de investigación que afecten a la integridad física del investigado, al derecho de comunicación del mismo y a la inviolabilidad de su domicilio.

Por ejemplo:

*“Artículo 259. Intervenciones corporales graves 1. Cuando las intervenciones corporales tengan por objeto la extracción de cualquier sustancia o elemento que deba obtenerse de las zonas íntimas o del interior del cuerpo del afectado, y en todo caso cuando para recogerlos sea necesario ocasionarle dolor o sufrimiento, administrarle anestesia o someterle a sedación, la intervención se reputará grave y **requerirá autorización previa del Juez de Garantías cuando el afectado no preste su consentimiento.** (...)”*

*“Artículo 303. Garantía judicial 1. El Ministerio Fiscal deberá recabar la **autorización del Juez de Garantías para interceptar las conversaciones** a que se refiere el artículo anterior, incluida la escucha y grabación de las que se mantengan en lugares públicos.”*

*“Artículo 326. Garantía judicial. Fuera de los supuestos en que concurra una situación de delito flagrante, **la diligencia de entrada y registro en domicilio será autorizada por el Juez de Garantías, a petición del Ministerio Fiscal, con sujeción al principio de proporcionalidad y siempre que no exista otra medida menos gravosa para los derechos del investigado o de terceros afectados por la medida.**”*

(La negrita es nuestra).

²⁹ El Anteproyecto de 2011 dedica todo un capítulo para el derecho de defensa del investigado: Capítulo I “El investigado” Título II “Los sujetos del proceso penal” Libro I “Disposiciones generales”

V. El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020.

Como ya se ha indicado en la introducción de este trabajo, el 24 de noviembre de 2020 se aprobó el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, se tendrá un periodo de *vacatio legis* de 6 años desde su aprobación.

El tan esperado Anteproyecto supone una fusión de las diferentes propuestas que se han desarrollado para suplantar la obsoleta Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882.

Son numerosas las novedades que trae consigo para el ordenamiento jurídico penal español este anteproyecto, y en cuanto al nuevo papel del Ministerio Fiscal.

5.1. Fundamentos del Anteproyecto

En el texto del Anteproyecto se citan numerosas circunstancias actuales que han llevado a la necesidad de la redacción y aprobación de este texto legal. Y es que, no sólo supone un compromiso para adaptar la regulación procesal penal a la avanzada actualidad, modernizando los procedimientos de manera que se agilizan las etapas del mismo, todo ello dentro de nuestro ordenamiento jurídico, sino también de posicionarlo a un mismo nivel de cara a los distintos países europeos, consiguiendo así una homogeneización de la normativa europea.

Con ello, en el apartado III de la Exposición de Motivos se puntualiza la necesidad de adaptar nuestro sistema procesal penal al espacio normativo europeo según lo establecido en el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, mediante el que se crea una Fiscalía a nivel europeo con el fin de procesar delitos que se cometan contra intereses financieros de la Unión Europea, de tal manera que las autoridades nacionales a las cuales se encomienda funciones y la Fiscalía Europea cooperarán a través de un sistema de competencias compartidas.

Según se explica en este apartado, la aprobación de este Reglamento supuso el culmen de años de intenciones de querer cambiar el modelo español y articularlo de manera diferente (ejemplo de esa intención es la ya explicada función del Ministerio Fiscal dentro de la LO 5/2000), cambiando por completo la funcionalidad del Juez y optando por atribuir las funciones de instrucción al Fiscal.

Se cita, que *“las distintas variantes de modelo acusatorio que coinciden en la necesidad de disociar las tareas heterogéneas de dirigir la investigación del delito y de garantizar los derechos fundamentales de las personas investigadas. Donde ambas funciones siguen estando atribuidas a una misma autoridad pública.”*³⁰

Pasa a ser, por tanto, el Juez, un órgano de garantía de los derechos fundamentales, lo que supone que se mantendrá en una posición imparcial, que actuará cuando entienda que algún derecho fundamental se vea vulnerando durante el procedimiento; mientras que el Ministerio Fiscal contará con nuevas funciones -pues, como sabemos, ya venía ejerciendo funciones de investigación- que le permiten dirigir la investigación.

Otros de los fundamentos que se recogen en el texto, concretamente en el apartado VI de la Exposición de Motivos, es el de dar cumplimiento al sistema de garantías que inspira nuestra Constitución, y de fortalecer el derecho de defensa que, como bien se explica en este apartado, son dos objetivos que van unidos, ya que ambos requieren la misma solución que es el establecimiento de un sistema en el que el juez sea efectivamente imparcial -garantía esencial que viene implícita en el art. 24.2 de la CE-, y asegurar que no se vea vulnerada la presunción de inocencia del investigado.

5.2. Fusión de los Anteproyectos de 2011 y 2013

El Anteproyecto LECRIM constituye una unión de los aspectos relevantes y más importantes de sus predecesores, los puntos mejores estructurados de ambos y los que mejor se adapten a las nuevas circunstancias y dirección que tiene este nuevo texto legislativo.

Todas estas consideraciones de los textos de 2011 y 2013, se van motivando a lo largo de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 2020, según las diferentes cuestiones que van a cambiar con la nueva regulación procesal penal.

Del Anteproyecto de 2011 se toma la enumeración de los principios generales del proceso, que se recoge en el Anteproyecto de 2020 en su Capítulo I de su Título Preliminar³¹; una explicación o citación de las funciones jurisdiccionales, -haciendo

³⁰ Anteproyecto LECRIM 2020, pp. 2.

³¹ Art. 1 principio de legalidad procesal; art. 2 principio de jurisdiccionalidad; art. 3 principio de buena fe procesal.

hincapié, por tanto, en la función imparcial del juez-; el desdoblamiento de las funciones dentro del proceso penal, para así remarcar aún más la imparcialidad -siendo utilizado en este punto la línea seguida en el Anteproyecto de 2013 de instaurar un modelo de un juez o colegiado de tres magistrados-; entre otros.

En lo que concierne a la regulación del Ministerio Fiscal, se explica que se ha tomado en consideración el Anteproyecto de 2011 para varias cuestiones:

- Se suprime la exigencia de que el Ministerio Fiscal continúe con la acción civil de resarcimiento de daños, cuando la víctima pueda reclamarla por sí misma y, por tanto, se haya personado como parte.

- Se utilizan las reglas competenciales, de fueros personales y territoriales que determinaban al juez competente para la instrucción, ahora para determinar la fiscalía que se encargue de la misma.

- Se recoge la idea de constituir equipos de fiscales, pero con diferente finalidad: si bien, en el texto de 2011 se pretendía que se constituyeran para la instrucción de un asunto complejo, en el del 2020 será para establecer *“estructuras colegiadas permanentes, capaces de actuar con autonomía plena y máxima eficiencia en relación con toda clase de delitos”*³²

- Se acentúa la dependencia que ya caracterizaba la actuación de la Policía Judicial respecto de lo ordenado por el Ministerio Fiscal, utilizándose como dependencia funcional a la hora de decidir ciertos puntos.

Todos estos puntos se desarrollan en el siguiente apartado.

5.3. El Ministerio Fiscal en el Anteproyecto de 2020

En el apartado XIX de la Exposición de Motivos del anteproyecto de 2020 se hace ya alusión a la nueva regulación sobre el Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal pasa a ser el director de la instrucción. Para su nueva actuación, se explica la necesidad de crear unos equipos fiscales dirigidos por un fiscal

³² Anteproyecto LECRIM 2020. pp. 22.

coordinador, que cuenten con autonomía, y a los cuales se unirá los cuerpos de policía, peritos y otro tipo de expertos.

Así se recoge en el Capítulo IV -El Ministerio Fiscal- en la Sección Primera denominada *funciones, facultades y principios de actuación del Ministerio Fiscal*:

El artículo 87. 2 del texto objeto de análisis establece: “*Corresponde al Ministerio Fiscal la potestad de dirigir la investigación de los hechos punibles y la de ejercitar la acción pública penal contra quienes deban responder criminalmente de ellos.*”

5.3.1. Funciones del Ministerio Fiscal en la reformada fase de instrucción del Anteproyecto LECrim 2020.

Ya hemos visto que el principio de legalidad es sustituido por el principio de oportunidad en este Anteproyecto, lo que permite al Ministerio Fiscal de realizar las diferentes funciones que se le encomiendan con esta reforma.

En primer lugar, la fase de instrucción será iniciada con el comienzo de la investigación. Según lo establecido en los artículos 550 y ss. del anteproyecto (Título IV, Cap. I), el Fiscal acordará mediante Decreto el inicio de las investigaciones, ya sea de oficio o según atestado o denuncia, exceptuando los supuestos en los que sea preceptiva querrela privada, donde se establecerá “*a) la identidad de la persona investigada, de resultar conocida, b) la de las personas ofendidas y perjudicadas, c) los hechos objeto de investigación y d) la calificación jurídica que provisionalmente pueda atribuirse a dichos hechos*” (artículo 550.2). No obstante, el Fiscal también podrá decretar el archivo de la denuncia que, podrá recurrir la parte, ante el Juez de Garantías.

Por otro lado, según el art. 553 del mismo texto, el Fiscal podrá optar por otras alternativas al inicio de la fase de investigación, donde se destaca, el inicio del proceso de justicia restaurativa, como manifestación del objetivo de este Anteproyecto, de ajustar la normativa penal española a la europea. La justicia restaurativa viene a suponer un mecanismo de resolución de conflictos, basado en la utilización de cualquier mecanismo que posibilite la restauración del derecho de la víctima que haya sido dañado, por medio de la mediación penal que, como hemos ya detallado, ya se quería implantar en los predecesores de este Anteproyecto.

Una vez practicadas las diligencias suficientes, el Fiscal convocará a la persona investigada a una primera comparecencia, donde se le informará de este hecho, así como de los derechos que le asisten y, cuya acta, se remitirá al Juez de Garantías. Todo ello, teniendo en cuenta que el Ministerio Fiscal debe cumplir con los plazos, lo cual es remarcado en el art. 560 en el cual se determina que el Fiscal no debe retrasarse en la celebración de la primera comparecencia³³.

Otra de las funciones a destacar del Ministerio Fiscal, y novedad, es la posibilidad que se le otorga al Fiscal como director de la instrucción, de iniciar el procedimiento de investigación en los casos de detención el investigado, dando instrucciones a la Policía; y de acordar la libertad del investigado cuando haya sido detenido por la Policía.³⁴

5.4. Consecuencias del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020.

5.4.1. Nuevo papel del órgano jurisdiccional: el Juez de Garantías.

Como ya hemos desarrollado a lo largo de este trabajo, el papel que se le delega al juez desde el Anteproyecto de 2011 y de 2013 -y ahora en el de 2020-, es un Juez de Garantías, lo que supone, que el Ministerio Fiscal tendrá un cierto control por parte de dicho órgano, ya que será éste el que velará porque las garantías y derechos constitucionales se garanticen en la fase de instrucción.

Ya en el Anteproyecto de 2011 se establecía la serie de funciones que tendrá dicho Juez de Garantías, la mayoría en dicho control de los derechos del investigado, ya que será el que apruebe o deniegue que se practiquen ciertas diligencias que afecten a derechos, como ya hemos citado, a la integridad física e intimidad; inviolabilidad del domicilio; y las comunicaciones del investigado; así como de la adopción de medidas cautelares que afecten a dichos ámbitos de la vida del investigado.

En el Anteproyecto LECrim 2020 se determina todo ello en su artículo 19 que adquiere la denominación de “*imparcialidad objetiva*”.

³³ También determina que, en caso de retraso injustificado de la primera comparecencia, se estará a lo dispuesto por el artículo 624 del mismo texto, que establece el sobreseimiento de la causa por retraso injustificado.

³⁴ Artículo 559 del anteproyecto de LECrim de 2020.

Así, el Tribunal de Instancia será un órgano unipersonal, ya que, según lo expuesto en el art. 28 del Anteproyecto, se constituirá por un único magistrado (el Juez de Garantías). Esto también se aplicará para las causas llevadas ante la Audiencia Nacional.³⁵

5.4.2. Cambios en la fase instrucción y fase intermedia del proceso: desdoblamiento de funciones.

Hasta este momento, la fase de instrucción y la fase intermedia de un proceso penal la ha dirigido el juez instructor encargado.

Este punto se contrapone al carácter garantista y a la pretensión de reforzar el derecho de defensa que caracteriza al nuevo Anteproyecto. Esto es así puesto que, como se entiende y se explica en el Anteproyecto, que el órgano jurisdiccional que ya ha investigado se encuentra “contaminado”, lo que no garantiza la imparcialidad que se pretende del mismo al diferenciar sus funciones de la del Ministerio Fiscal.

De esta manera, se crea un tercer sujeto: el Juez de la Audiencia Preliminar, el cual, realizará las funciones que viene desempeñando el juez de instrucción dentro de la fase de instrucción, es decir, será quien decida si se abre o no el juicio oral en la celebración de la audiencia previa, es decir, declarará motivadamente si son suficientes - o no (sobreseimiento de la causa)- los indicios de criminalidad, así como que las pruebas conseguidas a través de la investigación fundamentan dichos indicios, para iniciar la fase de enjuiciamiento del proceso.

A este respecto, en la exposición de motivos del Anteproyecto de LECrim 2020 viene a precisar que *“esta denominación no debe identificarse con un trámite procedimental de carácter necesariamente oral sino con una función de admisión y saneamiento similar a la que el procedimiento civil ordinario cumple la llamada “audiencia previa” al juicio. De ahí que se haya optado por la denominación aludida, acorde, por otra parte, con el nombre que recibe el trámite semejante que existe en la Ley del Jurado”*³⁶.

³⁵ Art. 28.3 del Anteproyecto LECrim 2020.

³⁶ Anteproyecto LECrim 2020, pp. 10

Lo que se consigue, además, con esto, es que todas las diligencias de investigación y todas las pruebas recogidas gracias a dichas diligencias lleguen de la forma más depurada³⁷ posible ante el Juez de Audiencia Preliminar³⁸

En otro orden de cosas, la idea de armonización de la normativa procesal penal con respecto a los países europeos cobra realidad en el establecimiento de un procedimiento para cooperar el Ministerio Fiscal con la Fiscalía Europea.

Este procedimiento, recogido en los arts. 818 a 835, pretende garantizar una mejor fluidez de la cooperación internacional con respecto a procesos penales internacionales, cuya competencia será la de la Audiencia Nacional, ya sea su remisión, inicio o transferencia del mismo.

De esta manera, según el art. 818.4, las comunicaciones entre el Fiscal nacional y la Fiscalía Europea se regirán por lo establecido en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y la normativa de la Fiscalía Europea.

5.4.3. Modificación de distintas leyes.

Al modificarse las funciones del Ministerio Fiscal dentro del proceso penal como hemos visto, es de esperar que su Estatuto Orgánico sea modificado y adaptarlo a la nueva situación.

Así lo dispone el Anteproyecto en su Disposición Adicional segunda, en la que se establece que el Gobierno deberá modificar dicho Estatuto, elevando al Parlamento en el plazo de un año, un proyecto de reforma de la *Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*.

Además, el desdoblamiento de funciones entre el Juez de Garantías y el establecimiento de un nuevo órgano, el Juez de Audiencia Preliminar, hacen necesaria también que se redacte en la disposición adicional primera, (también del Anteproyecto

³⁷ Remisión a lo recogido en el artículo 619 del Anteproyecto LECrim 2020: *Los materiales que las sustentan tampoco serán tenidos en cuenta por el juez a efectos de valorar la suficiencia del fundamento de la acción penal que justifica la apertura del plenario.*

³⁸ Las competencias de este órgano jurisdiccional se regulan en el artículo 29 del Anteproyecto 2020, así como en lo relativo a la Audiencia Preliminar en el Capítulo II del Título II Libro V.

2020), que sea modificada la *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* y de la *Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Planta y Demarcación Judicial*.

En esta Disposición se establece que la implantación de la nueva LECrim se realizará de manera coordinada con las Comunidades Autónomas y el Consejo General del Poder Judicial, señalando que, hasta que los órganos no se encuentren totalmente adaptados a la nueva regulación, se mantendrá vigente la aplicación de las reglas y normas competenciales establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El proceso de adaptación deberá realizarse en un periodo de tres años y se llevará a cabo en dos distintas fases en la que la primera se centrará en la integración dentro del Tribunal de Instancia, de los órganos jurisdiccionales unipersonales; y en la segunda se tendrán en cuenta en esta fase la modificación competencial de los órganos colegiados.

En las siguientes Disposiciones también se continúa estableciendo la necesidad de reformas de otras leyes como *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, de leyes especiales penales y de cuantas leyes sean contrarias a este Anteproyecto. Todo ello en el plazo de un año.

VI. Conclusiones

PRIMERA- A lo largo de este trabajo se ha remarcado la importancia de una reforma de la LECrim. 1882. A mi entender, dicha ley, a pesar de contar muchos años de vigencia, ha sido eficaz y ha cumplido su función. No obstante, entiendo el interés de reforma, ya no sólo porque los cambios que han surgido a lo largo de los años, tanto en las formas de delincuencia, como en el avance de la tecnología, -a los que el sistema procesal penal se ha intentado adaptar mediante a través de reformas parciales- y, hoy en día, en problemas sanitarios como el que estamos viviendo, suponen ser fundamentos suficientes para dicha reforma.

Y todo ello con más importancia cuando ha habido reformas de las distintas leyes procesales de otras órdenes jurisdiccionales: la *Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*; la *Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* y la *Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social*.

SEGUNDA- Como ya se ha planteado, el Anteproyecto de LECrim de 2020 es una fusión de los grandes proyectos de reforma del año 2011 y del año 2013, casualmente los dos de signo político distinto, por lo que como se ha analizado, cuentan con bastante similitud en cuanto a la intención de renovar la instrucción del proceso penal.

TERCERA- Los detractores del cambio de director de la instrucción entienden que con ello se vulnera el artículo 24.2 de la Constitución Española, ser enjuiciado por el juez legal ordinario y predeterminado. Lo que es muy importante, puesto que este derecho supone en primer lugar y lo más importante, que el ciudadano tiene derecho a que su causa sea conocida y enjuiciada por un juez, órgano jurisdiccional que pertenezca al Poder Judicial, y que, por tanto, se trate de un órgano que venga predeterminado por la ley según las normas de jurisdicción y competencia.

A lo anterior hay que añadir las notas de independencia y sumisión a la ley que son principios que rigen la función jurisdiccional de los Jueces y Tribunales y de las que no goza el Ministerio Fiscal como ya hemos indicado, ya que, el mismo es ante todo un órgano dependiente, no sólo de su Fiscal General del Estado (dependencia interna, jerárquica), sino también del poder ejecutivo (dependencia externa), ya que es el órgano que nombra y cesa al Fiscal General del Estado y que, además, puede pedir del Fiscal General del Estado que se adopten actuaciones pertinentes ante los Tribunales, en orden a la defensa del interés público. Esto supone que la nota de imparcialidad que rige la actuación del Ministerio Fiscal se vería mermada.

CUARTA- La doctrina defensora de esta reforma, entiende que no es lo mismo investigar que instruir y enjuiciar, y que es precisamente por el artículo 24 de la Constitución Española, que se debe de diferenciar ambas funciones y, mantener al Juez totalmente imparcial, de manera que ni siquiera instruya el proceso, puesto que su juicio neutral podría verse contaminado. De ahí, que la instrucción se lleve a cabo por el Ministerio Fiscal quien, no sólo ha mantenido la investigación, sino que es quien puede tener adscrita a su dirección, la Policía Judicial que, al fin y al cabo, es quien realmente practica las diligencias previas de investigación.

Consiguen más apoyo para la aplicación de esta reforma, ya no sólo con el ejemplo de la fructífera aplicación del mismo dentro del proceso de responsabilidad penal de

menores, sino del sistema procesal penal de algunos países europeos, donde ya se ha instaurado la figura del fiscal instructor.

QUINTA- Soy partidaria de los cambios, de la innovación del Derecho y de que el mismo no quede nunca rezagado y obsoleto, puesto que debe de ser capaz de solventar los problemas de la sociedad a medida de que la misma avance. Entiendo el querer cambiar la LECrim., y entiendo que la asunción del Ministerio Fiscal pueda suponer un avance al agilizar el proceso penal. Pero opino también Es por esto que, en mi humilde opinión, que este problema, (que es uno de los principales que fundamenta la creación de este Anteproyecto), pudo haberse solventado de manera más efectiva de manera previa, y que las consecuencias de esta nueva medida puede traer consigo otros problemas aparejados, como, por ejemplo, la pregunta de qué se hará con los jueces de instrucción.

A pesar de todo ello, confío en la aplicación práctica de este nuevo Anteproyecto, y que las modificaciones que se tengan que desarrollar para poder adaptar la nueva instrucción del proceso penal a la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, se puedan llegar a cabo.

VII. Bibliografía

- Benavent Cuquerella, D.: “La dirección de la investigación criminal por el Ministerio Fiscal en España: Situación actual y reformas proyectadas”. Ed. Fe d’erratas, 2014.
- García-Rostán Calvín, G.: “El Proceso Penal de Menores”. Ed. Aranzadi, S.A. Primera Edición, 2007
- Gimeno Sendra, V.: “Introducción al Derecho Procesal”. Ed. Cóllex. 9º Edición, 2014.
- Gimeno Sendra, V.: “El Ministerio Fiscal-Director de la Instrucción”. Ed Iustel. Primera Edición, 2006.
- López López, A. M.: “La Instrucción del Ministerio Fiscal en el procedimiento de menores”, Ed. Comares.
- Medina Leal J.: “Un estudio sobre el anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal. Un nuevo proceso penal”. Docta Ignorancia Digital, 2013; ISSN 1989 – 9416. Año IV, núm. 4.

- Roure Gardó, A.: “El principio de oportunidad del Ministerio Fiscal y sus manifestaciones en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.
- Salom Escrivá, J. S.: “Justicia Penal de Menores y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2002.
- Vecina Cifuentes, J. y Vicente Ballester, T.(2018, mayo): “Las manifestaciones del principio de oportunidad en el proceso penal español”. Revista Derecho & Sociedad, nº 50.

Artículos digitales:

- García Moreno, J.M. (2010, 02 de noviembre): “Reflexiones sobre el modelo procesal penal español en la fase previa al juicio oral”. Recuperado de: <https://elderecho.com/reflexiones-sobre-el-modelo-procesal-penal-espanol-en-la-fase-previa-al-juicio-oral>
- Todolí Gómez, A.: “Reflexiones sobre la aplicación del principio de oportunidad en el proceso penal y su ejercicio por Ministerio Fiscal”. Noticias Jurídicas. 1 de octubre de 2008. Recuperado de: <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4407-reflexiones-sobre-la-aplicacion-del-principio-de-oportunidad-en-el-proceso-penal-y-su-ejercicio-por-ministerio-fiscal/>

Sitios web:

- www.mjusticia.gob.es
- www.lamomcloa.gob.es
- www.boe.es
- www.vLex.es
- www.noticias.jurídicas.com