



Universidad  
de La Laguna  
Facultad de Derecho



Grado en: Derecho  
Facultad de Derecho  
Universidad de La Laguna  
Curso 2013/ 2014  
Convocatoria: Septiembre

El Ministerio Fiscal como instructor: un análisis de sus ventajas y de sus inconvenientes  
The prosecution as an instructor: an analysis of its strengths and disadvantages.

Realizado por la alumna Laura Montesinos Plasencia

Tutorizado por la Profesora Alicia González Navarro

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

Área de conocimiento: Derecho Procesal

## ABSTRACT

The attribution to the Public Prosecutor of the instruction is a controversial issue that has been debated for a long time, and has emerged as a result of the proposed Criminal Procedure Code by the Government.

So far the prosecution had the task of overseeing the work of the judge at the time of instruction, as well as acting as procedural part, but with this new model proposed a radical change at the time of carrying out the instruction is attempted, attributing this role to the Prosecutor. Several arguments are given to defend this new role of the Prosecutor, such as streamlining the instruction, the consolidation of the accusatory principle or the strengthening of the principle of impartiality. But these arguments are opposed by a part of the doctrine, criticizing. Not only the arguments outlined above are highlighted, but are outstanding the consequences that the constitutional principles of the Public Prosecutor would cause over the work they have to play, especially troubling dependence and unity of action.

## RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

La atribución al Ministerio Fiscal de la instrucción es un tema controvertido que se ha debatido durante mucho tiempo, y que ha resurgido a raíz de la propuesta de Código Procesal Penal por parte del Gobierno.

Hasta ahora el Ministerio Fiscal había tenido la función de supervisar la labor del juez a la hora de la instrucción, así como actuar como parte procesal, pero con este nuevo modelo propuesto se intenta un cambio radical a la hora de llevar a cabo la instrucción, atribuyéndole dicho papel al Fiscal. Son varios los argumentos que se brindan para defender este nuevo papel del Fiscal, tales como la agilización de la instrucción, la consolidación del principio acusatorio o el fortalecimiento de la imparcialidad. Pero estos argumentos encuentran oposición en una parte de la doctrina, que los critica. No solo se resaltan los razonamientos antes señalados, sino que también se destaca la consecuencia que tendrían los principios constitucionales del Ministerio Fiscal sobre el trabajo que deberían desempeñar, preocupando especialmente la dependencia y unidad de actuación.

## Índice:

|  |    |
|--|----|
| 1. Introducción.....   | 4  |
| 2. Antecedentes legislativos.....  | 4  |
| 3. La labor del Ministerio Fiscal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal...  | 8  |
| 4. Modificación del papel del Ministerio Fiscal en la fase de instrucción del proceso penal y sus consecuencias..... | 9  |
| 4.1. Agilización de la instrucción.....  | 9  |
| 4.2. Consolidación del principio acusatorio.....   | 13 |
| 4.3. Fortalecimiento de la imparcialidad en la investigación.....  | 14 |
| 5. Principios funcionales del Ministerio Público.....  | 15 |
| 5.1. ¿Dependencia o independencia?.....  | 15 |
| 5.2. Legalidad.....  | 17 |
| 6. La necesaria intervención del juez en la instrucción: juez de garantías.....                                      | 18 |
| 7. Predecesor en España: el Fiscal de Menores.....   | 19 |
| 8. Medidas complementarias al nuevo Código Procesal Penal respecto del Ministerio Fiscal.....                        | 22 |
| 9. Conclusiones.....   | 24 |
| Bibliografía.....  | 27 |

## 1. Introducción

La atribución de la instrucción al Ministerio Fiscal es un tema que, si bien ha renacido en los últimos meses debido al proyecto de Código Procesal Penal hecho público recientemente, no es –ni mucho menos– nuevo.

Con este trabajo se pretende, en este momento en el que el Gobierno ha dado el paso de crear un proyecto de Código Procesal Penal en el que asigna al Ministerio Público la instrucción - al margen de que su aprobación llegue o no a producirse -, llevar a cabo un estudio acerca de las características y consecuencias que podría traer dicho intercambio de papeles entre jueces y fiscales, así como el antecedente existente en nuestro país, es decir, el proceso de menores, y de las posibles alternativas a la atribución al fiscal de la labor instructora.

## 2. Antecedentes legislativos

El Ministerio Fiscal es un órgano del Estado cuya misión radica en la promoción de la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos del ciudadano y del interés público tutelado por la Ley, velar por la independencia de los Tribunales y procurar la satisfacción del interés social ante los mismos<sup>1</sup>.

Históricamente, se ha afirmado que los orígenes del Ministerio Fiscal se remontan a 1835, con el *Reglamento provisional para la Administración de Justicia*, donde se sentó una organización lo suficientemente sólida como para hablar de la existencia del Ministerio Público, y se instauraron los principios de dependencia jerárquica e imparcialidad que hasta el día de hoy perduran. Tras ello, la siguiente gran reforma que afectó al cuerpo de fiscales fue la *Ley provisional sobre organización del Poder Judicial* de 1870, que atribuye al Ministerio la labor de vigilancia de la Administración Pública, el ejercicio de la acción de la justicia y el papel representante del Gobierno en las relaciones con el Poder Judicial. No fue hasta 1926 cuando surgió su primer Estatuto Orgánico, que se vio derogado posteriormente por la Ley 50/1980 que aprobó el Estatuto Orgánico que hoy en día, al margen de las modificaciones que ha

---

<sup>1</sup> FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Juan Manuel (Coord.), *Diccionario Jurídico*, 5ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009, p. 578.

sufrido, sigue vigente, y que resulta ser el desarrollo del artículo 124 de la Constitución Española de 1978<sup>2</sup>.

Como consecuencia de las novedades legislativas, el Ministerio Público ha visto ampliadas sus competencias en el proceso penal a lo largo de los años.

La principal reforma de sus competencias llegó con la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, mediante la cual se creaban los Juzgados de lo Penal y Centrales de lo Penal, de la misma forma que se introducían nuevos preceptos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, creando el proceso abreviado. Con este proceso se pretendió instaurar un procedimiento reducido respecto del ordinario, con ámbito competencial propio<sup>3</sup>, más rápido y cuyas actuaciones se vieses simplificadas<sup>4</sup>.

Pero no solo se introdujeron novedades procesales, sino que, además, se le otorgaron nuevas funciones al Ministerio Fiscal. Novedades tales como la posibilidad de darle instrucciones directas a la policía judicial, ya fuesen generales o particulares, para el correcto desempeño de las funciones del Fiscal, y en vistas de la protección de las garantías procesales de las partes. Las órdenes que pueda instruir a la policía judicial no solo se centran en el correcto funcionamiento del Ministerio Público, sino que, en caso de que el Ministerio Fiscal conozca de algún hecho delictivo, o algún hecho que aparente serlo, podrá pedir diligencias de investigación a dicho cuerpo policial, o incluso llevarlas a cabo él mismo, con el objetivo de determinar si efectivamente existen los indicios necesarios para corroborar la ilicitud de lo ocurrido, pudiendo intervenir

---

<sup>2</sup> Artículo que pretendió desvincular al Ministerio Fiscal del Poder Ejecutivo incluyéndolo en el Capítulo dedicado al Poder Judicial, pero que realmente no llegó a terminar de romper dicha relación. La importancia de este precepto radicó, además, en la determinación de los principios del Ministerio Público, dándoles protección constitucional: dependencia jerárquica, unidad de actuación, legalidad e imparcialidad.

<sup>3</sup> Según los arts. 14 y 757 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, conocerá de los delitos castigados con penas no superiores a 9 años de privación de libertad, o de cualquier otra que posea distinta naturaleza, independientemente de su duración o cuantía.

<sup>4</sup> Así, encontramos varios ejemplos de simplificación a lo largo del texto legal, tales como: el tratamiento más ágil de las cuestiones de competencia, recogido en el art.759 LECrim; o la supresión del auto de procesamiento, sustituyéndolo por un auto de imputación formal, donde se atiende a la estimación de indicios de criminalidad suficientes, que aparecen a raíz de la práctica de las diligencias previas que derivan en el proceso abreviado, complementándose con los escritos de acusación de las partes, peritos sin titulación, intérpretes.

también en las actuaciones, y aportar pruebas para garantizar también la contradicción, principio básico del proceso.

Posteriormente, en el año 2002, con la Ley 38/2002, de 24 de octubre, le fueron encomendadas nuevas funciones al ministerio fiscal, con la implantación del enjuiciamiento rápido, experimentando un aumento de competencias respecto de las diligencias urgentes mediante una participación activa en las mismas, como establece el artículo 797 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>5</sup>.

Por su parte, como consecuencia de la gran preocupación social respecto de la violencia de género, llegó la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, implantando medidas de protección de la mujer, y nuevamente se le atribuyeron nuevas tareas al Ministerio Fiscal, recogidas en los artículos 70, 71 y 72, donde se reescriben los artículos 18, 18 quáter y 22 del Estatuto Orgánico del mismo, creando la figura del Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer, las secciones especializadas en esta materia en los Tribunales Superiores de Justicia y las Audiencias Provinciales, y la posibilidad de enviar delegados de la jefatura de la fiscalía si resulta conveniente por motivos de carga de trabajo u organización respecto de la materia de violencia de género.

Concretamente, en el primer caso, la Ley otorga al Ministerio Fiscal la posibilidad de practicar las diligencias que en su Estatuto Orgánico vienen recogidas<sup>6</sup>, como las de investigación del hecho delictivo, respecto de los delitos que la Ley Orgánica del Poder Judicial recoge en su artículo 87.ter<sup>7</sup>, así como intervenir en los

---

<sup>5</sup> Mediante las mismas se pretende recabar, entre otras y con la mayor celeridad, los antecedentes penales del detenido o persona imputada, así como obtener otros datos que puedan resultar relevantes para la calificación jurídica del delito. También encontramos la toma de declaración al detenido, o de aquellas personas que hayan comparecido en el juzgado a raíz del atestado policial a partir del cual se incoa el proceso, así como la declaración de los testigos, o la práctica de la rueda de reconocimiento en el caso de ser necesaria, careos de testigos o citación de personas cuya presencia estime el juez como necesarias, así como la práctica de cualquier otra diligencia que pueda ser realizada durante el servicio de guardia del Juzgado de Instrucción. Todo ello recogido en el artículo 797 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

<sup>6</sup> En su artículo 5: recibir denuncias; llevar a cabo u ordenar diligencias, salvo en los casos en los que se trate de limitar derechos; llevar a cabo diligencias con el objetivo de facilitar el ejercicio de sus funciones; transcurrido el plazo de la investigación, y si efectivamente existen hechos ilícitos, podrá formular querrela o denuncia para proceder a la incoación del proceso.

<sup>7</sup> Actos que se refieren a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que la víctima sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado

procesos pertenecientes al orden jurisdiccional civil que el apartado segundo del citado artículo establece, a la par que actuar en los procesos civiles sobre materias correspondientes al derecho de familia<sup>8</sup>. Otra de las importantes atribuciones al Ministerio Fiscal se basa en la labor de revisión respecto del trabajo que las secciones de Violencia sobre la Mujer de la Audiencia Provincial y del Tribunal Superior de Justicia llevan a cabo, así como coordinar la actuación de las mismas.

Por otro lado, en el año 2000 se aprobó la Ley Orgánica de Responsabilidad del Menor 5/2000, de 12 de enero, mediante la cual se configuró un proceso ordinario en virtud del que es posible determinar la responsabilidad penal de los menores cuya edad esté comprendida entre los 14 y los 18 años. La gran novedad que introduce esta Ley en relación con el tema que nos ocupa reside en la atribución al Ministerio Fiscal de la instrucción en los casos en los que intervengan menores para determinar su responsabilidad penal y civil respecto de los hechos delictivos, establecido en el artículo 6 de dicha norma, donde además de la instrucción se le encomienda la defensa de los derechos del menor. Concretamente, respecto de la instrucción, el artículo 16.1 de la citada Ley le otorga expresamente esta tarea, añadiendo, en el artículo 23, la determinación del objeto de la instrucción<sup>9</sup>. Una importante limitación se puede observar en el apartado tercero del mencionado artículo, puesto que no se permite que el Ministerio Fiscal adopte diligencias que puedan restringir derechos fundamentales, siendo necesaria la intervención del Juez de Menores, y estableciendo así los antecedentes de la propuesta de cambio de papel del fiscal en el proceso penal que se ha plasmado en el proyecto de Código Procesal Penal.

---

ligada por análoga relación de afectividad al agresor, aun sin convivencia, o sobre menores o incapaces que convivan con el agresor, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.

<sup>8</sup> Filiación, maternidad y paternidad; nulidad matrimonial, separación y divorcio; casos que versen sobre relaciones paterno filiales; adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar; aquellos casos que versen únicamente sobre guardia y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados a un progenitor contra otro en nombre del hijo; casos de necesario asentimiento en la adopción; oposición respecto de resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

<sup>9</sup> El objeto de la instrucción en el proceso de menores será la determinación de la participación del sujeto en los hechos delictivos con el objetivo de sancionarlo.

### 3. La labor del Ministerio Fiscal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Además de la labor propia que desempeña a lo largo de la fase de instrucción, el Ministerio Fiscal también tiene la función de velar por el correcto funcionamiento de la actividad de Jueces y Magistrados, así como por la defensa de la independencia judicial que el artículo 14.2 LOPJ les atribuye. Pero su actividad no se limita a estos dos aspectos, el artículo 3 del su Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF) despliega un amplio catálogo de los cometidos que le han sido otorgados al Ministerio Público, como la intervención en el proceso penal, instando la adopción de medidas y la práctica de diligencias necesarias, tales como la intervención de las comunicaciones o la entrada y registro, velar - como parte procesal<sup>10</sup>, <sup>11</sup> que es - por el cumplimiento de las resoluciones que tengan interés público, o procurar también la protección de víctimas, testigos y peritos, incentivando los mecanismos que para la misma se establecen. No obstante, la función primordial ejercida por parte del Ministerio Fiscal no es otra que el ejercicio de la acción penal y civil, que recoge el apartado 4º del artículo 3 del EOMF.

Centrándonos en primer lugar en la fase de instrucción, el Ministerio Público tiene actualmente una doble función en esta etapa del proceso: por un lado tiene el deber de ejercer una labor de supervisión respecto del avance de dicha fase procesal, como bien indica el artículo 306 de la LECrim, esta labor inspectora exime al Ministerio fiscal de la presentación de querrela para constituirse como parte en la mayoría de los casos, salvo que la Ley determine la obligación de su presentación<sup>12</sup>. Por otro lado, actúa como parte acusadora, obrando en favor de los intereses de la misma a la hora de desempeñar dicho papel.

---

<sup>10</sup> Parte procesal que, además, como la propia constitución reconoce en su artículo 124, es imparcial, aspecto que será tratado en el apartado 4.3 de este trabajo.

<sup>11</sup> Con esta característica del Ministerio Fiscal se observa la particularidad de esta institución en nuestro ordenamiento jurídico respecto de otros países, atendiendo al derecho comparado, como puede ser Alemania. En este país el Ministerio Público no es parte en el proceso, sino autoridad de la Administración de Justicia, precisamente debido a su labor como investigador de los hechos, investigación que podrá encauzarse en favor de la acusación o en favor del inculpado.

<sup>12</sup> Casos como los procesos por delitos semi-públicos, donde es la víctima quien tiene la capacidad de incoar o no el proceso mediante la denuncia. En dichos casos es obligatoria la intervención del Ministerio Fiscal mediante querrela, como bien expone el art. 105 en relación con el 271 de la LECrim.



También es el propio Ministerio, además de la autoridad judicial y de la policía judicial, el que puede recoger denuncias o querellas, pudiendo llevar a cabo una investigación preliminar, limitada, para verificar si existe o no hecho delictivo, en cuyo caso daría parte a la autoridad judicial para que pudiese incoar el proceso pertinente.

Seguidamente, la LECrim otorga al Fiscal la capacidad de practicar diligencias de investigación, dando órdenes a la policía judicial, siempre que no sean medidas limitativas de derechos, como por ejemplo la adopción de la prisión provisional, registros y cacheos, inspecciones corporales, o de entrada y registro, monopolizada por el juez a petición de partes. Dicha dependencia de la policía judicial respecto del Ministerio Fiscal viene reflejada en los arts. 283 a 287 de la citada Ley.

#### **4. Modificación del papel del Ministerio Fiscal en la fase de instrucción del proceso penal y sus consecuencias**

La atribución al Ministerio Fiscal de la instrucción de los casos supone la modificación de las funciones y el papel del Fiscal, lo cual lleva consigo varias consecuencias, que han recibido un amplio tratamiento por parte de la doctrina, aportando argumentos de los que no se ha podido corroborar todavía su certeza, puesto que, si bien en los países de nuestro entorno puede haber funcionado este método para la instrucción, los efectos no se conocerán verdaderamente hasta el momento en el que esta medida se ponga realmente en práctica. De entre dichas consecuencias destacan las tres que a continuación se tratan.

##### **4.1. Agilización de la instrucción**

Una de las ventajas que se atribuyen al modelo de la instrucción por parte del Ministerio Fiscal es la relativa a la agilización que supone con respecto al sistema actual, la cual contribuiría a descongestionar los juzgados<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Como ejemplos: GIMENO SENDRA, Vicente, *La reforma de la LECRIM y la posición del M.F. en la investigación penal*, Iustel, Madrid, 2006, pp. 37-38; LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo, *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su estatuto orgánico*, Madrid, La Ley, pp. 147-150; BASTARRECHE BENGOA, Tomás, “Jueces y Fiscales ante la instrucción. Cuestiones constitucionales”, *Revista de estudios jurídicos*, n° 160, 2013, p. 113.

Cierto es que en el sistema vigente, el utópico plazo de un mes para la conclusión de la investigación no se cumple prácticamente nunca, pudiendo llegar a prolongarse la fase de instrucción incluso durante años, y como ejemplo de ello tenemos la recientemente concluida instrucción del caso “Nóos” el pasado mes de junio, cuya duración superó los tres años, o también la practicada en el caso de los ERES fraudulentos en la Comunidad Autónoma de Andalucía, que también ha superado los tres años, o el “caso Gürtel”, que llegó a los cinco años de instrucción. Este retraso en la labor instructora del juez se debe a varias causas:

- Por un lado, a la sobrecarga de trabajo que existe actualmente en los juzgados de instrucción de nuestro país, que ven superadas sus posibilidades;
- Por otro lado, como señala GIMENO SENDRA, existe una “*escasa preparación investigadora de nuestros jueces*”, así como la imposibilidad de apremiarles a la conclusión de la investigación cuando sea necesario por su independencia<sup>14</sup>.
- Otro motivo de la lentitud se ha querido ver en la exhaustividad con la que el juez pretende llevar a cabo la investigación pues, según apunta LANZAROTE MARTÍNEZ, el mismo “*desconoce cuándo se han obtenido los elementos suficientes para formular la acusación*”<sup>15</sup>.

En relación con la exhaustividad, el juez instructor lleva a cabo una profunda labor que es necesaria para poder averiguar la verdad sobre los hechos y llegar a una conclusión acerca de la apertura o no del juicio oral. Discernimiento que es, además, el objetivo primigenio de la apertura de la instrucción, esto es, la búsqueda del conocimiento más completo respecto de los hechos acontecidos, como bien señala MONTERO AROCA<sup>16</sup>, estando al servicio de las partes, y no de la acusación por parte del Ministerio Público.

---

<sup>14</sup> GIMENO SENDRA, Vicente, *La reforma de la LECRIM y la posición del M.F. en la investigación penal*, Iustel, Madrid, 2006, p. 37.

<sup>15</sup> LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo, *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su estatuto orgánico*, 1ª ed., La Ley, Madrid, 2008, p. 147.

<sup>16</sup> MONTERO AROCA, Juan, “La investigación penal: ¿jueces o fiscales?”, *Revista del Poder Judicial*, nº92, 2011, p. 31.

Probablemente la unificación de la labor instructora y acusatoria agilizaría el proceso, pero surgiría un gran inconveniente, pues esto llevaría a la pérdida de garantías procesales, ya que la instrucción por parte del Ministerio Fiscal no estaría dirigida al conocimiento de los hechos en su conjunto, sino de una forma parcial, pues el objetivo radicaría en la preparación de la acusación que el fiscal ejercería en caso de que hubiese fase de enjuiciamiento, quebrantándose el principio de igualdad de armas. Por tanto, y haciendo alusión a la anterior afirmación de LANZAROTE MARTÍNEZ, el Ministerio Fiscal determinaría el momento en el que cuenta con elementos suficientes a favor del ejercicio de la acusación, no llevando una labor completa como la que podría ejercer el juez instructor, ajeno a los intereses de las partes. Llegados a este punto, se plantea también la cuestión de qué ocurriría con la defensa, cómo se prepara la misma si la investigación se ha desarrollado, además, buscando datos que únicamente la perjudiquen, creando una gran indefensión para esta parte procesal.

Por otro lado, la dirección de la instrucción que pretende otorgarse al Ministerio Fiscal, no está exenta de factores dilatorios. Respecto de los mismos, como bien apunta CABEZUDO RODRÍGUEZ<sup>17</sup>, podemos hablar de la “*fragmentación*” que sufriría la instrucción a la hora de la intervención del necesario juez de garantías<sup>18</sup>, ya que habría que esperar a la decisión de este respecto de las medidas restrictivas de derechos que el Fiscal deberá solicitarle, así como las medidas de aseguramiento de la prueba y la apertura del juicio oral, decisiones éstas que no pueden ser adoptadas por el Fiscal.

Especial atención merece el argumento, cierto, de la actual sobrecarga de trabajo que existe en nuestro sistema judicial, pero que probablemente no se solucionaría atribuyéndole la instrucción a un Ministerio Fiscal que actualmente, contando además con los recortes en justicia y sumado al escaso cupo de plazas para ingresar en el cuerpo de fiscales que se convocan cada año<sup>19</sup>, no podría abarcar la instrucción de todos los

---

<sup>17</sup> CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, “Sobre la conveniencia de atribuir la instrucción penal al Ministerio Fiscal”, *Revista jurídica de Castilla y León*, nº14, 2008, p. 200.

<sup>18</sup> Figura que será tratada más adelante en el epígrafe 5º.

<sup>19</sup> 50 en la última convocatoria según el Acuerdo de 29 de enero de 2014 de la Comisión de Selección a la que se refiere el artículo 305 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por el que se convocan pruebas selectivas para la provisión de plazas de alumnos de la Escuela Judicial, para su posterior acceso a la

casos por la sencilla razón de que existe falta de personal, y de que dicha instrucción no sería la única labor que los Fiscales deberán llevar a cabo: sostener la acusación en el juicio oral o atender a los juicios civiles de familia en los que intervengan menores.

Respecto de la imposibilidad de apremiarlos a la conclusión de la instrucción, muy acertado es el argumento que ofrece GARBERÍ LLOBREGAT<sup>20</sup>. Efectivamente, tal y como afirma este autor, no puede apremiarse a un juez dada su independencia reconocida constitucionalmente en el artículo 117 de la misma, pero cierto es también que ese mismo artículo proclama la sumisión de los Jueces y Magistrados a la Ley, y es la misma la que puede – y tal vez debe – señalar plazos límite para lograr el fin de la instrucción. Si bien actualmente existe un plazo de un mes señalado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el mismo es prorrogable mientras se justifique la imposibilidad de clausurar la etapa inicial del proceso. Si se eliminase cualquier posibilidad de prórroga, la conclusión sería inevitable una vez cumplido el plazo.

Por último, la escasa preparación del juez para llevar a cabo la investigación de la que hablan varios autores, si bien puede ser cierta, la misma se puede señalar también respecto del Ministerio Fiscal, que no tiene una formación específica al respecto. Además, en este momento es conveniente llevar a cabo un análisis de lo que es la investigación, que no coincide con el concepto de instrucción. La investigación supone el conjunto de actividades que se llevan a cabo con el objetivo del esclarecimiento de los hechos, y que realiza – ya sea la instrucción por parte del Ministerio Fiscal como si lo fuese por parte del juez – la policía judicial, que es el cuerpo que posee esa formación específica en la materia; sin embargo la instrucción, que es la labor que se pretende lleve a cabo el Ministerio Fiscal, supone preparar el juicio oral, o bien impedir que el

---

Carrera Judicial por la categoría de Juez, y plazas de alumnos del Centro de Estudios Jurídicos, para su posterior ingreso en la Carrera Fiscal por la categoría de Abogado Fiscal, publicado el 31 de enero de 2014 en el BOE, lo que además de ser notablemente inferior a las ofertadas en los anteriores convocatorias que llegaron a las 150 plazas en 2011 - recogido en el Acuerdo de 31 de enero de 2011, de la misma Comisión de selección, y que apenas puede cubrir las bajas del cuerpo por causa de jubilación, que además se establece como obligatoria al llegar a cierta edad.

<sup>20</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, José, “¿Fiscal instructor?: pocas ventajas y un enorme inconveniente”, *Revista jurídica de Castilla y León*, nº14, 2008”, p. 181.

mismo llegue a abrirse, como bien señala MONTERO AROCA<sup>21</sup>. Por ello, ni el fiscal ni el juez instructor tienen la preparación necesaria para llevar a cabo esta investigación.

#### 4.2. Consolidación del principio acusatorio

Una de las mayores virtudes que se predicaban de la reforma del papel del Ministerio Fiscal es que se separaría definitivamente la actividad instructora de la decisora que se lleva a cabo en el juicio oral, otorgando instrucción y conocimiento a dos cuerpos distintos, es decir, Ministerio Fiscal y Juez respectivamente. Pero lo cierto es que, con el sistema actual, se cumple con dicho principio, ya que el conocimiento de ambas etapas procesales se otorga a dos jueces distintos.

Ahora bien, existe una visión contraria a este argumento, defendida por varios autores entre los que se encuentra GIMENO SENDRA, que entiende que la atribución al Fiscal de esta función, al ser el órgano que formula la acusación el mismo que solicita la apertura de juicio oral y que además recoge los elementos necesarios en la instrucción, conllevaría la consolidación definitiva de este principio.

Este argumento también entiende que con ello se produciría el fortalecimiento del principio acusatorio debido a la concentración de toda la práctica de la prueba en el juicio oral, dada la imposibilidad que tendría el fiscal de practicarla por carecer de la independencia necesaria. Si bien aquí nos planteamos qué ocurriría con las pruebas anticipadas, actividad probatoria que se lleva a cabo antes de la fase decisoria porque la prueba peligra de tal manera que sería imposible llevarla a cabo en la vista, pudiendo afectar gravemente al buen curso del proceso. Es debido a ello imprescindible la presencia de un juez, llamémoslo de garantías, para poder llevar a cabo estos actos probatorios, e imposibilitando la concentración total de dicha labor en el juicio oral, no pudiendo lograrse la concentración de la práctica de la prueba en la vista y por lo tanto no contribuyendo a ese fortalecimiento de tan importante principio como defiende GIMENO SENDRA.

---

<sup>21</sup> MONTERO AROCA, Juan, “La investigación penal: ¿jueces o fiscales?, foro de opinión”, *Revista del Poder Judicial*, nº 92, 2011, p. 31.

### 4.3. Fortalecimiento de la imparcialidad

Lo primero que debemos llevar a cabo es un análisis que nos permita distinguir efectivamente entre imparcialidad y principio de imparcialidad. La primera es una “*institución jurídico-penal*” estrechamente vinculada al proceso – hasta tal punto que sin él no existiría esta imparcialidad –, que adquiere como objetivo la búsqueda de la objetividad en el sujeto que debe ejercer la misma, para lograr la resolución de conflictos, actuando como tercero, y además, siendo únicamente atribuible al juez. Sin embargo, el principio de imparcialidad es más una idea que una realidad, que carece de contenido concreto, y que puede aplicarse a figuras, como el Ministerio Fiscal, que nada tienen que ver con la actividad de enjuiciamiento.

La imparcialidad que se le reconoce al Ministerio Público es un tanto particular, ya que no es individualmente ejercida, sino colectivamente, fuertemente influida por el principio de dependencia jerárquica y de unidad. La imparcialidad del Ministerio Fiscal, por tanto, no se refiere a la actuación que pueda llevar a cabo uno de los fiscales autónomamente, sino a la objetividad en sus actuaciones llevadas a cabo con unidad. Como bien señala BASTARRECHE BENGEOA, el Fiscal tendrá que actuar “*guiado por una posición colectiva, orgánica y de conjunto*”<sup>22</sup>.

Este principio, según una parte de la doctrina compuesta, entre otros, por autores como LANZAROTE MARTÍNEZ, GIMENO SENDRA O BASTARRECHE BENGEOA, se vería reforzado con la instauración del Fiscal instructor. La causa del resentimiento de la imparcialidad en la actual instrucción se basa en la adopción de medidas cautelares, limitadoras de derechos, que llevan a cabo los jueces de instrucción, ya condicionados por las convicciones que surgen de la investigación previa que han llevado a cabo, y que en el nuevo sistema, al adoptarlas un juez ajeno a dicha investigación, serían verdaderamente imparciales.

Pero se cuestiona la actuación imparcial que pudiese tener el Ministerio Fiscal a la hora de llevar a cabo la instrucción de la causa, pues como ya se mencionó antes en el aspecto de la agilización del proceso, la misma la llevaría a cabo con el objetivo de recabar pruebas para sustentar su acusación, por lo tanto parcialmente y siguiendo sus

---

<sup>22</sup> BASTARRECHE BENGEOA, Tomás, “Jueces y fiscales ante la instrucción. Cuestiones constitucionales”, *Revista de estudios jurídicos*, nº 160, 2013, p. 123.

intereses. Por ello, y respecto de esta fase, no estoy de acuerdo con que con ello se produzca el fortalecimiento del principio, puesto que lo que se pretende de igual forma se podría conseguir, utilizando el argumento ya citado de GARBERÍ LLOBREGAT, introduciendo en el proceso un tercer juez que se ocupe de la autorización de las medidas cautelares limitativas de derechos.

## 5. Principios funcionales del Ministerio Público

Como bien es sabido, el Ministerio Fiscal se rige por cuatro principios básicos enumerados por la Constitución Española de 1978, en su artículo 124: dependencia jerárquica, unidad de actuación - ambos estrechamente vinculados - imparcialidad y legalidad. El más controvertido de ellos respecto de la reforma de la atribución al Fiscal de la fase de instrucción es la dependencia jerárquica, que en última instancia supone un vínculo con el ejecutivo.

### 5.1. ¿Dependencia o independencia?

El principio de dependencia viene establecido en el artículo 124 de la Constitución Española (CE). Esta dependencia jerárquica supone que los integrantes del Ministerio Fiscal tendrán que seguir las instrucciones que los superiores les impartan, encontrando en su cúspide al Fiscal General del Estado (FGE)<sup>23</sup>.

Una de las cuestiones más controvertidas respecto de la reforma de la función del Ministerio Fiscal en la instrucción ha sido precisamente este punto. ¿Es adecuado un Ministerio Fiscal dependiente jerárquicamente, o es una mejor opción la dotación de independencia para el mismo?

---

<sup>23</sup> Como breve apunte, el Fiscal General del Estado es la figura máxima del Ministerio Fiscal, representante del mismo, que líder la Fiscalía General del Estado, y electo por parte del propio Rey a propuesta del Gobierno, previa valoración de idoneidad por la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados, característica controvertida que trae polémica, dada la dependencia del ejecutivo que ello implica. Esta figura se rige por los mismos principios que la institución del Ministerio Fiscal, si bien respecto de su independencia, el Gobierno puede “interesar” del Fiscal General del Estado la promoción de actuaciones determinadas para obrar en favor del interés público, y pudiendo ser rechazadas motivadamente por parte del mismo.

El Fiscal General del Estado puede emitir órdenes, ya sean de carácter general como de carácter específico, respecto de las actuaciones del resto de integrantes del cuerpo fiscal mediante instrucciones y circulares, así como pedir resolución sobre la actuación a llevar a cabo en determinados casos mediante la figura de la consulta.

Esta controversia la genera la supeditación al Gobierno que existe por parte del Fiscal General del Estado, pero lo cierto es que otorgarle independencia al Ministerio no sería quizás la mejor opción, pues se trataría de una figura similar a la del cuerpo de jueces que actualmente lleva a cabo la fase instructora, y perdería por tanto el sentido de la reforma en la atribución de la instrucción, pues se equipararían Jueces y Fiscales.

La dependencia jerárquica del Ministerio Fiscal supone que, junto al principio de unidad, al que tan estrechamente unido se encuentra, cualquier orden recibida por parte de un superior debería ser acatada obligatoriamente por el Fiscal, aunque no la considere como la más razonable, la más justa, o la más adecuada para el caso concreto, algo que queda perfectamente ilustrado mediante el artículo 92.1.II del Reglamento 437/1969, donde establece que deberán “*cumplir exacta y lealmente las instrucciones que sus superiores jerárquicos le comuniquen*”. El Fiscal que se ve forzado a acatar las instrucciones de un superior puede impugnarlas mediante un informe razonado, que deberá entregar a su superior jerárquico, con base en lo dispuesto en el artículo 27 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en caso de que dicho informe no se ratifique por parte del superior, podría llegar a encomendarse a otro Fiscal la labor de mantener la acusación en ese determinado caso, e incluso en casos más graves suponer su traslado.

La dependencia que actualmente existe incita al control por parte del ejecutivo de la actividad del Ministerio Fiscal. Y esta conexión no solo se encuentra en el hecho de que el FGE sea elegido a propuesta del Gobierno, señalando por tanto a un sujeto que comparte los ideales del partido político, sino que puede llevar a cabo sugerencias al Ministerio Fiscal que podrían poner en peligro procesos, dado el poder de archivo de casos, que aunque limitado, tendría el Fiscal. Por lo tanto, dicha dependencia tampoco es la más conveniente de las opciones y demuestra el fuerte efecto que los principios de dependencia y unidad ejercen sobre el Ministerio Público, y el peligro que supone dejar en manos de este la instrucción de un proceso penal.

Sin embargo, al margen de la sujeción interna y externa que pueda existir en la fiscalía, podríamos encontrar otras alternativas menos gravosas, y buenos son los ejemplos que propone GARBERÍ al aludir a la búsqueda del “*modo de objetivizar al máximo la dependencia del Fiscal del Poder Ejecutivo, potenciando la autonomía de*



este último, exigiendo que todas las comunicaciones entre uno y otro fuesen públicas”<sup>24</sup>, o una medida más directa, como la imposibilidad de acordar el sobreseimiento de la causa sin haber pasado previamente por el análisis del juez de garantías.

## 5.2. Legalidad

El último de los principios básicos señalados constitucionalmente, y que vamos a tratar, es el de legalidad, sobre el cual puede tener un reflejo importante la modificación de las funciones del Ministerio Fiscal que debe llevarse a cabo con el objetivo de atribuirle la dirección de la fase de instrucción.

El principio de legalidad informa la actividad del fiscal, y supone la sujeción del Ministerio Fiscal a las normas del ordenamiento jurídico, de la misma manera que están sujetos los Jueces y Magistrados.

Es interesante la perspectiva de BASTARRECHE<sup>25</sup> respecto del principio de legalidad, quien lo entiende como una garantía a la autonomía del Ministerio Fiscal y de sus miembros, ya que existe una dependencia del Ministerio Público al ejecutivo, y este principio evita actos que se separarían de lo que las leyes determinan, “*crea una protección en la actuación del MF y de cada Fiscal*”, pues obliga al Ministerio Público a llevar a cabo su actividad siempre bajo las directrices de la Constitución Española, las leyes y demás normas del ordenamiento jurídico, como se deriva del artículo 124 CE y del artículo 7 EOMF.

Tradicionalmente se han entendido opuestos los principios de legalidad y oportunidad, y lo cierto es que este último ha ido encontrando lugar en los últimos tiempos en nuestro ordenamiento jurídico, suponiendo, en cierta medida, la disposición del proceso penal, siempre que se den las características que en la norma se establecen. Aunque también en el proceso penal ordinario encontramos manifestaciones de este principio, con la figura de la conformidad, que supone el fin del proceso cuando se den

<sup>24</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, José, “¿Fiscal instructor?: pocas ventajas y un enorme inconveniente”, *Revista jurídica de Castilla y León*, nº14, 2008, p. 177.

<sup>25</sup> BASTARRECHE BENGOA, Tomás, “Jueces y fiscales ante la instrucción. Cuestiones constitucionales”, *Revista de estudios jurídicos*, nº 160, 2013”, pp. 116-117.

las características señaladas<sup>26</sup>, dictándose en tales casos sentencia (condenatoria) de conformidad. De ahí que podamos determinar que no son del todo antagónicos, y apoyándonos en una sentencia de nuestro Tribunal Constitucional<sup>27</sup>, no es necesario que se aplique en todos los casos este principio de legalidad, haciéndolo compatible con el de oportunidad, que además se ve incentivado en la reforma que se propone.

## 6. La necesaria intervención del juez en la instrucción: juez de garantías

Como se ha apuntado con anterioridad, la instrucción por parte del Fiscal no supondría la desaparición total de la figura del juez en esta fase procesal, pues el de la fase de instrucción es el momento en el que se deben llevar a cabo actuaciones que sin la autorización de un juez no podrían practicarse, dada la falta de independencia del fiscal.

Se ha propuesto, por ello, la figura del juez de garantías, cuyo principal cometido consistiría en el control de las medidas restrictivas de derechos, y su consiguiente autorización, así como el seguimiento de la correcta aplicación de los principios del procedimiento, para así poder proteger efectivamente los derechos del imputado.

La presencia de este juez se hace necesaria en el proyecto de Código Procesal Penal, puesto que en caso de que se prescindiese del mismo no se podría lograr la consolidación del principio acusatorio del que tantos autores hablan, por las limitaciones que el Ministerio Fiscal vería impuestas respecto a la instrucción.

Esta figura no es de producción doctrinal sino que ya existe en el Derecho comparado, como podemos observar en los distintos sistemas de los países de nuestro entorno. Como mayor referente podemos encontrar el sistema alemán, donde desde 1975 se suprimió la figura del juez instructor, y se sustituyó por un Fiscal apoyado por

---

<sup>26</sup> Básicamente, que si se trata de una pena privativa de libertad, la misma no supere los 6 años, no existan antecedentes por parte del delincuente, y que sea de forma voluntaria por este, por lo que en el caso de que no quisiese conformarse continuaría el proceso normalmente.

<sup>27</sup> STC 56/1994, fundamento jurídico 4º, “*la función atribuida al Ministerio Fiscal por la Constitución, de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad y según la cual ejerce la acusación en los procesos penales, no implica necesariamente el deber constitucional (ni incluso legal) de ejercerla en todos los casos*”, por lo que podemos interpretar esta afirmación como una ventana abierta al principio de oportunidad.

un juez para los casos en los que sea necesaria la práctica de actos de investigación que solo el juez puede autorizar, como se propone ahora para nuestro sistema jurídico. Lo mismo ocurre en la vecina Portugal, donde los actos que afectan a derechos de los imputados se encuentran judicializados, frente a la instrucción llevada a cabo por parte del Fiscal, estableciendo la Ley actos en los que es necesaria la intermediación de dicho juez, que no recibe el nombre de juez de garantías sino de instrucción, y otros en los que es suficiente la simple autorización por su parte, instaurándose como una figura independiente del “*inquérito*” o investigación, y de los objetivos que la misma persigue. Otro ejemplo del derecho comparado, lo encontramos en Italia, donde se elimina la fase de instrucción en los procedimientos de la “*Corte d’ Assisi*” o cámara penal, salvo en los casos en los que se dé un delito flagrante, de confesión, o cuya prueba sea notoria, en cuyo caso la instrucción la llevará a cabo el Fiscal, y en el resto de casos llevará a cabo una instrucción formal el juez.

## 7. Predecesor en España: el Fiscal de Menores

Existe un precedente en nuestro país de instrucción por parte del Ministerio Fiscal. Concretamente en el proceso de menores regulado en el Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero. Fue, por lo tanto, con esta norma con la que se dio el paso para lo que podría haber sido la prueba de este sistema de instrucción en nuestro actual ordenamiento jurídico, y colaborar en el progresivo avance que el Ministerio Fiscal ha ido experimentando desde la creación del proceso abreviado.

La peculiaridad del proceso de menores respecto del ordinario no reside únicamente en el hecho de que los sujetos pasivos del mismo sean menores de entre 14 y 18 años, sino que la instrucción la lleva a cabo un Fiscal, bajo la supervisión de un Juez de Menores, como bien determina el artículo 16.1 de la citada Ley. Además, existe una estrecha colaboración por parte del equipo técnico<sup>28</sup>, como órgano dependiente del propio Ministerio, cuya función básica consiste en la elaboración de informes sobre la situación del menor, ya sea familiar, educativa o psicológica, así como de su entorno social.

---

<sup>28</sup> Equipo que se encuentra integrado por psicólogos y educadores.

Es la propia Ley Orgánica 5/2000 la que determina cuál es la actuación que el Ministerio Público va a llevar a cabo en el proceso de menores, en su artículo 23.1, donde se establece que el objeto principal de dicha instrucción va a ser determinar el grado de participación del menor en el hecho ilícito, con el objetivo de expresarle reproche por la conducta que ha llevado a cabo.

Respecto de las funciones del Fiscal a la hora de llevar a cabo la instrucción, podemos señalar varios ejemplos: como ya se ha dicho, el Ministerio Fiscal carece de las singularidades necesarias para poder realizar la adopción de medidas que puedan limitar derechos, por lo que está obligado a solicitar al Juez de Menores, similar al juez de garantías que se propone para el modelo de instrucción en el proceso ordinario, la adopción de las medidas cautelares que estime necesarias<sup>29</sup>, siempre atendiendo al interés del menor, y acordando las medidas menos restrictivas y perjudiciales que puedan aplicarse, ya que al fin y al cabo el proceso de menores se basa en expresar reproche al menor por su conducta ilícita.

Un claro ejemplo del cambio de funciones entre el juez instructor y el Fiscal lo vemos a la hora de llevar a cabo la detención, donde una vez transcurrido el plazo máximo deberá ser puesto a disposición del Fiscal el detenido, y no a disposición judicial, y será aquel y no este último el que deberá resolver sobre la puesta en libertad del mismo, sobre el desistimiento o sobre la incoación del expediente, teniendo la facultad de decisión, por tanto, de comenzar el proceso o no, como confirma el artículo 20.1 de la misma Ley Orgánica, señalando que el Ministerio Fiscal “*incoará un procedimiento por cada hecho delictivo*”.

Respecto de las diligencias, estas sí se adoptan por parte del Ministerio Fiscal, a instancia de parte, según el artículo 26. Estas diligencias deberán ser aceptadas o rechazadas motivadamente por el Fiscal, teniendo la garantía de que, en el caso de que sean rechazadas, podrán reproducir dicha petición nuevamente ante el Juzgado de Menores, de forma similar a los casos en los que en los procesos penales seguidos contra adultos, las partes pueden recurrir ante el juez competente para el conocimiento

---

<sup>29</sup> Como exige el artículo 23.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero. Estas medidas consistirán, según el artículo 28.1 de la citada norma, en “*internamiento en centro en el régimen adecuado, libertad vigilada, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez, o convivencia von otra persona, familia o grupo educativo*”.

de la causa con el fin de que se practiquen las diligencias que les fueron denegadas a la hora de instruir por parte del juez.

En cuanto a la posibilidad de concluir el expediente, ya sea por desistimiento o por sobreseimiento, se encuentra recogida en los artículos 18 y 19 de la Ley 5/2000 respectivamente, y la única diferencia entre ambos se encuentra en la necesidad de conciliación con la víctima, el compromiso de reparar el daño causado o el cumplimiento de actividades educativas a proposición del equipo técnico, que caracterizan al sobreseimiento, frente a la necesidad de que se trate de un delito menos grave o falta carente de violencia, que son las necesarias para hablar de desistimiento y que también concurren en el sobreseimiento. Estas actuaciones suponen la presencia del principio de oportunidad en el proceso, y no requieren, de forma general, de la intervención del Juez de Menores.

Respecto del desistimiento podemos encontrar también, en el artículo 29, la posibilidad de la conclusión del expediente cuando el fiscal aprecie alguna de las circunstancias previstas en el artículo 20.1º, 2º y 3º CP<sup>30</sup>, en cuyo caso se pedirán, siendo necesaria la intervención del Juez de Menores, las medidas cautelares necesarias para la protección del menor.

Por último, y en cuanto a la conclusión de la instrucción, compete al Ministerio Fiscal emitir un escrito de alegaciones al Juzgado de Menores, junto con el expediente y las piezas de convicción, donde deberá proponer la prueba a practicar en el juicio oral y las personas cuyo testimonio considere necesario para la causa, así como notificar a las partes la conclusión de esta fase procesal. La diferencia con el proceso ordinario se ve claramente, pues no es el juez quien concluye la instrucción y notifica al Ministerio Fiscal para que emita su escrito de calificaciones provisionales, sino que es el propio Fiscal el que, por decisión propia, al entender suficiente la investigación que se ha llevado a cabo, concluye la instrucción.

---

<sup>30</sup> Es decir: 1º, “*el que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.*”, 2º, “*el que se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos*”, 3º, “*El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad*”.

Es muy importante señalar que el modelo propuesto para la instrucción del Fiscal en el proceso penal de adultos hay una variación importante del papel del Juez. En el caso del Juez de Menores, efectivamente inspeccionará la causa y admitirá o rechazará la práctica de determinadas diligencias, asegurando la imparcialidad a la hora de adoptarlas, pero además, una vez concluida la instrucción, es él mismo quien llevará a cabo el enjuiciamiento, conociendo por tanto la causa previamente a la fase de conocimiento y vulnerándose con ello claramente el principio acusatorio. Sin embargo, en la propuesta no es el mismo juez de garantías quien lleva a cabo la fase de enjuiciamiento, sino que intervendrá un juez ajeno, tal y como ha venido ocurriendo hasta ahora, corrigiendo el fallo que presenta el sistema actual del proceso de menores.

## **8. Medidas complementarias al nuevo Código Procesal Penal respecto del Ministerio Fiscal**

A lo largo del texto se han ido señalando distintos aspectos que podrían modificarse o añadirse respecto de la reforma del papel en la instrucción de la causa del Ministerio Fiscal.

En primer lugar, uno de los aspectos más controvertidos de la reforma es la dependencia jerárquica del Ministerio Fiscal, que tal vez sería conveniente convertirla en independencia, o por lo menos atenuar esa fuerte estructura jerarquizada que existe actualmente, para poder procurar una justicia eficaz e imparcial, que se base en la legalidad y no en el principio de oportunidad. Ello se debe a que el archivo de una causa por voluntad del Fiscal, o de un superior de este, sería posible con esta reforma, factor que debería estar en manos del juez de garantías. Pero dado que, como se mencionó, el atribuirle al Ministerio Fiscal independencia, provocaría que careciera totalmente de sentido el cambio de funciones con los jueces, pues se posicionaría en igualdad de condiciones con este último, de manera que lo recomendable sería plantear un cambio en el sistema de elección del Fiscal General del Estado, y a este respecto, la mejor opción sería, probablemente, llevar a cabo una votación, con lo que sería designado por elección popular, intentando garantizar la independencia ideológica de los candidatos al puesto respecto de los partidos políticos, pues el *quid* de la cuestión está en desvincular

al Ministerio Público del Gobierno, y por ende de cualquier influencia que pudiese ejercer este sobre el Fiscal General del Estado<sup>31</sup>.

Continuando con la misma línea, GARBERÍ propuso la publicidad de las comunicaciones entre Fiscal General del Estado y Gobierno para darles más transparencia, más fiabilidad, y así asegurar la mínima intervención del ejecutivo en las decisiones de dicho alto cargo, y parece ser una buena alternativa a las anteriores opciones planteadas.

Otro complemento a esta reforma, en referencia al juez de garantías, es que su labor no debería limitarse a llevar a cabo la admisión o rechazo de las medidas cautelares que la partes y el Fiscal puedan pedirle, sino a llevar a cabo una labor inspectora de la instrucción que el Ministerio Público lleva a cabo, cambiando las funciones respecto del actual sistema, donde es el Fiscal el que lleva a cabo esa función de vigilancia respecto del trabajo del juez en dicha fase procesal.

Parece quedar claro que una de las principales críticas que la atribución de la labor instructora al Ministerio Fiscal ha generado ha sido su fuerte carácter dependiente, pero no es el único factor que ha puesto en contra de la misma a muchos autores. Otra propuesta - o mejor dicho, sugerencia - es que para llevar a cabo semejante cambio en la fase procesal instructora, es necesario tener personal suficiente para poder hacerle frente, por lo que su aplicación requeriría de una ampliación de las plazas convocadas en las oposiciones para así lograr aumentar el cuerpo de fiscales. Ello unido a una reordenación del Ministerio Público con el que ya estaba de acuerdo GRANADOS<sup>32</sup>.

Pero también existen medidas que podrían evitar la adopción de esta reforma, y que pondrían solución, o por lo menos aliviarían, los problemas criticados respecto de la actual instrucción. En cuanto a la imparcialidad a la hora de llevar a cabo la adopción de medidas cautelares limitativas de derechos, fácil solución tendría el nombrar a un juez, ajeno a la causa, que autorice o no dichas medidas, previa petición de las partes como

---

<sup>31</sup> Influencia que tiene un trasfondo histórico, puesto que los inicios del Ministerio Fiscal, cuando todavía no se le conocía como tal, era un cuerpo de letrados al servicio del Rey que defendían su patrimonio e intereses y servían de nexo directo entre el poder judicial y el monarca. Y aun habiendo evolucionado el cuerpo se observa cómo su relación con el ejecutivo, en cuanto a su intermediario con el poder judicial, nunca ha llegado a dejar de existir, como un instrumento más del Gobierno.

<sup>32</sup> GRANADOS, Francisco, *El Ministerio Fiscal (del presente al futuro)*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 1989, p. 360.

en el caso de la prisión provisional que no se adopta por voluntad del juez, o por el propio juez instructor, admitiendo la medida solo cuando considerase objetivamente que es necesaria. Con ello se conseguiría el reforzamiento de la imparcialidad que, según predicaban, se lograba con la instrucción del Fiscal, y además mantiene la posibilidad de llevar a cabo pruebas anticipadas en la fase de instrucción<sup>33</sup>.

## 9. Conclusiones

En conjunto, este trabajo ha tratado de poner de manifiesto la desfavorable opinión sobre la atribución al Ministerio Fiscal de la dirección de la fase instructora del proceso penal. La idea en sí misma puede presentar ventajas y tiene características que, respecto de la actual instrucción llevada a cabo por parte del juez, resultan más beneficiosas, como la imparcialidad al lograr que un juez de garantías lleve toda cuestión relativa a las medidas restrictivas de derechos, pero se enfrenta al gran inconveniente que es la actual organización del Ministerio Público, fuertemente jerarquizada y dependiente, no solo internamente, sino también externamente pues es el Gobierno quien propone a su máximo representante, es decir, al Fiscal General del Estado.

Muchos otros argumentos se ofrecen a la hora de defender esta reforma, como la posible agilización del proceso, que, además de no tener datos para asegurar dicha aceleración en la tramitación de la instrucción, como señala CABEZUDO RODRÍGUEZ<sup>34</sup>, tampoco pueden basarse en los distintos ordenamientos jurídicos europeos no son iguales que el nuestro, ni el Ministerio Fiscal tiene la misma estructura, y por lo tanto no son datos suficientes como para afirmar con rotundidad que se produciría dicha agilización, pues la necesaria intervención de un juez de garantías podría frenar el avance en la instrucción, por lo que nos encontraríamos ante la misma circunstancia, es decir, la existencia de dilaciones que acaban dilatando la instrucción. Este problema encontraría solución con la implantación de plazos para la conclusión de la instrucción a

---

<sup>33</sup> Pruebas que, como se sabe, muchas veces es imposible llevar a cabo en la fase de juicio oral, generando indefensión a alguna de las partes, y que deben llevarse a cabo en la mayoría de los casos bajo intermediación del juez.

<sup>34</sup> CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, "Sobre la conveniencia de atribuir la instrucción penal al Ministerio Fiscal", *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 14, 2008, p. 199.



través de Ley, ya que de esa manera los Jueces se verían obligados a acatarlos por su vinculación a la misma.

La consolidación del principio acusatorio es otra de las virtudes que se le atribuyen al Fiscal instructor. Pero esto, en realidad, ya se ha producido con la instrucción por parte de un juez y enjuiciamiento por otro, que además son completamente independientes entre sí, y donde no ha tenido intervención alguna en la instrucción el juez que posteriormente llevará a cabo el enjuiciamiento de la causa. Además debemos añadir que no se puede decir que exista consolidación de dicho principio cuando el Ministerio Fiscal sería, además de quien llevase a cabo la instrucción, quien ejerciese la acusación, con los perjuicios que ello acarrearía.

Otro aspecto de la reforma que se ha tratado es el relativo a la imparcialidad, supuestamente reforzada, que se implantaría en el proceso. En mi opinión, no se puede hablar del fortalecimiento de la imparcialidad cuando el Ministerio Fiscal lleva a cabo tanto la instrucción como la acusación, dando a entender que se deja en desventaja a la parte acusada, pues la investigación se va a acabar dirigiendo contra ella. Tampoco me parece adecuado llamar imparcialidad a uno de los principios del Ministerio Fiscal, cuando, en rigor, se trata de una imparcialidad que se predica del Ministerio Fiscal, pero desde un punto de vista colectivo. Según mi entender, la imparcialidad es un concepto que va unido, necesariamente, a la individualidad, tal y como ocurre en el caso de los jueces, que son imparciales e independientes.

El juez de garantías es, sin duda, imprescindible para llevar a cabo esta reforma, en caso de que llegue a buen puerto, a pesar de que todo apunta a que no vaya a ser posible. Es necesario señalar que sería preferible que en vez de otorgarle la instrucción al Ministerio Fiscal, se introdujese un juez ajeno a la instrucción, para resolver acerca de las diligencias limitativas de derechos con la mayor objetividad posible, ya que es cierto que al ser el juez el que las adopta no se llevan a cabo de forma totalmente objetiva.

La posibilidad de solucionar los problemas que se detectan en la actual instrucción judicial mediante métodos más sencillos y menos radicales, junto a las deficiencias que el cuerpo de fiscales tiene respecto de sus principios funcionales para poder llevar a cabo la instrucción desaconsejan, en mi opinión, la opción por la figura

del Fiscal como director de la fase de instrucción del proceso penal. No quiere decir esto que la actual instrucción no requiera una modificación, y no solo la instrucción, sino el proceso penal en su conjunto, porque al fin y al cabo trabajamos con una Ley de Enjuiciamiento Criminal que ya supera el siglo de vida, que ha sufrido múltiples reformas y que ha sido suficientemente parcheada, por lo que requiere de una reestructuración y renovación integral que solo se conseguiría con la aprobación de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como una mayor dotación del personal adscrito tanto al Ministerio Fiscal como al de jueces, que harían posible un correcto funcionamiento del sistema judicial en nuestro país.

## Bibliografía

- BASTARRECHE BENGOA, Tomás, “Jueces y fiscales ante la instrucción. Cuestiones constitucionales”, *Revista de estudios jurídicos*, nº 160, 2013.
- CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, “Sobre la conveniencia de atribuir la instrucción penal al Ministerio Fiscal”, *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 14, 2008.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José, “¿Fiscal instructor?: pocas ventajas y un enorme inconveniente”, *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 14, 2008.
- GIMENO SENDRA, Vicente, *La reforma de la LECrim y la posición del M.F. en la investigación penal*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2006.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Sobre el Ministerio Público alemán, Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam"*, 1ª ed., Vol. II, Universidad Castilla La Mancha – Universidad Salamanca, Cuenca, pp. 783 – 800.
- GRANADOS, Francisco, *El Ministerio Fiscal (del presente al futuro)*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 1989.
- LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo, *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su estatuto orgánico*, 1ª ed., La Ley, Madrid, 2008.
- LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel, *El Ministerio Fiscal español, principios orgánicos y funcionales*, 1ª ed., Colex, Madrid, 2001.
- MACÍA GÓMEZ, Ramón (Director), *Sistemas de proceso penal en Europa*, 1ª ed., Cedecs, Barcelona, 1998.
- MONTERO AROCA, Juan, “La investigación penal: ¿jueces o fiscales?, foro de opinión”, *Revista del Poder Judicial*, nº92, 2011.
- RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, *Análisis crítico de las instituciones fundamentales del proceso penal*, 1ª ed., Aranzadi, Navarra, 2011.