



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

(Programa Conjunto Doble Grado en Derecho y en Administración y Dirección de Empresas)

Reforma del Proceso Penal: hacia un fiscal investigador

Presentado por:

D^a. Lucía Turrado Bustamante

Tutelado por:

D^a. Coral Arangüena Fanego

Valladolid, 7 de julio de 2020

RESUMEN

El presente Trabajo de Fin de Grado tiene como objetivo el estudio de una hipotética reforma del proceso penal español que supondría abandonar en nuestro país el tradicional modelo del juez instructor para acoger un sistema en el que el encargado de la investigación sea el Ministerio Fiscal.

Para ello, se toman como base los dos anteproyectos de reforma del proceso penal más recientes en España, que trataban de instaurar la figura del fiscal investigador, apoyado por el juez de garantías.

Con el trabajo se pretende analizar cuáles son las ventajas e inconvenientes de este nuevo sistema, ya presente en muchos países de nuestro entorno, y plantear qué requisitos previos serían necesarios para poder poner en marcha una reforma tan relevante.

Palabras clave: proceso penal, investigación, Ministerio Fiscal, fiscal investigador.

ABSTRACT

The aim of this project is to study a hypothetical reform of the Spanish criminal proceeding that would entail abandoning the traditional model based on the investigating judge to host a system in which the investigation is carried out by the Public Prosecutor.

For this, the two most recent preliminary drafts of reform of the criminal proceeding in Spain are taken as a basis, which tried to establish the figure of the investigating prosecutor, supported by the judge of guarantees.

The purpose is to analyze what the advantages and disadvantages of this new system are, already present in many countries around us, and to establish what prerequisites would be necessary to implement such a relevant reform.

Key words: criminal proceeding, investigation, Public Prosecutor, investigating prosecutor.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	5
2. EL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO PENAL ACTUAL.....	6
2.1. El proceso penal y el papel del Ministerio Fiscal en cada una de sus fases.....	7
2.2. Estructura orgánica del Ministerio Fiscal y relaciones internas	9
2.3. Relación del Ministerio Fiscal con los Poderes Judicial y Ejecutivo..	11
2.3.1. Relación con el Poder Judicial.....	11
2.3.2. Relación con el Poder Ejecutivo.....	12
2.4. Principios en los que se basa la actuación del Ministerio Fiscal.....	14
2.4.1. Principio de legalidad.....	14
2.4.2. El ejercicio no monopolístico de la acción penal.....	15
2.4.3. Principio de unidad de actuación.....	15
2.4.4. Principio de dependencia jerárquica.....	16
2.4.5. Principio de imparcialidad o neutralidad.....	16
3. INTENTOS DE REFORMA DEL PROCESO PENAL.....	17
3.1. Necesidad de la reforma.....	17
3.2. Breve análisis de los proyectos de reforma de 2011 y 2013.....	18
4. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DEL FISCAL INVESTIGADOR.....	19
4.1. Argumentos a favor del fiscal investigador.....	20
4.2. Argumentos en contra del fiscal investigador.....	30

5. FORMAS DE CONFIGURACIÓN DEL FISCAL INVESTIGADOR.....	34
5.1. Comparativa entre los dos anteproyectos de reforma en España.....	34
5.1.1. El papel del Ministerio Fiscal en el proceso penal.....	34
5.1.2. El juez de garantías.....	35
5.1.3. Atribución de la competencia.....	36
5.1.4. La Policía Judicial.....	37
5.1.5. La <i>notitia criminis</i>	38
5.1.6. Personación en el proceso.....	38
5.1.7. La primera comparecencia.....	39
5.1.8. La configuración del derecho de defensa en la fase de investigación.....	39
5.1.9. Duración de la fase de investigación.....	40
5.1.10. El juicio de acusación.....	40
5.1.11. Nueva organización.....	41
5.1.12. Procedimiento por delitos leves.....	41
5.2. Derecho comparado: el fiscal investigador en otros países de nuestro entorno.....	42
5.2.1. Italia.....	42
5.2.2. Alemania.....	44
5.2.3. Portugal.....	46
6. IMPLANTACIÓN DEL FISCAL INVESTIGADOR EN ESPAÑA.....	47
6.1. Presupuestos necesarios.....	47
6.1.1. Reducir la dependencia del Ministerio Fiscal respecto del Poder Ejecutivo.....	47

6.1.2. Reconfigurar el sistema de jerarquía interna.....	50
6.1.3. Implantar un sistema estricto de abstención y recusación del fiscal investigador.....	52
6.1.4. Asegurar el derecho de defensa en la fase de investigación.....	53
6.1.5. Garantizar la coordinación y el buen funcionamiento de la Administración de Justicia.....	54
6.1.6. Disposiciones transitorias y <i>vacatio legis</i> amplia.....	54
6.2. Funcionamiento del nuevo sistema.....	55
6.2.1. Asistencia letrada ante la Fiscalía y entrevista letrada anterior a la declaración policial.....	55
6.2.2. Inicio del procedimiento.....	55
6.2.3. Los papeles del fiscal investigador y del juez de garantías.....	56
6.2.4. La posibilidad de petición de diligencias y la potestad de impugnar la denegación de su práctica.....	57
6.2.5. Acceso del investigado al expediente instructor.....	57
6.2.6. Facilitar el cumplimiento de los plazos.....	58
6.2.7. Dependencia de la Policía Judicial del Ministerio Fiscal.....	58
6.2.8. La conclusión de la fase de investigación.....	59
6.2.9. La fase intermedia.....	59
7. CONCLUSIONES.....	60
8. REFERENCIAS BIBIOGRÁFICAS.....	63
ANEXO: entrevistas sobre la posible reforma de la fase de instrucción penal a operadores jurídicos de la Administración de Justicia.....	66

1. INTRODUCCIÓN

El tema del presente Trabajo de Fin de Grado ha sido elegido tras haber cursado la asignatura de Derecho Procesal Penal y considerar de especial interés los recientes intentos de reforma del proceso penal que han tenido lugar en España.

Los dos anteproyectos de reforma que pretendieron modificar la fase de instrucción en el proceso penal apostando por la figura del fiscal investigador son el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 27 de julio de 2011 y la Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada en 2013 por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012. Una reforma en este sentido, que ha generado un intenso debate y opiniones tanto a su favor como en su contra, supondría una transformación histórica de nuestro proceso penal, y su implantación sería compleja. Teniendo esto en cuenta, se pretende llevar a cabo un análisis sobre la posibilidad de instaurar la figura del fiscal investigador en nuestro proceso de enjuiciamiento criminal.

En primer lugar, se explica de manera breve el actual funcionamiento del proceso penal, prestando especial atención en la fase de instrucción y a los principios que rigen la actuación del Ministerio Fiscal.

A continuación, se exponen los argumentos a favor y en contra de la introducción de la figura del fiscal investigador en nuestro país, teniendo en consideración tanto algunas aportaciones de autores y expertos en la materia, como convicciones propias generadas a partir del estudio de los dos anteproyectos de reforma.

Tras ello, se elabora un análisis comparativo de ambos anteproyectos de reforma, para extraer ideas sobre cómo se debería llevar a cabo la hipotética reforma de nuestro proceso penal. También con este objetivo se presta atención al derecho comparado, ya que son muchos los países de nuestro entorno en los que ya funciona la figura del fiscal instructor, y que sirven por tanto para recoger ideas sobre cómo esta figura podría ser implementada en España.

A partir de tal estudio, se pretende plantear un modelo de reforma basado en un fiscal investigador que reúna los requisitos necesarios para asegurar el cumplimiento de las garantías constitucionales y que sea eficiente y consiga eliminar los defectos del actual sistema.

Finalmente, con el fin de enriquecer el trabajo, se incluye un Anexo en el que se recoge una breve entrevista sobre el asunto a diferentes operadores jurídicos, que permite conocer las diversas opiniones que tienen al respecto los profesionales que se verían directamente afectados por la hipotética reforma.

2. EL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO PENAL ACTUAL

La primera concepción de Ministerio Fiscal en nuestro país se introduce con la Ley Provisional Orgánica del Poder Judicial de 1870¹, como ente encargado de promover la acción de la Justicia y de representar al Gobierno ante el Poder Judicial. Esta función de órgano de comunicación entre ambos poderes no desapareció hasta la llegada de la Constitución Española en 1978, cuando se configura como una institución autónoma, tanto orgánica como funcionalmente.

Es el artículo 124 de la Constitución Española, encuadrado en el Título VI dedicado al Poder Judicial, el que se refiere al Ministerio Fiscal:

- 1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.*
- 2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.*
- 3. La ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal.*

¹ Artículo 763 de la Ley Provisional Orgánica del Poder Judicial: “El Ministerio fiscal velará por la observancia de esta ley y de las demás que se refieran a la organización de los Juzgados y Tribunales; promoverá la acción de la justicia en cuanto concierne al interés público, y tendrá la representación del Gobierno en sus relaciones con el Poder judicial”.

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

De este precepto se extraen aspectos referidos a sus funciones, a su estructura orgánica y a los principios que han de regir su actuación. La norma básica que desarrolla estas cuestiones es el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por la Ley 50/81 de 30 de diciembre (*en adelante EOMF*), que fue modificado por la Ley/2007, de 9 de octubre, con el fin de reforzar la autonomía de la institución y modernizar su organización territorial.

El Ministerio Fiscal tiene encomendadas funciones principalmente en el ámbito del proceso penal; pero también en el ámbito del proceso civil; en el contexto constitucional, para la defensa y garantía de los derechos y libertades públicas; en el ámbito de la jurisdicción, como defensor de los derechos e intereses de los menores y de las personas con la capacidad modificada judicialmente; en algunos asuntos relacionados con procedimientos ante el Tribunal de Cuentas; y en procesos contencioso-administrativos y laborales; a lo que hay que añadir su función de promover el auxilio judicial internacional previsto en las leyes, los tratados o los convenios internacionales.

El presente trabajo se centrará exclusivamente en las funciones del Ministerio Fiscal en el proceso penal que, a su vez, es el ámbito en que esta institución cobra un mayor protagonismo y en el que influiría una hipotética reforma del proceso de enjuiciamiento criminal.

2.1. El proceso penal y el papel del Ministerio Fiscal en cada una de sus fases

Nuestra actual Ley de Enjuiciamiento Criminal² (*en adelante LECrim*) recoge diferentes tipos de procesos en función de, principalmente, las características y la gravedad de las presuntas actuaciones que se vayan a enjuiciar. Los procesos ordinarios son el proceso ordinario por delitos graves, el proceso penal abreviado y el procedimiento para el juicio de delitos leves³, siendo el resto procesos especiales. Los procesos ordinarios están divididos

² Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

³ Con independencia de que para su tramitación puedan seguirse con carácter preferente modalidades aceleradas o de enjuiciamiento inmediato.

esencialmente en tres grandes fases: la fase de instrucción o investigación, la fase de preparación del enjuiciamiento y la fase de enjuiciamiento⁴.

La fase de instrucción recibe distintas denominaciones en función del tipo de proceso⁵, pero su finalidad siempre es la misma, recogida en el artículo 299 de la LECrim: preparar el juicio oral y, para ello, averiguar el hecho punible e identificar a su autor.

Esta averiguación es actualmente ejercida por el juez de instrucción objetiva y territorialmente competente y predeterminado por la ley, por lo tanto, esta fase es de naturaleza judicial.

En esta fase de instrucción, el Ministerio Fiscal se constituye como parte, desempeñando la función de acusador público u oficial y ejercitando las acciones penales y civiles de acuerdo con el principio de legalidad u obligatoriedad. Además, tiene una posición privilegiada respecto al resto de las partes en el proceso, ya que nunca le afectará el secreto de las actuaciones en caso de que éste sea decretado por el juez.

Por otro lado, con carácter previo a esta fase de investigación, pueden practicarse las diligencias preliminares, que son llevadas a cabo por el Ministerio Fiscal, como prevé el artículo 773 de la LECrim y el artículo 5 del EOMF. Según éste, el tiempo de duración de estas diligencias ha de ser proporcionado a la naturaleza del hecho investigado, no pudiendo superar los seis meses por regla general⁶, salvo prórroga. La finalidad de estas diligencias es el esclarecimiento de los hechos denunciados o que aparezcan en atestados policiales, y nunca podrán suponer la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos.

Por último, cabe destacar que, conforme al artículo 3.5 del EOMF, el Ministerio Fiscal instruye directamente el procedimiento en el ámbito de la

⁴ Hay que tener en cuenta además que una vez firme la sentencia, si ésta es de condena, se abrirá una fase de ejecución.

⁵ Sumario en el procedimiento ordinario; diligencias previas en el procedimiento abreviado; y diligencias urgentes en el juicio rápido.

⁶ El propio artículo 5 del EOMF permite que estas diligencias duren doce meses (prorrogables) cuando se relacionen con los delitos a los que se refiere el apartado 4 del artículo 19 del mismo Estatuto, que son los reservados a la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada.

responsabilidad penal de los menores, si bien se trata de un procedimiento especial.

La preparación del enjuiciamiento sirve para decidir si se puede pasar a la fase de juicio oral o si, por el contrario, hay que sobreseer la causa. También es una fase judicial, sin embargo, en este caso, el juez competente dependerá del tipo de proceso⁷.

En esta fase preparatoria, siempre que esté conforme con la conclusión del sumario o diligencias previas y considere conveniente la apertura del juicio oral, la función del fiscal es presentar el escrito de calificación provisional (en el proceso ordinario) o el escrito de acusación (en el proceso abreviado), al igual que el resto de las partes, cuya finalidad es orientar los debates del juicio oral. En ellos se determinan, fundamentalmente, los hechos punibles que resulten de la instrucción y su calificación, la participación del encausado y las penas, y se proponen las pruebas para el juicio oral. También en esta fase el fiscal puede solicitar el sobreseimiento de la causa o que se practiquen diligencias complementarias.

En la fase del enjuiciamiento se practican las pruebas ante el órgano judicial competente⁸, que será siempre distinto al de la fase de instrucción⁹. Tras ello, se elevan las conclusiones de las partes a definitivas o se modifican y, finalmente, el juez o tribunal dicta sentencia en congruencia con dichas conclusiones. Así, la función del fiscal en esta fase es el mantenimiento o modificación de su acusación en función de las pruebas que se hayan practicado.

2.2. Estructura orgánica del Ministerio Fiscal y relaciones internas

Conforme al artículo 2 del EOMF, *“el Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con*

⁷ La regla general es que la competencia para esta fase intermedia resida en el Juez de Instrucción, excepto en el proceso ordinario, en el que reside en el juez competente para el enjuiciamiento.

⁸ Según los casos, y salvo aforamientos, Juez de lo Penal (o Juez Central de lo Penal) o Audiencia Provincial (o Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional).

⁹ Esto no ocurre en el proceso por delitos leves, en que el Juez de Instrucción (o, en su caso, el Juez de Violencia contra la Mujer) enjuicia los hechos sin previa fase de instrucción.

autonomía funcional en el Poder Judicial, y ejerce su misión por medio de órganos propios [...]”.

Estos órganos propios se recogen en el artículo 12 del mismo cuerpo legal, y son: el Fiscal General de Estado; el Consejo Fiscal, la Junta de Fiscales de Sala y la Junta de Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas, que son tres órganos colegiados; las Fiscalías ante los distintos tribunales; las Fiscalías de la Comunidades Autónomas y las Fiscalías Provinciales; las Fiscalías Especiales¹⁰ y las Fiscalías de Área.

El artículo 22 del EOMF, tras determinar que el Ministerio Fiscal es único para todo el Estado, establece que el Fiscal General del Estado ostenta la jefatura del mismo y su representación en todo el territorio español. Para ello, habrá de impartir las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al orden interno de la institución, así como asumir la dirección e inspección del Ministerio Fiscal. Así, conforme a este precepto y al siguiente, el artículo 23, el Ministerio Fiscal se basa en los principios orgánicos de unidad de actuación y de dependencia jerárquica, presentando por tanto una estructura piramidal en cuya cúspide se encuentra el Fiscal General de del Estado, seguido por los Ficales Jefes de cada órgano colegiado.

Las diferentes técnicas que se articulan a lo largo del EOMF para garantizar esta unidad de actuación y dependencia jerárquica se basan en el sometimiento de cada miembro del Ministerio Fiscal a las órdenes e instrucciones provenientes de sus superiores jerárquicos. Además, para asegurar que estas se cumplan, se prevén mecanismos de sustitución, traslado forzoso o sanciones en supuestos de disidencias o incumplimiento de órdenes.

De esta forma, para algún sector doctrinal, los miembros del Ministerio Fiscal no gozan de completa independencia, pues al decidir en el supuesto concreto cual debe ser la actuación ajustada a la legalidad, han de seguir las órdenes e instrucciones impartidas por sus superiores.¹¹

¹⁰ Son la de prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas y la de Represión de Delitos Económicos relacionados con la Corrupción.

¹¹ MARTÍN PASTOR, José: *El Ministerio Público y el Proceso Penal en Europa*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2019, pp. 37-40.

Sin embargo, el artículo 27 del EOMF prevé un mecanismo para que un fiscal pueda discutir una orden recibida por considerarla contraria a las leyes o improcedente. En estos casos, el fiscal informa a su Fiscal Jefe que, de no considerar satisfactorias las razones del fiscal, puede plantear la cuestión a la Junta de Fiscalía para que resuelva definitivamente considerando o ratificando la instrucción objeto de controversia. Por otro lado, también hay que tener en cuenta el artículo 25.4 del EOMF, según el cual, a pesar de que el fiscal debe atenerse a las instrucciones referidas a asuntos específicos, puede desarrollar libremente sus intervenciones orales en lo que crea conveniente al bien de la justicia.

2.3. Relación del Ministerio Fiscal con los Poderes Judicial y Ejecutivo

El objetivo de este epígrafe es determinar dentro de qué poder se enmarca la institución del Ministerio Fiscal en España. Para ello, y siguiendo en este punto a MARTÍN PASTOR¹², se analizan sus relaciones con el Poder Judicial y con el Poder Ejecutivo, ya que no tiene ninguna vinculación con el Poder Legislativo.

2.3.1. Relación con el Poder Judicial

El Ministerio Fiscal se regula en el artículo 124 de la Constitución Española, que se ubica sistemáticamente en el Título VI dedicado al Poder Judicial, en lugar de situarse en el Título IV, que es el dedicado al Gobierno y la Administración. De esta forma, este argumento serviría para defender que la institución se encuadra en el Poder Judicial.

Se pueden mencionar otros argumentos que sostienen esta tesis, como el hecho de que el nombramiento del Fiscal General del Estado requiere, por mandato constitucional, de la previa audiencia imperativa del Consejo General del Poder Judicial; o la forma de ingreso en la carrera de fiscal, que se realiza juntamente con la de ingreso en la carrera judicial, y que viene prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

No obstante, el argumento con más peso para sostener la inclusión del Ministerio Fiscal en el Poder Judicial proviene de los beneficios que esto

¹² MARTÍN PASTOR, José: *El Ministerio Público y el Proceso Penal en Europa*, op.cit., pp. 20-31.

conllevaría. Así, la judicialización de esta institución la apartaría del control del Poder Ejecutivo, evitando así la politización de la misma y las injerencias gubernativas en la Administración de Justicia. Esto permitiría una actuación más independiente en los casos de delincuencia política y salvaguardar a la institución de la desconfianza fundada en su conexión con el Poder Ejecutivo.

A pesar de lo anteriormente expuesto, hay numerosas razones que obligan a concluir que la institución del Ministerio Fiscal no forma parte del Poder Judicial.

Por un lado, no depende de éste desde el punto de vista orgánico, y ello por diferentes motivos. Por ejemplo, el Ministerio Fiscal no está protegido por la garantía de inamovilidad propia de los jueces y dirigida a mantener su independencia; y también carece de los requisitos de unidad de cuerpo y de estatuto personal configurados para los órganos jurisdiccionales ordinarios. Además, el Ministerio Fiscal no está sujeto a la potestad del Consejo General del Poder Judicial.

Por otro lado, el Ministerio Fiscal tampoco forma parte del Poder Judicial político, es decir, no puede ser considerado como un tribunal especial constitucionalmente reconocido. Esto se debe a que no goza de independencia, porque no tiene atribuidas potestades jurisdiccionales en la Constitución y porque la Ley Orgánica del Poder Judicial se refiere a él como un cooperador de la Administración de Justicia, no como un integrante de la misma. Prueba de esto es la existencia de un Estatuto propio para la institución, que no se rige por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Además, tal y como recalca MARTÍN PASTOR, la integración del Ministerio Fiscal dentro del Poder Judicial iría en contra del principio acusatorio, al poner en riesgo la separación entre las funciones de acusar y juzgar.

2.3.2. Relación con el Poder Ejecutivo

Muchas son las señas en el EOMF que permiten llegar a la conclusión de que existe una vinculación del Ministerio Fiscal con respecto del Poder Ejecutivo. Esta vinculación se intentó atenuar con la reforma del Estatuto de

2007¹³, sin embargo, la misma ha sido bastante criticada. En palabras del autor anteriormente citado, la reforma deja al Ministerio Fiscal en una situación ambigua, dado que no depende del Gobierno, pero tampoco es independiente del mismo, por lo que se da una vinculación imprecisa y poco definida. Además, esta reforma ha permitido al Gobierno ampararse en la supuesta -e inexistente- autonomía de la institución para eludir su responsabilidad respecto a la actuación de la misma en lo relativo a la política criminal.

Son numerosas las técnicas de vinculación de Ministerio Fiscal con el Poder Ejecutivo recogidas en el EOMF, algunas atenuadas por la mencionada reforma, pero otras inalteradas. Por mencionar alguna de estas, el Fiscal General de Estado es nombrado a propuesta del Ejecutivo, oído el Consejo General del Poder Judicial. Contra esto la reforma no ha podido hacer mucho, ya que se trata de un mandato constitucional del artículo 124 de la Carta Magna; tan sólo se ha previsto que el Gobierno comunique la propuesta al Congreso de los Diputados con el fin de que pueda disponer la comparecencia de la persona designada ante la Comisión correspondiente, aunque no se prevén los efectos que tendría una valoración negativa de la misma.

Lo que sí ha tenido incidencia es la modificación del régimen de cese del Fiscal General del Estado, ya que se han introducido causas objetivas del mismo¹⁴. Se fortalece así la autonomía de esta figura, impidiendo que el Gobierno pueda determinar su cese sin causa. También se ha incluido que, como regla general, el mandato del Fiscal General del Estado tendrá una duración de cuatro años sin posibilidad de renovación¹⁵, lo que elimina la posibilidad de reelección, que representaba otro instrumento de vinculación entre el Ministerio Fiscal y el Poder Ejecutivo.

Otra manifestación de influencia del Ejecutivo sobre el Ministerio Fiscal que ha eliminado la reforma del 2007 tiene que ver con el presupuesto de esta institución. Anteriormente existía una total dependencia presupuestaria, pero

¹³ Ley 24/2007, de 9 de octubre, por la que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

¹⁴ Artículo 31.1 del EOMF.

¹⁵ Artículo 31.1 y 2 del EOMF.

desde 2007 se refuerza la autonomía de la Fiscalía General del Estado dotándola de una asignación presupuestaria singularizada¹⁶.

A pesar de la influencia de esta reforma, las que se acaban de nombrar y otras manifestaciones de vinculación con el Gobierno llevan a la conclusión de que el Ministerio Fiscal es una institución que se encuadra dentro del Poder Ejecutivo y que depende de éste.

2.4. Principios en los que se basa la actuación del Ministerio Fiscal

2.4.1. Principio de legalidad

Este principio se encuentra en el artículo 6 del EOMF, según el cual, el Ministerio Fiscal ha de actuar conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico, dictaminando, informando y ejerciendo las acciones procedentes u oponiéndose a las indebidamente actuadas.

Por lo tanto, el principio de obligatoriedad o de legalidad lleva al Ministerio Fiscal a ejercitar todas las acciones penales que considere procedentes cuando entienda suficientemente fundada la atribución del hecho punible al encausado, salvo en los casos reservados por el Código Penal a la querrela privada.

Es una garantía esencial de la separación de poderes, ya que exige al fiscal aplicar el derecho con independencia de su opinión personal o profesional sobre las leyes, cuya elaboración, aprobación y modificación corresponde al Poder Legislativo.

El principio contrario a éste, y que rige en no pocos países de nuestro entorno, como Francia, es el principio de oportunidad, según el cual, reconociendo que en la práctica es materialmente imposible perseguir toda infracción penal, se otorga al fiscal un poder discrecional para elegir los casos en los que ejercerá la acción penal. Así, este principio permite excluir los hechos con escaso interés social en ser perseguidos por carecer de repercusión penológica.

El Comité del Consejo de Europa sobre la simplificación de la Justicia Penal de 1987 recomienda la adopción de este principio de oportunidad,

¹⁶ Artículo 73.2 de EOMF.

siempre que el contexto histórico y la Constitución de los Estados Miembros lo permitan, estableciendo los criterios que deben regir su aplicación.

En nuestro proceso penal hay ya actualmente alguna manifestación de este principio de oportunidad, principalmente la figura de la conformidad operativa en todo tipo de procesos, además de otras manifestaciones reservadas al proceso de menores¹⁷ y al proceso por delitos leves¹⁸.

Además, se pretende dar más importancia a este principio en las reformas de la LECrim que están ahora sobre la mesa. No obstante, hay que tener en cuenta que, para que este principio no provoque arbitrariedad en la actuación del Ministerio Fiscal, es necesaria la incorporación de garantías en su aplicación que supongan una oportunidad reglada que sea compatible con el principio de legalidad.

2.4.2. El ejercicio no monopolístico de la acción penal

Al contrario de lo que ocurre en otros países como Alemania e Italia, en los que el fiscal ostenta el monopolio de la acción penal, en el proceso penal español el ejercicio de ésta es compartido con el acusador particular (el ofendido) además de, y sólo en los delitos públicos, con el acusador popular (cualquier ciudadano).

Por otro lado, en los casos de delitos privados, sólo puede ejercitar la acción penal el ofendido o acusador privado, no actuando en ellos el fiscal.

2.4.3. Principio de unidad de actuación

El principio de unidad de actuación deriva fundamentalmente de los artículos 22 y 23 del EOMF. Como resumen de ambos, el Ministerio Fiscal es único para todo el Estado, y los miembros del mismo son autoridad a todos los efectos y actúan siempre en representación de la institución. Esto permite que, en cualquier momento, un fiscal pueda ser sustituido en el cumplimiento de sus funciones por otro miembro del Ministerio Fiscal.

¹⁷ El desistimiento de la incoación del expediente y el sobreseimiento por razones de oportunidad, artículos 18 y 10 respectivamente de la Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

¹⁸ El sobreseimiento por razones de oportunidad del artículo 963.2 de la LECrim.

Esta unidad de actuación garantiza la igualdad de los ciudadanos de todo el territorio nacional ante la aplicación de ley, ya que asegura que se ejerza la acción penal bajo unos mismos criterios para todos.

2.4.4. Principio de dependencia jerárquica

Este principio de dependencia jerárquica, junto con el de unidad, es una consecuencia lógica de la personalidad jurídica única que ostenta el Ministerio Fiscal, recogida en el artículo 22.1 EOMF¹⁹.

La dependencia jerárquica funciona como un instrumento de coordinación de la unidad de actuación del Ministerio Fiscal en todo el territorio nacional, garantizando así la seguridad jurídica y la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

Este régimen de dependencia jerárquica se matiza con un sistema de contrapesos basado en la transparencia. De este modo, el fiscal encargado de un asunto puede cuestionar las órdenes de sus superiores si estima que son improcedentes. Tras ello, se someten a reflexión colectiva de la Junta de la Fiscalía, en la que se arbitra un debate sobre la cuestión, correspondiendo la decisión final al superior común de los que han mantenido la discrepancia²⁰.

En conclusión, los miembros del Ministerio Fiscal, por el principio de dependencia jerárquica, deben respetar las órdenes de sus superiores, pero en caso de discrepancia, entra en juego un sistema de contrapesos que permite discutir sobre la idoneidad de tales órdenes.

2.4.5. Principio de imparcialidad o neutralidad

El principio de imparcialidad se recoge en el artículo 7 del EOMF, según el cual, el Ministerio Fiscal debe actuar con plena objetividad e independencia en la defensa de los intereses que tenga encomendados.

Este principio exige al fiscal actuar conforme a criterios objetivos y, por tanto, actuar tanto para que se condene al culpable como para que se absuelva al inocente.

¹⁹ MARTÍN PASTOR, José: *El Ministerio Público y el Proceso Penal en Europa*, op.cit., p. 37.

²⁰ Artículo 27 del EOMF.

3. INTENTOS DE REFORMA DEL PROCESO PENAL

3.1. La necesidad de la reforma

Nuestra actual Ley de Enjuiciamiento Criminal, texto legal por el que se rige el proceso penal, data del año 1882. Es decir, se trata de un texto preconstitucional con casi ciento cuarenta años de historia que, como es obvio, ha sufrido numerosas reformas, la mayoría de ellas tras la entrada en vigor de la Constitución Española en 1978.

De esta forma, es un cuerpo legal, en primer lugar y dada su antigüedad, desactualizado, contando con algunas normas decimonónicas que han entrado en desuso; y, en segundo lugar, desarticulado, compuesto por normas procedentes de reformas llevadas a cabo en tres siglos diferentes, que han de ser continuamente interpretadas por la jurisprudencia, generando inseguridad jurídica. Esto explica por qué nuestra LECrim no es totalmente acorde con las actuales exigencias de la justicia penal internacional e, incluso, con el respeto de los Derechos Humanos, lo que ha llegado a suponer algunas condenas al Estado Español por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²¹. En buena parte de estos casos, se ha respondido con la reforma parcial del texto procesal penal para salvar los inconvenientes y evitar nuevas condenas.

Dicho esto, parece imprescindible una reforma integral de la LECrim que por fin adapte el proceso penal a la sociedad actual, a la Administración de Justicia, al Código Penal, a los principios constitucionales y a los requerimientos de los órganos internacionales encargados de la defensa de los Derechos Humanos.

No se puede negar la necesidad de esta reforma, sin embargo, nuestro legislador aún no ha conseguido hacer frente a la misma, a pesar de que se han desarrollado en los últimos años dos importantes anteproyectos de reforma, procedentes de gobiernos de distinto signo político.

²¹ Prado Bugallo c. España de 18 de febrero de 2003, por la realización de intervenciones telefónicas apenas reguladas antes de la reforma de la LECrim de 2015.

Marcos Barrios c. España de 21 de septiembre de 2010 sobre condena en apelación previa absolución en la instancia sin cumplir exigencias de inmediatez.

3.2. Breve análisis de los proyectos de reforma de 2011 y 2013

Los dos importantes anteproyectos de reforma que han tenido lugar recientemente en nuestro país y que han pretendido modificar el proceso penal en profundidad son el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, que llegó a estar en la mesa del Consejo de Ministros; y la Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2013.

La justificación o antecedente más inmediato a estos dos anteproyectos fue el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia de 28 de mayo de 2001, suscrito por el Partido Popular y por el Partido Socialista Obrero Español. Su apartado 17, dedicado a la necesidad de una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya planteaba la posibilidad de atribuir la función de investigación en el proceso penal al fiscal y la aparición de un nuevo papel diferenciado del juez como juez de garantías.

Lo más relevante es que ambos anteproyectos coincidían en la instauración de la figura del fiscal investigador, recogiendo una regulación del mismo bastante similar, que se estudiará en los apartados siguientes de este trabajo.

Además, se introducían otras figuras o ideas, la mayoría relacionadas con el fiscal investigador, como el juez o tribunal de garantías. También ambas reformas, especialmente la de 2013, pretendían potenciar en nuestro proceso el principio de oportunidad, regulándolo con criterios objetivos para mantener la igualdad ante la ley; y reconfigurar la conformidad, para hacerla más transparente y legal, pero también más flexible.

Al plantearse este drástico cambio del proceso penal, hay que tener en consideración que es la Ley Orgánica del Poder Judicial²² la que atribuye la instrucción de las causas por delito a los Juzgados de Instrucción, por lo que, al tratarse de una Ley Orgánica, su reforma exigiría la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados. Alcanzar esta mayoría cualificada en nuestra Cámara Baja siempre ha sido difícil, pero en el momento actual se revela incluso imposible, dado el fraccionamiento actual del Poder Legislativo,

²² Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

formado por numerosos partidos políticos con ideologías e intereses muy diferentes.

Por último, hay que mencionar el anuncio del Ministro de Justicia, Don Juan Carlos Campo Moreno, el pasado 16 de abril de 2020 sobre la creación de una Comisión para elaborar un Anteproyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal. Trabajo que se pretende realizar sobre la base de los dos anteproyectos de reforma citados, con la finalidad de aprovechar el trabajo previo realizado²³. Este anteproyecto contendría el mismo cambio que los anteproyectos de 2011 y 2013, otorgando la instrucción al Ministerio Fiscal.

4. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DEL FISCAL INVESTIGADOR

Antes de analizar cada argumento a favor o en contra de la atribución de las funciones de investigación al Ministerio Fiscal, conviene tener en cuenta una idea de partida, relacionada con la naturaleza de la fase de instrucción, sobre la que existen dos concepciones opuestas.

Hay quienes consideran que la fase de instrucción es una actividad absolutamente jurisdiccional, y que por tanto solo puede ser desarrollada por un juez, que es la única autoridad con potestades jurisdiccionales.

Otros entienden en cambio que la fase de instrucción tiene una naturaleza mixta (jurisdiccional y administrativa), por lo que podría ser desarrollada por un fiscal, siempre y cuando intervenga un juez cuando sea necesario adoptar decisiones que requieran potestad jurisdiccional²⁴.

Partiendo de esta distinción, quienes consideran que la instrucción tiene carácter jurisdiccional estarán en contra del fiscal investigador, considerándolo

²³ Este no ha sido el único intento de fusión llevado a cabo en los últimos años. Así, en la XII legislatura, hubo un intento merced al encargo realizado por el entonces Ministro de Justicia Don Rafael Catalá, a una comisión de cuatro expertos que habían participado en la redacción de los anteriores anteproyectos, que, sin embargo, no llegó a buen puerto. Posteriormente, a finales de la XIII legislatura, la Ministra de Justicia Doña Dolores Delgado, encargó la redacción de una nueva LECrim a la Sección V (Derecho Procesal) de la Comisión General de Codificación.

²⁴ MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: "La instrucción de las causas por delitos. Naturaleza. Órgano que debe realizarla. Iniciación" en *Cuadernos de Derecho Judicial III*, año 1998.

incluso anticonstitucional; mientras que los que defienden su naturaleza mixta serán propensos a defender esta figura, considerando que llevaría a cabo actos administrativos consistentes en una mera labor de recopilación de material de investigación²⁵.

4.1. Argumentos a favor del fiscal investigador.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 introdujo en España un modelo procesal penal de corte acusatorio e inspiración liberal, prohibiendo expresamente que la autoridad pública que dirigiera la investigación pudiera llevar a cabo el enjuiciamiento. Junto a esta idea central, otra de las intenciones iniciales fue la de atribuir la fase de investigación al encargado de ejercer la acusación pública. Sin embargo, este último propósito se vio frustrado al considerar que supondría una transición demasiado brusca para el país, y se confió en que esta reforma se llevase a cabo por el legislador de épocas posteriores²⁶. Esto pone de manifiesto que, desde los inicios de la implantación del sistema acusatorio, se ha considerado conveniente encargar la tarea de investigación al Ministerio Fiscal. Son muchos los motivos que explican por qué es necesaria una actualización de nuestro proceso penal en esta dirección. La mayoría se recogen en las Exposiciones de Motivos de los dos anteproyectos de reforma, que consideran al juez de instrucción como un vestigio del sistema inquisitivo.

En primer lugar, el fiscal investigador se presenta como una garantía de imparcialidad, que se considera que queda comprometida en la función actual del juez de instrucción. En el modelo actual, el juez, durante el desarrollo de las diligencias de investigación, debe adoptar decisiones que afectan a derechos fundamentales o a actuaciones procedimentales trascendentales para el enjuiciamiento. Así, se acumulan en la misma figura las potestades de investigación y el control jurisdiccional, dirigido principalmente a preservar los

²⁵ Véase para mayor amplitud FUENTES SORIANO, Olga: *El Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma*. Documento de trabajo 16/2003, Fundación Alternativas, 2003, pp. 21-38.

²⁶ Explicación extraída del apartado II de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 2013, que hace una interpretación en ese sentido de las palabras que se recogen en el apartado XXVIII de la Exposición de Motivos de la LECrim de 1882.

derechos fundamentales. El problema que esto genera, como explica MARTÍNEZ ARRIETA²⁷, es que el juez, cuando debe resolver estos conflictos, incorpora en su función jurisdiccional unos conocimientos sobre las personas y los objetos de la investigación que comprometen su imparcialidad, al no aparecer como un tercero sin ninguna relación con el objeto de la decisión, ya que, de alguna forma, está contaminado con la investigación que él mismo está realizando. Es decir, el juez encargado de la investigación está en una posición contradictoria, que compromete tanto la eficacia del proceso como las garantías constitucionales, ya que es garante de los derechos y a su vez es quien está en la mejor posición dentro del proceso para vulnerarlos con su potestad investigadora²⁸

En relación con lo anterior, en el actual modelo, el juez de instrucción debe formular la imputación, que es un cometido ajeno a la función judicial, ya que implica tomar partido por una concreta idea de responsabilidad del sujeto pasivo sin que haya precedido un juicio contradictorio. El juez instructor también concluye la investigación cuando lo considera procedente, de forma que puede mantener abierta la investigación siempre que continúe ordenando y practicando las diligencias que, siendo pertinentes, estime oportunas para los fines de la instrucción. Esta competencia tampoco puede considerarse manifestación de la potestad jurisdiccional, y no es llevada a cabo desde una posición imparcial, pues el juez tiene en cuenta lo que él mismo ha investigado, y no solamente los elementos aportados por la policía, el fiscal o las demás partes²⁹.

Como el juez de instrucción formula de oficio la imputación, carece de valor el juicio de acusación, esto es, la resolución judicial que, a la vista del escrito de las acusaciones, manda abrir el juicio oral. En el procedimiento abreviado, que es el dominante en España, se encomienda esta decisión sobre

²⁷ MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: “La instrucción de las causas por delitos.” op.cit

²⁸ MOHEDANO, José María: “Los jueces juzgan y los fiscales investigan” en *Diario de Mallorca*, 22/05/2020 [consulta: 25/06/2020].

²⁹ MORENO CATENA, Víctor: “El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos”, en *Teoría y Derecho Revista de Pensamiento Jurídico I/2007 ¿Ministerio Fiscal o Juez instructor? La investigación penal a debate*, 2007, pp.74-97.

la apertura del juicio oral al juez de instrucción, resultando obvio que carecerá de razón alguna para rechazar el escrito de acusación, ya que está comprometido por su pronunciamiento sobre la imputación en el momento procesal anterior, perdiendo casi por completo su virtualidad esta función jurisdiccional³⁰.

Además, como explica la Exposición de Motivos del anteproyecto de 2013, la intervención del juez en las diligencias de investigación hace que las actuaciones en las que hay contradicción se muestren materialmente idénticas a actos de prueba, trasladando el centro de gravedad del proceso del juicio oral a la instrucción, en detrimento de los principios de publicidad, oralidad, inmediación, concentración y celeridad.

En segundo lugar, el modelo del fiscal investigador es beneficioso por cuestiones de eficacia y agilidad, ya que los principios de unidad de actuación y de dependencia jerárquica asegurarían el seguimiento de prácticas uniformes entre los miembros del Ministerio Fiscal al llevar a cabo la investigación, lo que permitiría dar mejores respuestas a los fenómenos de criminalidad compleja actuales.

En relación con esto, cabe destacar la flexibilidad organizativa de la Fiscalía, que haría posible adaptar la respuesta a cada tipo de delincuencia y a las necesidades de cada caso concreto, haciendo que la investigación fuera más ágil y provechosa. Esto sería así porque se permitiría asignar asuntos a un fiscal en concreto por ser especialista en la materia de que se trate, o crear grupos o equipos de investigación compuestos por diferentes fiscales si fuese necesario. Esto no ocurre en el actual sistema, en el que rige el principio del juez ordinario predeterminado por la ley, por el cual los asuntos no se reparten en función de la especialización, sino de las normas de competencia. Es conocido por todos que los fiscales, a lo largo de su carrera, se especializan en materias concretas, como delincuencia económica, violencia de género, corrupción, siniestralidad laboral, delincuencia contra el medio ambiente, criminalidad informática, seguridad vial, etc. Sin embargo, los jueces de instrucción abarcan todas las materias sin ser especialistas en ninguna de

³⁰ MORENO CATENA, Víctor: "El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos", op.cit.

ellas, lo que provoca que su actuación sea necesariamente más lenta y menos eficiente, llegando a ser en ocasiones sus actuaciones infructuosas por falta de especialización en el tema a tratar.

Estas características de acción unitaria y flexibilidad harían también más sencilla la coordinación de actuaciones con la Policía Judicial, que pasaría a depender únicamente de las instrucciones del fiscal encargado del caso.

En tercer lugar, también se potenciaría la celeridad de la fase de instrucción, ya que se evitarían las actuales duplicidades entre juez de instrucción y fiscal, que retrasan todo el proceso, dañando el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas enunciado en el artículo 24 de la Constitución Española. Estas duplicidades se deben a que hay tres instituciones en nuestro proceso dedicadas a la investigación: la Policía Judicial, que normalmente lleva a cabo una investigación preprocesal; el fiscal, que puede realizar una investigación preliminar; y el juez de instrucción, encargado de la fase de instrucción propiamente dicha.

Para dar cuenta de la disfuncionalidad de estas duplicidades, MARTÍNEZ ARRIETA³¹ expone el ejemplo de la víctima de un delito, que debe ir compareciendo sucesivamente ante las distintas instituciones citadas para declarar sobre los mismos hechos, incluyendo, además, su intervención en el juicio oral. Trabajos psicológicos demuestran que este testimonio pierde progresivamente calidad, además de generar una situación de inseguridad en la víctima, al sentirse constantemente examinada y no comprender la necesidad de repetir tantas veces su testimonio. Así, por un lado, esto contribuye a la victimización secundaria y, por otro, al retraso y encarecimiento del enjuiciamiento. Si la investigación se otorgase exclusivamente al fiscal, se eliminarían estas duplicidades, ya que él mismo dirigiría las diligencias de investigación, teniendo a su disposición a la Policía Judicial y recurriendo al juez sólo en caso de que para un acto fuesen necesarias potestades jurisdiccionales. No se olvide que, en la actualidad, evitar duplicidades que puedan suponer una victimización secundaria es una cuestión primordial a observar en la investigación penal puesto que, según se recoge en el artículo

³¹ MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: "La instrucción de las causas por delitos" op.cit.

21 b) de la ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima, las autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal velarán por que “se reciba declaración a las víctimas el menor número de veces posible, y únicamente cuando resulte estrictamente necesario para los fines de la investigación penal”.

Otra muestra de duplicidades es el hecho de que, en el sistema actual, la mayoría de las resoluciones del juez de instrucción durante la investigación requieren del posterior examen del fiscal, que si no está conforme debe recurrir; de esta forma, para muchas actuaciones del mismo procedimiento se requiere la intervención de dos operadores jurídicos, con la consecuente ralentización de mismo. Esto se evitaría con el fiscal instructor, que sólo recurriría al juez de garantías cuando las decisiones afectasen a derechos fundamentales de las partes.

En cuarto lugar, a diferencia de lo que ocurre ahora con el juez de instrucción, el fiscal investigador estaría sometido al permanente control de otro órgano jurisdiccional, el juez de garantías. Este órgano tendría la misión de asegurar el respeto de los derechos del investigado durante la fase de investigación.

Además de esto, la instrucción por parte del fiscal tendría un impacto muy positivo en el ejercicio de la acusación pública. Al estar más involucrado en el asunto y tener un mayor volumen de información, que le llegaría de forma directa, el fiscal acusaría con mayor conocimiento sobre la realidad del caso. Esto sería más justo tanto para el investigado como para el resto de las partes, al ser la acusación más objetiva y ajustada a la realidad, ya que se basaría directamente en las investigaciones llevadas a cabo por la misma persona que acusa. En el proceso actual, el Ministerio Fiscal se coloca como una parte más en el proceso, con tan solo algún privilegio sobre las restantes, lo que hace que en ocasiones no tenga información o material probatorio suficiente para llevar a cabo de forma óptima su función de acusación pública. De esta forma, con un cambio de modelo, habría una mayor coherencia interna en el proceso penal,

ya que el Ministerio Fiscal podría practicar toda aquella labor de investigación fáctica que le permitiese formular la acusación³².

En relación con esto, hay que tener en cuenta que el fiscal, al intervenir en la fase de juicio oral, sabe de primera mano lo que en ella se exige para poder considerar acreditados los hechos, por lo que efectuaría las diligencias de investigación acordes a estas exigencias. Sin embargo, los jueces de instrucción, al no estar tan familiarizados con los principios que rigen en el juicio oral, pueden pecar de concluir la instrucción con material probatorio que no se ajusta a las necesidades de la acusación, o pueden dedicar tiempo y medios a actuaciones que finalmente resultan irrelevantes para el ejercicio de la acusación.

MARTÍNEZ ARRIETA³³ también considera que la investigación actual judicializa actos administrativos de investigación al atribuirles una capacidad de prueba para la que no están pensados, lesionando los derechos fundamentales de los ciudadanos. Conforme al artículo 730 de la LECrim, de forma excepcional, una diligencia de declaración testifical acordada en la investigación puede ser reproducida en juicio oral cuando por causas ajenas a las partes no pueda ser llevada a cabo en el mismo. Según el autor, cuando esta norma se interpreta de forma amplia, constituye un perjuicio al derecho de defensa, ya que tal testimonio que sirve como prueba no se ha practicado en su origen conforme a los principios de igualdad, contradicción e inmediación. Así, se merma el derecho a la presunción de inocencia del ciudadano, porque un acto administrativo de investigación alcanza la categoría de actividad probatoria por el solo hecho de haber sido realizado ante un juez.

Otro argumento a favor de la implantación del fiscal investigador tiene que ver con el artículo 324 de la LECrim, referido a los plazos máximos de las diligencias de instrucción. Conforme al apartado cuarto de este precepto, antes de la expiración del plazo, el fiscal del caso o alguna de las partes personadas pueden solicitar al instructor una prórroga excepcional. Esto tiene mucha

³² FUENTES SORIANO, Olga: *El Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma*. Documento de trabajo 16/2003, Fundación Alternativas, 2003, p.25.

³³ MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: "La instrucción de las causas por delitos", op.cit.

importancia ya que, si el fiscal no hace uso de esta facultad, no podrá interesar las diligencias complementarias previstas en los artículos 627 y 780 de la misma ley para la fase de preparación del juicio oral. De esta forma, el fiscal, sin contar siempre con los medios e información necesarios por no estar al frente de la instrucción, tiene la responsabilidad de proceder de manera activa solicitando estas prórrogas a fin de posibilitar la práctica de diligencias complementarias en la siguiente fase. Esto provoca supuestos de impunidad cuando, por falta de información y control sobre la investigación, el Ministerio Fiscal no solicita a tiempo la prórroga y se ve imposibilitado para pedir posteriormente diligencias complementarias que pueden ser cruciales para el esclarecimiento de los hechos y la condena del culpable. Así, si se otorgara la instrucción al fiscal, éste, al contar con la información suficiente y tener el control de las actuaciones, estaría capacitado para saber cuándo procede la solicitud de prórroga de las diligencias de instrucción y asegurar así que siempre sea posible el ejercicio de las diligencias complementarias que sean oportunas para la correcta resolución del caso.

Cabe mencionar que, en realidad, la introducción de plazos en la instrucción y el propio artículo 324 de la LECrim estaba pensado dentro de la reforma global de esta ley en la que se incluyese un fiscal investigador. Al abandonarse esta idea de reforma global, en 2015 se decidió sacar adelante una serie de reformas que no admitían esperas (como las reformas en materia de derechos del investigado por exigencias de Directivas europeas o las reformas en materia de doble instancia por exigencias de adaptación a la jurisprudencia del TEDH) o que resultaban convenientes por otros motivos (medidas de investigación tecnológica o fijación de plazos máximos en instrucción).

Hablando de un supuesto más específico, el antiguo Fiscal General del Estado, Don José Manuel Maza Martín, resaltó en 2017 la conveniencia de implantar el sistema del fiscal investigador en relación con la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal de 2015³⁴. Según sus palabras, es muy difícil investigar a grandes

³⁴ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

organizaciones, lo que provoca que finalmente haya pocas sentencias condenatorias a pesar de ser numerosos los casos de corrupción. Con la figura del fiscal investigador sería posible negociar o colaborar con las empresas para que se alíen con la investigación ayudando a identificar a los responsables de los delitos cometidos en su seno. Esta es una tarea que no puede llevar a cabo el juez instructor, dado que no puede perder imparcialidad adquiriendo compromiso con una de las partes.³⁵

Una de las novedades de la reforma de 2015 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal³⁶ es la introducción del procedimiento por aceptación de decreto. Éste tiene el objetivo de descongestionar los juzgados y dar una respuesta rápida a los delitos de poca gravedad, fundamentalmente los relacionados con la seguridad vial, con pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad. Con este proceso se pretende que haya un acuerdo del infractor con la propuesta inicial del Ministerio Fiscal, tras el que se dicta sentencia irrecurrible.

Este sistema actualmente no es operativo, ya que se elaboró pensando en que prosperaría el modelo del fiscal investigador y, por tanto, no puede encajar en un modelo de juez instructor. Es difícil que el fiscal pueda dictar un decreto proponiendo una pena si no conoce en profundidad la causa por no llevar él las diligencias de investigación. Así, con la introducción del fiscal investigador, este proceso podría funcionar de manera plena, como ocurre en países como Alemania, consiguiendo una aceleración en la persecución de delitos leves y descongestionado consecuentemente la Administración de Justicia. De hecho, como recuerda MESTRE DELGADO³⁷, los textos que conforman la Ley 41/2015 están tomados en último término de los trabajos de elaboración de la Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento

³⁵ EL ECONOMISTA: "Maza ve imprescindible un "fiscal investigador" para luchar contra la corrupción" Disponible en <https://www.economista.es/legislacion/noticias/8351660/05/17/Maza-ve-imprescindible-un-fiscal-investigador-para-luchar-contra-la-corrupcion.html> [consulta: 15/03/2020]

³⁶ Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

³⁷ MESTRE DELGADO, Esteban: "El nuevo proceso penal por aceptación de decreto: fulgor y muerte de un instituto inadaptado" en *Smarteca, Especial "Enjuiciamiento Criminal 2015". Un año de reformas*, 2015, p.4.

Criminal de 2013. De esta forma, este proceso se crea para que el fiscal investigador, con base en el principio de oportunidad, pueda tomar la iniciativa sobre el destino procesal de determinados casos que en la actualidad se tramitan al amparo de las diligencias urgentes.

En otro orden de cosas, en España tenemos el precedente del proceso penal de menores, en el cual es el fiscal el encargado de la investigación, apareciendo la figura del juez de garantías. Este sistema funciona correctamente en España y es una muestra de que el Ministerio Fiscal podría asumir la función de instrucción, de hecho, se aprecia que estos procedimientos especiales se instruyen con mayor celeridad que aquellos de los que se ocupa el juez de instrucción. Sin embargo, aunque esto pueda considerarse como un argumento a favor del fiscal investigador, no hay que perder de vista que esta mayor agilidad a la hora de resolver los asuntos de menores se debe en parte a la alta tasa de conformidades que se alcanzan en estos procesos y a la sencillez de la instrucción de gran parte de las causas.

Por último, la mayoría de los procesos penales de los países de nuestro entorno prevén la figura del fiscal investigador, por lo que la adopción de éste conllevaría una positiva uniformidad con respecto a estos sistemas, lo que agilizaría los procedimientos de delincuencia transnacional. Además, está comprobado que en estos sistemas extranjeros el modelo basado en la investigación del fiscal lleva años funcionando sin problemas, siendo más ágil y rápido que nuestro modelo basado en el juez instructor.

A todo lo anterior hay que añadir el hecho de que en el presente año 2020 debe entrar en funcionamiento la Fiscalía Europea, por aplicación del Reglamento 2017/1939, de 12 de octubre de 2017, del Consejo, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía de la Unión Europea. Se trata de una circunstancia que hace altamente aconsejable el cambio general hacia un modelo de fiscal investigador, pues resulta difícilmente defendible la coexistencia de dos modelos diversos en nuestro sistema de enjuiciamiento criminal.

La cooperación judicial internacional está adquiriendo una importancia cada vez más significativa, especialmente en el ámbito de la Unión Europea. El Informe de la sexta ronda de evaluaciones mutuas del grupo GENVAL del

Consejo de la UE sobre España, publicado el 9 de octubre de 2014, analiza de forma completa y realista la situación existente, destacando la falta de un marco legal homologable con la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea. Este informe afirma que “el sistema procesal español es extremadamente complejo y fragmentario”, y que “la cooperación en materia penal se caracteriza por la multiplicidad de actores y la falta de coordinación general, y por la carencia de un instrumento general para seguir el curso de las solicitudes de asistencia judicial”. Por ello recomienda “reflexionar sobre la función, atribuciones y obligaciones respectivas de todos los actores de la asistencia judicial en España”³⁸.

Además, hay que recordar que, a nivel europeo, cuando se habla de autoridad judicial en materia de cooperación internacional se hace referencia al Ministerio Público. La razón de dicha equiparación no sólo se encuentra en que en la mayoría de los sistemas legales europeos es el fiscal el que dirige la investigación, sino también en relación con la transposición de la Directiva 2014/41/CE relativa a la orden europea de investigación en materia penal. En efecto, la Fiscalía es la autoridad operativa que ostenta las competencias en materia de cooperación internacional en el Espacio Judicial Europeo regido por la norma de la transmisión directa, dando mayor cohesión a las comunicaciones entre las autoridades judiciales, sin poner en riesgo la investigación y respetando la normativa en materia de protección de datos personales³⁹.

Por lo tanto, esta necesidad de facilitar la cooperación judicial internacional juega como otro argumento a favor del fiscal investigador. Todo ello sin perjuicio, naturalmente, de que algunos instrumentos de reconocimiento mutuo deben quedar en todo caso reservados a las autoridades judiciales (por ejemplo, las órdenes europeas de investigación para la obtención de prueba transfronteriza que puedan entrañar afectación de derechos fundamentales).

³⁸ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (GRUPO GENVAL), *Informe de evaluación sobre la Sexta ronda de evaluaciones mutuas. Informe sobre España*, (Doc.1104/2/14), pp.11, 31, 47 y 75.

³⁹ JIMENEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, Francisco: “Capítulo XII: Orden Europea de Investigación” en *Memento Experto Cooperación jurídica penal internacional*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2016, pp. 3, 18.

Para concluir, cabe recordar que la instrucción no aparece encomendada a los jueces en la Constitución, cuyo artículo 117 establece que a los jueces les corresponde “*juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*”. No obstante, la Carta Magna añade que podrán ejercer también las funciones que “*expresamente le sean atribuidas por las leyes en garantía de cualquier derecho*”, lo que ha posibilitado atribuirles la función de instrucción en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la Ley de Enjuiciamiento criminal. Sin embargo, con la excepción de los actos concretos en los que la intervención jurisdiccional es necesaria, la investigación entendida como función administrativa no afecta a ningún derecho. Por lo tanto, la atribución de la instrucción al fiscal en modo alguno quebrantaría el reparto de competencias a la Constitución⁴⁰.

4.2. Argumentos en contra del fiscal investigador

Como se ha explicado anteriormente, el Ministerio Fiscal no es independiente del Poder Ejecutivo, siendo la muestra más significativa de ello la facultad que éste tiene para proponer el nombramiento del Fiscal General del Estado. De esta forma, aunque la actuación de los fiscales venga regida por los principios de imparcialidad y legalidad, esta fuerte dependencia podría provocar que estos operadores jurídicos se vieran influenciados por las directrices del Gobierno a la hora de ejecutar unas diligencias de investigación determinadas, convirtiéndose en investigadores parciales para intereses ajenos al proceso.

En especial, esto podría suceder en los supuestos de corrupción o criminalidad económica, cuando estén vinculados a autoridades públicas, partidos políticos u otros intereses del Estado. Es cierto que estos casos suponen un bajo porcentaje de los asuntos que llegan a los juzgados; sin embargo, son supuestos de mucha relevancia por su trascendencia y la alarma social que provocan, y su adecuada persecución es un indicador del buen funcionamiento del Estado de Derecho, al demostrar que la justicia es igual para todos. En conclusión, el riesgo de que los fiscales sufran injerencias

⁴⁰ Cfr. FUENTES SORIANO, Olga: *El Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma*. Documento de trabajo 16/2003, Fundación Alternativas, 2003, p.25.

políticas en el desarrollo de la investigación es mucho mayor al riesgo de que lo sufran los jueces.

Además, hay que destacar que, desde el punto de vista de la sociedad, el Ministerio Fiscal está asociado al Gobierno, por lo que muchos ciudadanos no entenderían la atribución de unas competencias tan determinantes para el enjuiciamiento criminal a esta institución, y algunos lo considerarían como una violación del principio de división de poderes. Así, la atribución de la investigación al fiscal en estas condiciones conllevaría una pérdida generalizada de la confianza en la Administración de Justicia del país.

A ello se suma la dependencia *ad intra* del Ministerio Fiscal, es decir, el principio de jerarquía interna por el que se rige la institución. Esta jerarquía interna, vista como una condición fundamental para asegurar la unidad de actuación, es demasiado intensa actualmente, lo que implica que los fiscales no podrían llevar a cabo la instrucción de los casos penales con la suficiente autonomía respecto de sus superiores.

El principio de unidad de actuación y de jerarquía interna suponen también un riesgo de comportamientos abusivos del fiscal investigador. Esta configuración de su estructura interna podría suponer la eliminación de frenos y contrapesos internos que eviten el riesgo de actuar con lenidad y de manera arbitraria. En los países con un Ministerio Público descentralizado, casi siempre cabe, por vía directa o indirecta, que las omisiones de una fiscalía sean paliadas por otra. Sin embargo, en España, dada la estructura constitucionalmente predeterminada del Ministerio Fiscal, el único verdadero límite frente a comportamientos abusivos es la acción popular⁴¹.

Por otra parte, la atribución al fiscal de la competencia para llevar a cabo las diligencias de investigación requeriría una intensa preparación, ya que supone atribuirles facultades, actividades y responsabilidades que estos profesionales nunca antes han llevado a cabo. Es cierto que se trata de un cuerpo altamente cualificado y muy familiarizado con el proceso penal, dado que es hoy en día una pieza clave del mismo. Sin embargo, los fiscales no

⁴¹ DÍEZ-PICAZO, Luis María: "Siete tesis sobre la idea de Fiscal investigador" en *Teoría y Derecho Revista de Pensamiento Jurídico* I/2007 ¿Ministerio Fiscal o Juez instructor? *La investigación penal a debate*, 2007, pp.28-39.

están especializados en dirigir la investigación, por lo que sería necesario una formación previa y específica para ello, a la que la Administración de Justicia tendría que hacer frente con los escasos medios de los que dispone.

En otro orden de cosas, el hecho de acumular en la misma figura la función de investigador y de acusador público puede provocar una pérdida de imparcialidad al ejercitar la acusación pública, ya que el fiscal puede “estar contaminado” por las convicciones o impresiones personales que ha desarrollado en la fase de investigación. En el actual sistema, el juez de instrucción no tiene ningún interés en el resultado de un futuro juicio, ya que ni acusa ni juzga, por lo que no está condicionado en llevar la instrucción en un sentido o en otro. Además, en el sistema actual, son dos cuerpos profesionales los que deben de estar de acuerdo para concluir la instrucción y pasar a la siguiente fase, juez de instrucción y fiscal; sin embargo, tras el cambio, solo sería necesario el criterio del fiscal, lo que restaría garantías⁴².

Otro argumento en contra del fiscal instructor es la necesaria creación del juez de garantías para que este sistema sea posible, cuya misión sería vigilar la acción del fiscal para asegurar que se garanticen los derechos fundamentales del investigado y ejercer las potestades jurisdiccionales que sean necesarias durante la investigación. Esto, en primer lugar, pone de manifiesto que el Ministerio Fiscal no es un órgano autosuficiente para tomar todas las decisiones que requiere esta fase, ya que necesitaría la autorización judicial para llevar a cabo algunas medidas o decisiones. En segundo lugar, esta permanente necesidad de recurrir al órgano judicial cada vez que sean necesarias potestades jurisdiccionales podría provocar duplicidades y ralentización del proceso, que es precisamente uno de los aspectos que se pretende corregir con la reforma.

Al hilo de lo anterior hay que añadir el potencial problema que generaría la nueva configuración de la defensa y de la intervención del resto de las partes en el proceso durante la fase de investigación, en especial, el derecho de

⁴² Cfr. CONFILEGAL: “Fiscales instructores: Un magistrado y una fiscal debaten a corazón abierto sobre si serán mejores que los jueces instructores”. Disponible en <https://confilegal.com/20200417-fiscales-instructores-un-magistrado-y-una-fiscal-debaten-a-corazon-abierto-sobre-si-seran-mejores-que-los-jueces-instructores/> [consulta: 23/04/2020]

contradicción. Con el sistema del fiscal investigador podrían plantearse supuestos en los que una de las partes solicitara al fiscal medios para acreditar sus pretensiones, que podrían ser opuestas a la línea de la investigación desarrollada por éste. Si éste no las aceptase por considerarlas inútiles o improcedentes, la parte podría acudir al juez de garantías, cuya decisión también podría ser objeto de recurso. De esta forma, se aprecia como este sistema podría desembocar en falta de celeridad y rapidez y un encargo indirecto al juez de la dirección de la investigación⁴³.

La acción popular, expresamente garantizada por el artículo 125 de nuestra Constitución, se vería también afectada por un fiscal investigador, ya que debilitaría su efectividad. Esto se debe a que los particulares, salvo excepciones, no disponen de medios para esclarecer debidamente los hechos delictivos y hacer acopio del material probatorio necesario para sostener la acusación. En el modelo actual, el particular que ejerce la acción popular puede apoyarse en el juez de instrucción, que es un órgano independiente e imparcial con respecto a la acusación y defensa. Sin embargo, en un sistema con el Ministerio Fiscal como encargado de la investigación, el fiscal tendría instrumentos para dificultar el acceso de los particulares a los datos necesarios para ejercer seriamente la acción penal, por lo que el contrapeso que ahora representa la acción popular frente al Ministerio Fiscal dependiente del Ejecutivo se vería fuertemente debilitado⁴⁴.

Finalmente, muchas son las dudas que se suscitarían respecto a la organización de la Administración de Justicia tras la reforma. Sería necesario un sistema de organización que permitiese una comunicación eficiente y eficaz entre el fiscal y el juez de garantías del caso, lo que supondría también una revisión de las funciones de los letrados de la Administración de Justicia y del resto de funcionarios de los juzgados. Inevitablemente, sería conveniente una reestructuración de la nueva Oficina Judicial, actualmente dirigida por el letrado de la Administración de Justicia. Esto plantea varios problemas, ya que un

⁴³ CAZORLA PRIETO, Soledad: "Diligencias practicadas por el Ministerio Fiscal en la investigación penal" en *Cuadernos de Derecho Judicial III*, 1998.

⁴⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis María: "Siete tesis sobre la idea de Fiscal investigador" op.cit. pp.28-39.

cambio de este calado requeriría mucho tiempo y elevados medios económicos, lo que se antoja complicado teniendo en cuenta el reducido presupuesto de la Administración de Justicia. Además, habría que abordar la dotación de un presupuesto autogestionado pro el propio Ministerio Fiscal, lo que incluye una inversión en medios materiales y humanos, pues se debería realizar un nuevo diseño de las plantillas para afrontar las nuevas necesidades del modelo procesal⁴⁵.

5. FORMAS DE CONFIGURACIÓN DEL FISCAL INVESTIGADOR

5.1. Comparativa entre los dos anteproyectos de reforma en España

Como se acaba de mencionar, ambos textos introducían de forma similar la figura del fiscal investigador, si bien el de 2011 ofrece un desarrollo más extenso y detallado que el de 2013. La idea que reside en esta figura es el abandono del tradicional sistema en el que la fase de instrucción o investigación es competencia del juez de instrucción. Así, con este nuevo modelo, se traspasarían del juez al fiscal las tan fundamentales funciones de investigación.

Para analizar la forma en que pretendieron adoptar esta nueva figura los dos anteproyectos, se lleva a cabo en las siguientes líneas una comparativa entre ambos textos sobre cada aspecto relevante relacionado con la misma.

5.1.1. El papel del Ministerio Fiscal en el proceso penal

En ambos proyectos, el Ministerio Fiscal conserva su papel de acusador público, por el cual ha de ejercitar la acción penal contra quienes deban responder criminalmente por cometer hechos punibles. Además, le corresponde también el ejercicio de la acción civil cuando el perjudicado no haya hecho expresa renuncia o reserva o no se persone en el procedimiento penal.

⁴⁵ MORALES PRATS, Fermín: “El proceso de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: un largo y curvo camino” en *Editorial Revista de derecho y proceso penal*, 2013, 33.

Lo relevante es que ambos textos configuran al Ministerio Fiscal como encargado de las diligencias de investigación para el esclarecimiento del hecho punible, la averiguación de los responsables, la protección de la víctima y el aseguramiento de las responsabilidades exigidas. Y tales funciones están presididas en los dos textos por el principio de legalidad, propio de la actuación del Ministerio Fiscal.

5.1.2. El juez de garantías

Para poder otorgar al Ministerio Fiscal la función de investigación, ambos proyectos coinciden en la necesidad de instaurar un juez de garantías⁴⁶, al que el fiscal siempre debe acudir para solicitar autorización antes de adoptar medidas que afecten a derechos fundamentales, como la prisión preventiva, el registro domiciliario, la intervención telefónica, etc.

Además, en ambos textos, esta autoridad judicial resuelve sobre las peticiones de medidas cautelares durante la investigación y las impugnaciones de las partes contra los decretos del Ministerio Fiscal (cuestión regulada de forma algo diversa, según veremos, en uno y otro anteproyecto).

Aparte de lo anterior, este órgano cuenta con otras funciones durante la fase de investigación, que son más amplias en el anteproyecto de 2011 que en el de 2013. Algunas de estas son las siguientes: controlar la duración de la investigación, autorizar el secreto de la investigación y disponer el sobreseimiento del procedimiento de investigación.

En definitiva, la figura del juez de garantías está pensada para llevar a cabo las actividades de naturaleza jurisdiccional de la fase de investigación, reservando las de carácter administrativo al fiscal instructor.

Lo común de todas estas actuaciones es que el juez se sitúa en una posición pasiva desde la que resuelve distintas pretensiones que le son formuladas, sin alinearse con los intereses en juego.

No obstante, a pesar de prever ambos anteproyectos esta figura, tienen una configuración distinta del control llevado a cabo por este juez. Por un lado, el anteproyecto de 2011 prevé al final de la fase de investigación un trámite

⁴⁶ Denominado Tribunal de Garantías en el Proyecto de 2013.

específico ante el juez para que defensa y acusación controlen las actuaciones del fiscal investigador, que podrán ser en ese momento subsanadas si es necesario. Por otro lado, la propuesta de 2013 declara impugnables ante el Tribunal de Garantías los decretos emitidos por el fiscal en cualquier momento a lo largo de la investigación. Así, el primer sistema dota de mayor autonomía y libertad al fiscal para llevar a cabo la investigación, impidiendo todo efecto obstaculizador o dilatorio de la actividad investigadora; mientras que el segundo incorpora un control más fuerte de la actuación del fiscal por parte del resto de las partes en el proceso, ralentizando así el mismo.

Cabe destacar que, a pesar de esto, la impugnación de los decretos del fiscal en el anteproyecto de 2013 carece de efectos suspensivos, salvo cuando estos se requieran, y tras la ponderación de los intereses concurrentes por el Tribunal de Garantías. De esta forma, su efecto ralentizador se atenúa.

En ambos textos se prevé la posibilidad de que el fiscal dicte decreto de inadmisión o archivo, decidiendo así no investigar por concurrir alguna de las causas tasadas; por ejemplo, considerar que el hecho no es constitutivo de infracción penal. En estos casos, los denunciados, querellantes u ofendidos pueden impugnar este decreto ante el juez de garantías. Sin embargo, el decreto de iniciación de la investigación no es impugnable.

Finalizadas las diligencias de investigación, en ambos textos se prevé que el fiscal pueda dictar decreto de conclusión y archivo cuando considere que no concurren elementos suficientes para ejercitar la acción penal. En este caso, los acusadores personados y los ofendidos y perjudicados pueden impugnar el decreto ante el juez de garantías.

El anteproyecto de 2011 recoge además otra importante facultad del juez de garantías, ya que éste, en cualquier estado del procedimiento y previa petición del investigado, dispondrá el sobreseimiento cuando los hechos investigados carezcan manifiestamente de relevancia penal.

5.1.3. Atribución de la competencia

Conforme al artículo 24 de la Constitución, que consagra el derecho de todos al juez ordinario predeterminado por la ley, se exige un sistema estricto de atribución de competencia judicial, que afecta al juez de garantías.

Sin embargo, al no tener la naturaleza de órgano jurisdiccional, la competencia del fiscal investigador se basa en un régimen flexible, conforme a lo establecido en el EOMF.

Ambos proyectos exponen de forma detallada las reglas de atribución de competencia del juez o tribunal de garantías, sin embargo, tan solo el anteproyecto de 2011 se ocupa de regular lo correspondiente a este respecto para el fiscal encargado de la investigación.

Según este texto, son, en principio, las mismas reglas competenciales aplicables al juez de garantías las que han de determinar la Fiscalía que debe dirigir las diligencias de investigación. De esta forma, son los distintos fueros personales y territoriales fijados para el juez los que han de designar la Fiscalía competente. No obstante, en función de las particularidades de la materia afectada o de la complejidad del asunto, la investigación puede ser encomendada a un órgano central de la institución, bien a una Fiscalía especial (Anticorrupción o Antidroga), bien a un Fiscal de Sala especialista situado dentro de la estructura de la Fiscalía General del Estado. Aunque esto no se prevea de forma explícita en el anteproyecto de 2013, cabe pensar que se aplicaría esta misma solución para la atribución de casos.

Además, el anteproyecto de 2011 determina que, para la asignación del fiscal investigador, se ha de seguir un sistema de reparto en el que prevalezcan los criterios de especialización. También incluye la posibilidad de crear equipos de investigación compuestos por varios fiscales en casos de asuntos complejos o que requieran conocimientos especiales.

5.1.4. La Policía Judicial

En ambos anteproyectos, la Policía Judicial depende orgánica y funcionalmente del Ministerio Fiscal, y, una vez iniciada la fase de investigación, está obligada a ejecutar las instrucciones que imparta el fiscal encargado.

También en ambos casos se distinguen las investigaciones realizadas por iniciativa propia de la policía anteriores al verdadero procedimiento de investigación bajo la dirección del fiscal. En el texto de 2011 son denominadas *investigaciones preliminares*, y en el de 2013 *diligencias de prevención*.

El texto de 2011 explica que estas investigaciones preliminares han de ser actos de injerencia nula o mínima, y que sólo son justificadas cuando no existe una persona claramente identificada. Por tanto, deben cesar con la identificación del sujeto que se considera responsable, momento en que se pone la investigación a disposición del fiscal a través de la remisión del atestado. Tras esto, en su caso, se inicia el verdadero procedimiento formal de investigación, que lleva consigo garantías de gran importancia, empezando por la asignación de un juez de garantías desde el momento de la incoación.

El anteproyecto de 2013 recoge un sistema diferente respecto de la comunicación al fiscal de estas actuaciones por iniciativa propia de la Policía Judicial, ya que, en lugar de ser determinante la identificación del sujeto, se impone un plazo de veinticuatro horas para poner en conocimiento del fiscal estas actuaciones mediante atestado.

5.1.5. La notitia criminis

La *notitia criminis* sólo puede llegar al fiscal, como director de la investigación, pero éste ha de comunicar su decisión inicial sobre la apertura de la investigación de forma inmediata al juez. Por tanto, el juez no recibe denuncias ni atestados, en ninguno de los anteproyectos.

5.1.6. Personación en el proceso

En este aspecto se aprecian similitudes entre ambos textos en lo referido a la acusación particular, y diferencias en lo relativo a la acción popular.

El acusador particular o el privado puede personarse ejerciendo acción penal y, en su caso, civil, mediante querrela ante el fiscal. En este punto se produce una muestra del juego entre el fiscal investigador y el juez de garantías, ya que quien no vea reconocida por el fiscal su condición de víctima para poder personarse en el procedimiento como acusación particular o privada puede acudir al juez para que revise esta decisión.

Respecto al acusador popular, el anteproyecto de 2011 establece que éste ha de personarse ante el juez, mientras que el de 2013 también prevé en este caso la personación ante el Ministerio Fiscal.

5.1.7. La primera comparecencia

En el anteproyecto de 2011 la investigación deriva del acto de la primera comparecencia, que viene a sustituir parcialmente a la ahora denominada “imputación”. Se trata de un acto de garantía que debe anticiparse lo máximo posible, dado que hace surgir los derechos defensivos del investigado y garantías objetivas, como el comienzo del cómputo del plazo de investigación. Esta primera comparecencia se distingue de la declaración del investigado, ya que no tiene una finalidad indagatoria, sino la de comunicación provisional de los cargos. El fiscal queda sometido a los límites de su propia comunicación, siendo necesaria una nueva comparecencia con las mismas características en caso de que a lo largo de la investigación se produzca una ampliación objetiva o subjetiva.

Por último, dada la importancia de esta comparecencia, se prevé un mecanismo de sanción judicial al retraso injustificado de la misma, siendo éste un signo más de control jurisdiccional de la actuación del Ministerio Fiscal.

El anteproyecto de 2013 regula la primera comparecencia de una forma completamente diferente, ya que ésta no marca el inicio de la investigación, sino que forma parte de la misma. Así, más que un acto del que se despliegan garantías para el investigado, la primera comparecencia es un acto en el que el fiscal comunica a la persona su imputación. Eso sí, antes del inicio de la declaración, se procede a la instrucción de derechos.

5.1.8. La configuración del derecho de defensa en la fase de investigación

Respecto al derecho de defensa, el anteproyecto de 2011 pretende garantizarlo al máximo, como requiere su naturaleza de derecho fundamental recogido en la Constitución. Así, hay que reforzarlo ahora frente a las nuevas funciones del Ministerio Fiscal. Se hace primero un llamamiento a esta institución para que vele por el derecho de defensa y para que actúe con objetividad en todas sus intervenciones, y se recuerda su deber de imparcialidad, deber que se refuerza con el nuevo modelo, ya que, al contrario de lo que ocurre ahora, el director de la investigación está sujeto a un control

de garantías. Otra señal del reforzamiento del derecho de defensa es la importancia que se da al acto de la primera comparecencia.

En el modelo de investigación no jurisdiccional de 2011 no se incluye la contradicción de posiciones, para evitar así la confusión entre las diligencias de investigación y las verdaderas pruebas desplegadas en la fase de juicio oral.

No obstante, sí se prevé la intervención de la defensa en la fase de investigación, a través de cuatro derechos: conocimiento íntegro de la investigación; aportación de elementos que considere necesarios: proposición de práctica de pruebas que puedan servir para su descargo, con posibilidad de acceder al juez en caso de denegación; y participación en la práctica de los actos de investigación. Estos derechos sólo se restringen en caso de necesidad de decretar el secreto de las investigaciones, que está limitado temporalmente y sujeto a control judicial.

El anteproyecto de 2013 también pretende potenciar el derecho de defensa en la fase de investigación, y lo configura de forma casi idéntica a lo explicado para el de 2011. En resumen, no hay contradicción, pero la defensa puede intervenir en las diligencias de investigación e impugnar ante el Tribunal de garantías los decretos del fiscal cuando estima que menoscaban su derecho de defensa.

5.1.9. Duración de la fase de investigación

En este aspecto también divergen ambos anteproyectos, ya que el de 2011 prevé una duración máxima de la investigación de doce meses; mientras que el plazo del de 2013 es de seis meses. Ésta es la regla general, ya que ambos textos prevén supuestos especiales en los que estos plazos son más extensos o se pueden prorrogar con autorización del juez de garantías.

5.1.10. El juicio de acusación

Otro de los aspectos en los que tampoco hay coincidencia entre ambos textos tiene que ver con el juicio de acusación o fase intermedia, que es la fase posterior a la investigación y previa al juicio oral.

En el anteproyecto de 2011, una vez concluida la fase de investigación, entra en juego un juez diferente al de garantías, que es el juez de la Audiencia Preliminar, evitando así que esté contaminado por los previos juicios de

garantías durante la investigación. Este juez tiene la función de admitir y sanear, parecida a la del juez civil en la llamada audiencia previa del juicio, pero más amplia, ya que ha de decidir si la acción penal interpuesta está suficientemente fundada y si, por tanto, procede la apertura del juicio oral o el sobreseimiento. Este juez del juicio de acusación no interviene en el desarrollo del plenario.

Por el contrario, en el anteproyecto de 2013, el juicio de acusación compete al mismo juez de garantías de la fase de investigación. Ante éste se presentan los escritos de acusación y de defensa, y acuerda mediante auto la apertura de juicio oral o el sobreseimiento de la causa. Por tanto, en el texto de 2013, el juez de garantías interviene tanto en la investigación como en la fase intermedia, a partir de la cual entra en acción el juez o tribunal encargado del enjuiciamiento.

5.1.11. Nueva organización

Como ya se ha comentado, la atribución de las competencias de investigación al fiscal requeriría de una nueva organización de la Administración de Justicia, que afectaría al funcionamiento de los juzgados y de la Oficina judicial. Este asunto sólo es abordado por el anteproyecto de 2011, que da una solución bastante coherente, pero que requeriría de un desarrollo más extenso. Se opta en este texto por un sistema documental simplificado, utilizando los actuales instrumentos de la Oficina judicial, de forma que ésta sirviera simultáneamente al fiscal y al juez del procedimiento como soporte de ordenación procesal. En cuanto a su funcionamiento, el fiscal trasladaría de forma inmediata su decreto inicial al letrado de la Administración de Justicia. Tras esto, se asignaría a tal decreto un número de registro, y se determinaría con las reglas de reparto el juez de garantías competente en el caso concreto. Así, existiría una misma Oficina judicial al servicio del juez y del fiscal, y dirigida por un único letrado de la Administración de Justicia, lo que evitaría duplicidades documentales.

5.1.12. Procedimiento por delitos leves

En ambos textos se prevé que se aplique el principio de oportunidad para sobreseer la causa cuando el delito sea de escasa gravedad (las antiguas

faltas). Sin embargo, en el de 2011, se prevé la posibilidad de que el fiscal no acuda a la oportunidad, caso en que se remite la denuncia al juez para el enjuiciamiento inmediato de la causa.

4.2. Derecho comparado: el fiscal investigador en otros países de nuestro entorno

Se han seleccionado tres países de nuestro entorno para realizar un sucinto análisis sobre su forma de regular la figura del fiscal investigador en el enjuiciamiento criminal. Cada uno de ellos tiene una organización distinta, y se basan también en principios diferentes. Con su análisis se pueden extraer los aspectos positivos y negativos de cada uno, y así obtener ideas para una eventual reconfiguración de nuestro proceso penal⁴⁷.

4.2.1. Italia

En Italia el Ministerio Público tiene el monopolio en el ejercicio de la acción penal y dirige la fase de investigación desde la aprobación del nuevo Código del Proceso Penal en 1988, que eliminó la figura del juez instructor.

Esta institución se ubica institucional y constitucionalmente en la *magistratura*, lo que implica que los jueces y los miembros del Ministerio Público gozan del mismo *estatus*, y que su órgano de autogobierno es común. De esta forma, el Ministerio Público italiano forma parte de la función judicial, y es independiente de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, por lo que no existe un organismo externo que le pueda dar instrucciones o supervisar sus actividades. Esto implica a su vez que ninguna institución responde de sus actividades en el ámbito del proceso democrático. Es decir, la potenciación de la independencia del Ministerio Público ha provocado la inexistencia de un control democrático de la política criminal.

Los jueces y los miembros del Ministerio Público son inamovibles, solo pudiendo ser trasladados de un órgano a otro si lo desean, o por procedimientos judiciales o cuasijudiciales en caso de incompatibilidades o infracciones disciplinarias.

⁴⁷ Para llevar a cabo este estudio, se siguen principalmente los contenidos al respecto de la obra de MARTÍN PASTOR, José: *El Ministerio Público y el Proceso Penal en Europa*, op.cit., pp. 45-69, 99-119, 163-187.

El principio de jerarquía interna también se ha relajado, gozando cada órgano del Ministerio Público de un amplio margen de autonomía en su actuación. Además, no existe una estructura jerárquica interna con poder para coordinar la actuación de la institución en todo el territorio nacional.

Todo lo anterior hace que en Italia no se pueda hablar de una política criminal unitaria, de responsabilidad política en el ejercicio de los poderes de la institución, ni de unidad y coordinación en el ejercicio de la acusación pública.

Respecto a la fase de investigación en concreto, el Ministerio Público dirige la misma, y es quien recibe la *notitia criminis*, disponiendo para ello directamente de la Policía Judicial. De acuerdo con el principio de imparcialidad y objetividad que rige su actuación, debe investigar tanto a favor como en contra del investigado.

Se prevé la figura del *giudice per le indagini preliminari*⁴⁸ para llevar a cabo las actividades en la fase de investigación que supongan el ejercicio de la potestad jurisdiccional, como aplicar medidas cautelares o autorizar inspecciones, pesquisas o interceptación de las comunicaciones. Además, este juez tiene la función de controlar y garantizar la actividad de la Policía Judicial y del Ministerio Público.

La Ley 7.12.2000 introdujo en el código la “investigación defensiva”, pretendiendo garantizar equidad entre el acusador y la defensa durante la investigación preliminar. En virtud de esta ley, el defensor del indagado tiene la facultad de llevar a cabo investigaciones destinadas a encontrar e identificar elementos probatorios a favor de su defendido y recibir declaraciones de personas que puedan ser útiles para la investigación.

Esta ley fue criticada por la magistratura, que temía una interferencia de las investigaciones de la defensa con las de la Policía Judicial y del Ministerio Público, además de la posibilidad de duplicidades en las actuaciones. En primer lugar, considera que hubiera sido preferible que la adquisición de elementos de prueba a favor del indagado fuera requerida por el defensor al Ministerio Fiscal o al juez de investigaciones preliminares. Por otro lado, hay

⁴⁸ Juez de investigaciones preliminares.

que tener en cuenta que ya es obligación del Ministerio Público la verificación de hechos o circunstancias favorables para el investigado⁴⁹.

En el ejercicio de la acción penal rige el principio de obligatoriedad o legalidad, pero, dada la imposibilidad material de perseguir todos los delitos, los miembros del Ministerio Fiscal gozan de un amplio margen de apreciación y discrecionalidad al ejercitar la acción penal. Además, cualquier decisión discrecional en materia de investigación o ejercicio de la acción penal está exenta de responsabilidad, lo que no garantiza el principio de igualdad ante la ley y excluye el control democrático de la política criminal.

4.2.2. Alemania

En Alemania, el Ministerio Público ostenta la función de investigación y el monopolio en el ejercicio de la acusación en el proceso penal.

El Ministerio Público es una autoridad dentro de la Administración de Justicia, pero depende del Poder Ejecutivo. Carece totalmente de independencia, y esto por diferentes motivos: el Ministro Federal de Justicia propone al Procurador Federal General y le imparte instrucciones, se mantiene informado de sus actuaciones, y tiene la responsabilidad política de su actividad. Así, mediante el derecho de instrucción externo, el Ministerio Público actúa como órgano subordinado del Ministerio de Justicia, en defensa de la voluntad estatal para el correcto ejercicio del *ius puniendi*.

Respecto a sus relaciones con el Poder Judicial, los órganos del Ministerio Público son independientes de los tribunales en el ejercicio de sus deberes y funciones y no pueden ejercer funciones judiciales.

Internamente, el Ministerio Público se organiza en base a los principios de unidad y jerarquía, con el fin de garantizar la uniformidad en la aplicación del derecho dentro de cada demarcación.

Todo lo anterior permite aplicar una política criminal uniforme que garantiza la igualdad de trato, y la coordinación de las investigaciones para asegurar la afectividad de la actuación. Sin embargo, esta dependencia puede provocar una excesiva injerencia del poder político en la investigación y el

⁴⁹ CASSO, Giovanni. "El Sistema Procesal Penal Italiano (ventajas y dificultades)". *Dikaion: revista de actualidad jurídica*, n°12, 2003, p.8.

ejercicio de la acción penal, llegando a ser incompatible con los principios de neutralidad y objetividad.

En el desarrollo de la investigación penal, el Ministerio Público debe actuar bajo el principio de objetividad, es decir, tratando de averiguar las circunstancias que sirvan tanto para inculpación como para la exculpación. Para llevar a cabo estas diligencias, dispone de amplios poderes, decidiendo de forma autónoma, en virtud de los resultados, si el procedimiento se archiva o se formula acusación.

La policía sólo tiene derecho al primer acceso y luego debe dejar el procedimiento en manos del Ministerio Público, que decide qué otras investigaciones son necesarias, pudiendo llevarlas a cabo directamente o encomendándoselas a la policía. Por el contrario, en los casos leves y de mediana gravedad, la policía realiza las investigaciones de forma independiente, dejando el procedimiento en manos del Ministerio Fiscal cuando finaliza las mismas.

En el proceso de investigación alemán sólo se requiere de un juez cuando las medidas indagatorias necesarias están vinculadas a la restricción de derechos fundamentales (registro domiciliario, interceptación de comunicaciones, etc.) o cuando las pruebas deben ser protegidas de forma especial (como el interrogatorio judicial del acusado o de testigos). En estos casos, el juez sólo está autorizado para evaluar si las medidas solicitadas por el Ministerio Fiscal se encuentran permitidas por la ley, y, en caso afirmativo, llevarlas a cabo; mientras que la utilidad de tales medidas sólo es valorada por el Ministerio Fiscal, que es el que tiene el control del procedimiento de la investigación⁵⁰.

En el ejercicio de la acción penal, se aplica el principio de obligatoriedad, pero viene matizado por alguna manifestación de oportunidad reglada. Por ejemplo, se prevé la no persecución de asuntos de poca importancia.

⁵⁰ PERRON, Walter: "Principio de oportunidad y orden penal, vías para abreviar el proceso penal en Alemania", en FUENTES SORIANO, Olga (coordinadora): *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 64-77.

4.2.3. Portugal

El Ministerio Público en Portugal es competente en la investigación penal y en el ejercicio de la acusación. También recibe la *notitia criminis*.

El Ministerio Público portugués se integra en el Título V, que la Constitución dedica a los “Tribunales”, lo que demuestra con claridad que forma parte del Poder Judicial y no del Ejecutivo⁵¹. Así, la institución goza de plena autonomía orgánica y funcional respecto del gobierno, y se autogobierna sin interferencias del mismo.

Respecto a la organización interna, el Ministerio Público presenta una estructura jerarquizada, por lo que sus miembros se encuentran subordinados entre sí. De esta forma, son responsables, es decir, responden por el cumplimiento de sus deberes y por la observancia de las instrucciones que reciban de sus superiores.

La fase preliminar o fase de investigación en el proceso penal portugués se divide en dos subfases: el *inquérito* y la *instrução*.

La primera es la fase de investigación propiamente dicha y obligatoria, encargada al Ministerio Público. Se caracteriza por los principios de secreto y de escritura, y por la ausencia de contradicción. En esta fase está prevista la actuación del juez de instrucción para realizar las eventuales funciones jurisdiccionales, garantizando el respeto a los derechos fundamentales. Durante las actuaciones de investigación, la Policía Judicial está bajo las órdenes del Ministerio Público, en régimen de dependencia funcional.

La segunda subfase, sólo prevista para el proceso ordinario, es la de *instrução*, que es eventual y está a cargo del juez de instrucción. Tiene como finalidad la comprobación judicial de la decisión del Ministerio Público sobre acusar o archivar el caso. Así, es una instrucción judicial suplementaria, que surge cuando lo pide alguna de las partes; y en ella hay contradicción y la Policía Judicial asiste al juez.

⁵¹ ALVES COSTA, Jorge A: “Independência, legalidade e imparcialidade da Procuradoria Europeia – Contributo para garantia e densificação dos direitos processuais de suspeitos e arguidos”, en *Revista de Estudos Europeos*, nº extraordinario monográfico, 1-2019, pp. 274-285.

El Ministerio Fiscal ejercita la acción penal sujeto al principio de legalidad; no obstante, hay alguna manifestación de oportunidad reglada o condicionada. Este ejercicio de la acción penal no es en régimen de monopolio, ya que existen los acusadores no oficiales.

6. IMPLANTACIÓN DEL FISCAL INVESTIGADOR EN ESPAÑA

6.1. Presupuestos iniciales necesarios

6.1.1. Reducir la dependencia del Ministerio Fiscal respecto del Poder Ejecutivo

El Ministerio Fiscal está marcado por una fuerte dependencia respecto del Poder Ejecutivo, lo que constituye el primer obstáculo para atribuirle las funciones de investigación en el enjuiciamiento criminal.

Para eliminar este impedimento sería necesaria una reforma del EOMF que reforzase la autonomía de la institución respecto del Gobierno, y que además fuera percibida por la opinión pública, ya que esta institución es vista por la generalidad como dependiente del Ejecutivo. Por tanto, se trata de reforzar tanto la independencia como la apariencia de independencia. Esto último es de vital importancia, ya que no se puede encomendar una función tan crucial como es la investigación criminal a una institución cuya imparcialidad es percibida con recelo por los ciudadanos, que opinan que está a las órdenes del Gobierno. Esto conllevaría un sentimiento generalizado de desconfianza en la justicia, al considerar que se convierte en un instrumento al servicio de los intereses del Ejecutivo, lo que la debilitaría y provocaría un clima de conflictividad y protesta ciudadana.

En primer lugar, habría que reforzar la autonomía del Fiscal General del Estado, ya que es la máxima autoridad del Ministerio Fiscal y, actualmente, se percibe socialmente como una *longa manus* del Poder Ejecutivo⁵².

Una de las posibles reformas que contribuirían al reforzamiento de la independencia de este cargo tiene que ver con su nombramiento. Sería positivo

⁵² MORAL GARCÍA, Antonio del: "La Reforma del Proceso Penal: retos y objetivos" en *Boletín del Ministerio de Justicia*, número 2186, febrero 2016 (Monográfico 8: Las reformas del proceso penal), p.210.

ampliar la duración del mandato del Fiscal General del Estado a cinco años, de manera que no coincidiese con los cuatro años de duración previstos para cada legislatura.

Por otro lado, no se puede hacer nada respecto al mandato constitucional por el cual el nombramiento debe ser propuesto por el Gobierno, en tanto no se realice una modificación de la Constitución Española en este sentido. Sin embargo, se podría otorgar mayor fuerza vinculante a las valoraciones al respecto del Consejo General del Poder Judicial y de la eventual Comisión del Congreso de los Diputados.

Como se ha explicado anteriormente, la reforma de 2007 del EOMF tenía entre sus objetivos la de dotar de mayor autonomía a esta institución. Sin embargo, a pesar de realizar cambios interesantes, como los referentes al cese del Fiscal General del Estado, esta reforma fue insuficiente y no consiguió por tanto alcanzar los niveles de independencia que serían exigibles para poder dotar al fiscal de la potestad de investigador.

A pesar de que el reforzamiento de la autonomía de esta institución es esencial, también debe mantener una actuación leal frente a las indicaciones generales de política criminal para asegurar la unidad, coordinación y seguridad. Sólo de esta forma se puede garantizar una intervención de la justicia ágil y ordenada, que además sea en igualdad de condiciones para todos los ciudadanos.

Dicho esto, se hace necesario arbitrar un sistema intermedio por el cual el Ministerio Fiscal siga una política criminal común de forma coordinada en todo el territorio nacional, pero que a su vez no dependa de las directrices del Poder Ejecutivo y que sea visto como un órgano autónomo. Es decir, hay que coordinar el sometimiento al principio de legalidad con las exigencias derivadas de la ejecución de una política criminal concreta⁵³.

Para apoyar esta necesidad de reforma a fin de evitar injerencias del Ejecutivo, se puede recurrir al estudio de sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que dan respuesta a cuestiones prejudiciales en las

⁵³ FUENTES SORIANO, Olga: *El Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma*. Documento de trabajo 16/2003, Fundación Alternativas, 2003, p.35.

que se plantea si la Fiscalía puede ser considerada autoridad judicial conforme al significado autónomo de este concepto recogido en el artículo 6, apartado 1, de la Decisión marco sobre la orden europea de detención y entrega (DM OEDE), deteniéndose sobre el concepto de independencia que le debe acompañar.

En concreto, la Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 27 de mayo de 2019 concluye que la Fiscalía alemana no es una autoridad independiente y que, por lo tanto, no puede integrarse en el concepto de autoridad judicial de emisión del artículo 6, apartado 1, de la DM OEDE. El Tribunal llega a esta conclusión por el riesgo existente de que el poder ejecutivo alemán pueda influir en la Fiscalía en un caso concreto a través de una instrucción individual, ya que, de acuerdo con el artículo 147 de la Ley Orgánica de Poder Judicial alemana, el Ministro de Justicia dispone de una potestad de instrucción externa con respecto a la Fiscalía.

En sentido contrario, la Gran Sala, en su Sentencia de 27 de mayo de 2019 concluyó que la Fiscalía lituana sí es una autoridad judicial independiente, ya que su estatuto legal garantiza la objetividad de sus misiones y le confiere una garantía de independencia frente al Poder Ejecutivo a la hora de emitir las órdenes europeas de detención y entrega. Posteriormente, otras sentencias también dictadas por el TJUE en cuestiones prejudiciales, aunque ya no en formación de Gran Sala, consideran también independientes a las Fiscalías de Austria, Francia, Suecia y Bélgica.

No hay ninguna sentencia del TJUE que se pronuncie sobre la independencia de la Fiscalía española a propósito de la orden europea de detención y entrega, habida cuenta de que, como es sabido, la Ley de Reconocimiento Mutuo reserva la emisión de este instrumento a Jueces y Magistrados. Pero si la hipótesis de partida hubiera sido otra (posibilidad de emisión por la Fiscalía), teniendo en consideración las razones por las que no se considera independiente la Fiscalía alemana, se puede deducir que un pronunciamiento similar recaería sobre la española, ya que ésta no cuenta con un estatuto que garantice su independencia con respecto al Poder Ejecutivo.

6.1.2. Reconfigurar el sistema de jerarquía interna

En este punto se hace referencia al grado de la autonomía de cada fiscal miembro del Ministerio Fiscal, es decir, a la dimensión *ad intra* de la autonomía o independencia.

El principio de jerarquía interna se basa en el acatamiento por cada miembro del Ministerio Fiscal de las órdenes e instrucciones emitidas por sus superiores jerárquicos. Del análisis de la actual configuración de este principio, se puede concluir que los miembros del Ministerio Fiscal no pueden proceder de forma autónoma en el ejercicio de sus funciones, determinando por ellos mismos cual debe ser su actuación en el ejercicio de la legalidad en un caso concreto; sino que están sujetos a órdenes e instrucciones de sus superiores para, prácticamente, cualquiera de sus actuaciones.

Como se ha venido repitiendo a lo largo de la exposición, la jerarquía interna es un instrumento esencial para asegurar la unidad de actuación y la coordinación del Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones. La eliminación de este sistema supondría, como ocurre en Italia, comprometer la unidad de actuación y la responsabilidad del Ministerio Fiscal.

Sentada la necesidad de mantener este principio para introducir el fiscal investigador, sería necesario establecer un sistema más fuerte de contrapesos a esta jerarquía interna para asegurar que cada fiscal lleve a cabo la investigación de manera imparcial y con cierta autonomía, y atendiendo tan solo a criterios de legalidad y no políticos o partidistas, pero sin mermar el principio de unidad de actuación⁵⁴.

Así, hablaríamos de una jerarquía interna “atenuada”, que permitiese la coordinación y uniformidad de criterios de actuación, pero que no se entrometiese en las actuaciones individuales de cada fiscal en los casos concretos, salvo cuando fuese estrictamente necesario.

Conforme al EOMF, se prevé la posibilidad de que el Fiscal Superior del Estado, los Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas y los Fiscales

⁵⁴ MORAL GARCÍA, Antonio del: “La Reforma del Proceso Penal: retos y objetivos” en *Boletín del Ministerio de Justicia*, número 2186, febrero 2016 (Monográfico 8: Las reformas del proceso penal), p.211.

Jefes dicten órdenes a sus correspondientes subordinados, tanto de carácter general como referidas a asuntos concretos. En relación con esto, el artículo 25 del EOMF establece que cuando un fiscal recibe una de estas órdenes específicas, debe atenerse a las mismas en sus dictámenes. También prevé el artículo 26 del mismo Estatuto que el Fiscal General del Estado podrá dar instrucciones a cualquier integrante del Ministerio Fiscal.

Dicho esto, la primera medida sería eliminar la posibilidad de que los superiores dirigiesen a sus subordinados instrucciones específicas sobre como actuar en un caso concreto, tanto en lo referido a la investigación como a la acusación. De esta forma, los superiores sólo podrían emitir directrices generales para guiar la forma de actuar de sus subordinados, a través de principios y recomendaciones acordes con la política criminal del Estado, y nunca instrucciones concretas a un fiscal individual o sobre un caso específico. Así, las instrucciones particulares para un asunto concreto serían excepcionales, solamente posibles si fueran estrictamente necesarias para garantizar la legalidad de la actuación del fiscal en cuestión y estuviesen debidamente motivadas. Además, en caso de tener que recurrir a esto, la resolución que contenga esa directriz individual debería recogerse por escrito, prohibiéndose en todo caso las instrucciones verbales que pretendan influir en la actuación particular de un fiscal en el ejercicio de sus funciones.

De esta forma se evitarían instrucciones desde superiores jerárquicos, y en especial desde el Fiscal General del Estado, en asuntos que afecten a miembros del Gobierno o a partidos políticos, permitiendo que el fiscal al que se le asigne el caso actúe con total libertad y respetando los principios de legalidad e imparcialidad.

Para garantizar el cumplimiento de las órdenes e instrucciones, el EOMF prevé distintas soluciones que son una muestra más de la fuerte jerarquía interna existente en el Ministerio Fiscal. Por ejemplo, el artículo 23 da la posibilidad, tras la comunicación al Consejo Fiscal, de que el superior jerárquico pueda acordar la sustitución de un fiscal por otro en cualquier momento de la actividad que le haya sido asignada en cumplimiento de sus funciones. En caso de atribuir la investigación de los delitos al fiscal, este precepto, junto con otros parecidos, debería ser modificado, en el sentido de

fijar unas causas tasadas y objetivas para poder sustituir a un fiscal en el desarrollo de las diligencias de investigación. Así, el nuevo sistema debería basarse en la imposibilidad de remover a un fiscal de una investigación, exceptuado tan solo si concurriesen causas objetivas legalmente tasadas.

En la misma línea, el artículo 26 del mismo cuerpo legal establece que, también tras oír al Consejo Fiscal, el Fiscal General del Estado puede asignar un caso concreto a cualquiera de los miembros del Ministerio. Con la supuesta reforma, esta potestad, junto con otras similares, debería desaparecer, de manera que la asignación de casos se basara en un sistema objetivo y tasado, atendiendo, cuando fuera necesario, a requisitos de especialización en la materia concreta, pero nunca con intromisiones del Fiscal General del Estado o de cualquier otro superior.

Finalmente, habría que instaurar un sistema efectivo que proteja a los miembros del Ministerio Fiscal en el hipotético caso de que sus superiores se extralimitasen en el ejercicio de sus poderes al impartir instrucciones arbitrarias que fueran en contra de lo que se acaba de señalar, perjudicando los principios de legalidad e imparcialidad y la autonomía con la que deberían contar todos los fiscales en la dirección de la investigación criminal. Para ello, serían necesarios mecanismos fuertes de oposición a estas órdenes o instrucciones, que diesen una respuesta rápida y objetiva a estas graves intromisiones en el poder de decisión autónoma de cada fiscal. Estos sistemas de protección deberían estar basados en órganos colegiados y especializados, ajenos al procedimiento, que decidiesen desde un punto de vista objetivo sobre la legalidad de la orden o instrucción objeto de controversia.

6.1.3. Implantar un sistema estricto de abstención y recusación del fiscal investigador

Otra forma de garantizar la independencia e imparcialidad del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la investigación sería el reforzamiento del sistema de recusación y abstención de los fiscales, de manera que fuese tan estricto como el recogido respecto a los jueces y magistrados en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esto permitiría apartar a un fiscal de la investigación de un caso cuando éste se viese vinculado personalmente con el mismo.

6.1.4. Asegurar el derecho de defensa en la fase de investigación

El otorgamiento de las funciones de investigación al fiscal no debería suponer un perjuicio al derecho fundamental de defensa de todas las personas. Así, a pesar de que no entraría en juego el principio de contradicción en la nueva configuración de la fase de investigación, la intervención de las partes en la misma debe continuar siendo respetada.

FUENTES SORIANO afirma que en un sistema de investigación fiscal, “el debido respeto a la igualdad de armas en el proceso y con ella, en paralelo, al derecho de defensa, obliga a arbitrar mecanismos que garanticen una investigación objetiva del fiscal y no centrada, exclusivamente, en la búsqueda de elementos de cargo” ya que “resulta así consustancial a este sistema de instrucción el establecimiento de vías a través de las cuales el imputado pueda solicitar del fiscal la práctica de aquellas diligencias de investigación que a su derecho convengan”⁵⁵. Por otro lado, es cierto que la igualdad procesal es un principio cuyo cumplimiento no exige el mismo rigor en todas las fases del proceso. En la fase de plenario, el equilibrio de armas ha de ser exigente, pero en la fase instructora tal exigencia es inferior. En todo caso, un cierto equilibrio procesal ha de existir en todas las fases del proceso⁵⁶.

De esta forma, se debería garantizar a todas las partes personadas que puedan proponer diligencias de investigación y acceder a información sobre la actuación del fiscal, siempre que esto no perjudique el desarrollo de la investigación.

Para asegurar este derecho, habría que configurar correctamente el papel del juez de garantías, al que la partes podrían recurrir siempre que su derecho se viese vulnerado por las decisiones del fiscal investigador. No obstante, este control del juez nunca debe suponer un obstáculo para el

⁵⁵ FUENTES SORIANO, Olga: “Sobre el Fiscal instructor y la igualdad de las partes en el proceso penal” en *La reforma del proceso penal*, (dir. ASENSIO MELLADO J.M. y FUENTES SORIANO O.), Wolters Kluwer, Madrid, 2011. pp.207. citado por GUIBERT OVEJERO-BECERRA, Santiago: *El Ministerio Fiscal en el siglo XXI*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 310.

⁵⁶ GUIBERT OVEJERO-BECERRA, Santiago: *El Ministerio Fiscal en el siglo XXI*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 310.

avance de la investigación que suponga una ralentización de la misma, ya que es el problema que se pretende evitar con la hipotética reforma.

6.1.5. Garantizar la coordinación y el buen funcionamiento de la Administración de Justicia.

Para conseguir los objetivos de agilidad, celeridad y eficiencia del enjuiciamiento criminal que se pretenden con la reforma, sería necesario implantar un nuevo sistema de funcionamiento y coordinación, que podría basarse en el actual sistema de la Oficina judicial.

La Oficina Judicial, dirigida por un letrado de la Administración de Justicia, tiene tres categorías de personal a disposición del juez: el de apoyo directo, el de tramitación y el de ejecución. De esta forma, basándose en los mismos principios de organización, este personal podría pasar a estar a disposición del fiscal investigador, ya que el juez de garantías no requeriría de tanto personal.

Lo más relevante al respecto sería la capacidad de utilizar el sistema de la Oficina judicial, basado en la tramitación electrónica, para asegurar una coordinación y comunicación eficiente entre fiscal investigador y juez de garantías, con el letrado de la Administración de Justicia asumiendo la dirección procesal.

6.1.6. Disposiciones transitorias y vacatio legis amplia

Finalmente, una modificación tan amplia de nuestro proceso penal implica demasiados cambios, principalmente en las funciones que tradicionalmente han tenido atribuidas dos figuras clave, como son el juez instructor y el fiscal; pero también cambios relacionados con la organización de la Administración de Justicia, el papel de las partes en el procedimiento, los principios de actuación del Ministerio Fiscal, el derecho de defensa, las relaciones con la Policía Judicial, etc.

Dicho esto, una reforma de tal calado requeriría necesariamente de un conjunto claro y completo de disposiciones transitorias que permitiesen adaptar el enjuiciamiento criminal al nuevo modelo de manera progresiva, eficiente y garantizando todos los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Además, sería necesaria una *vacatio legis* amplia que garantizase una plena y correcta transformación de la Administración de Justicia para que ésta estuviera preparada para los cambios en el momento de entrada en vigor de la reforma.

6.2. Funcionamiento del nuevo sistema

Todas las ideas y conclusiones que se han ido recogiendo a lo largo de este trabajo sirven para exponer una resumida propuesta de cómo podría funcionar un nuevo sistema de investigación del proceso penal a cargo del fiscal investigador. Para ello, como requisito necesario, hay que partir del cumplimiento de los presupuestos enumerados en el apartado anterior.

6.2.1. Asistencia letrada ante la Fiscalía y entrevista letrada anterior a la declaración policial

En un sistema acusatorio de fiscal investigador es fundamental el derecho del sospechoso a la asistencia letrada en la fase embrionaria del proceso criminal desde la primera comparecencia del investigado ante el fiscal, que deberá ser provista de oficio si el sospechoso no tuviere recursos económicos suficientes para satisfacerla⁵⁷.

Además, hay que tener en cuenta que dentro del derecho constitucional de asistencia letrada entra el derecho a una entrevista reservada antes de prestar declaración⁵⁸. Por lo tanto, se debe respetar este derecho antes de proceder al acto de la primera comparecencia.

6.2.2. Inicio del procedimiento

En primer lugar, me parece adecuada la postura de los dos anteproyectos de reforma por la cual debe ser el fiscal investigador el que reciba la *notitia criminis*.

Respecto al papel de la Policía Judicial, muchas de las causas seguirían partiendo de una investigación preprocesal llevada a cabo por la policía, por lo que estimo muy conveniente el sentido que se le otorga en el anteproyecto de

⁵⁷ GUIBERT OVEJERO-BECERRA, Santiago: *El Ministerio Fiscal en el siglo XXI*. op.cit., p. 318.

⁵⁸ GUIBERT OVEJERO-BECERRA, Santiago: *El Ministerio Fiscal en el siglo XXI*. op.cit., p. 318.

2011 a la primera comparecencia del investigado. Así, este acto debe ser el punto de partida de la investigación procesal propiamente dicha, que se ha de producir tan pronto como sea identificado el presunto culpable. Por lo tanto, las actuaciones autónomas de la policía deben finalizar en el momento de la identificación del investigado. Además, me parece correcta la consideración de esta comparecencia como acto de parte dirigido a la defensa del investigado.

Por lo que se refiere a la decisión de iniciar el procedimiento y con ello la fase de instrucción, debe ser el fiscal el que adopte esta resolución mediante decreto. No obstante, este decreto debería poder ser revisado de oficio por el juez de garantías, aunque siempre dentro de un plazo de tiempo breve y determinado para evitar el retraso del inicio del proceso.

Asimismo, en caso de que el fiscal decida mediante decreto no iniciar diligencias ante una *notitia criminis*, tanto la policía como el ofendido deben tener la posibilidad de recurrir esta decisión ante el juez de garantías. En caso de que éste estimase el recurso, el fiscal estaría obligado a iniciar diligencias de investigación.

6.2.3. Los papeles del fiscal investigador y del juez de garantías

Durante la fase investigación del delito, el fiscal investigador debe llevar a cabo las actuaciones que impliquen el ejercicio de potestad administrativa, es decir, la mera recogida de material probatorio; por otro lado, el juez de garantías debe intervenir cuando la actuación requiera potestad jurisdiccional.

Lo importante es que este juego entre ambos sea ágil, basándose en la coordinación, la comunicación y la colaboración mutua. Por ello, los plazos de los que disponga el fiscal para solicitar la adopción de medidas al juez y los plazos de los que disponga el juez para resolver sobre ello deben ser lo más breve posibles.

Además, las partes personadas deben tener la posibilidad de recurrir ante el juez de garantías las decisiones del fiscal que sean determinantes para el desarrollo del procedimiento. Desde mi punto de vista, creo que en este aspecto es preferible la opción del anteproyecto de 2013, según el cual estos recursos se deben poder interponer en cualquier momento de la investigación, sin tener que esperar al momento final de la misma, ya que permite revisar las

actuaciones a medida que estas se van desarrollando. Sin embargo, creo que, con el fin de no obstaculizar el avance de la investigación, estos recursos no deben tener efectos suspensivos, salvo en casos excepcionales en los que el juez considere que esto puede suponer un perjuicio grave para algún derecho fundamental.

6.2.4. La posibilidad de petición de diligencias y la potestad de impugnar la denegación de su práctica

El derecho de defensa al actuar en el procedimiento también ha de comprender la posibilidad de petición de diligencias y la potestad de impugnar ante el juez de garantías la denegación de su práctica. En caso de que el juez, desde su posición imparcial y sin interés alguno en la instrucción, considere conveniente la práctica de estas diligencias, las mismas devendrán obligatorias para el Ministerio Fiscal, como se prevé en el anteproyecto de 2011⁵⁹.

6.2.5. Acceso del investigado al expediente instructor

La investigación no debe llevarse a cabo al margen de los intereses del investigado, y a este respecto la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales dispone que, cuando una persona sea objeto de detención o privación de libertad en cualquier fase del proceso penal, los Estados miembros garantizarán que se le entreguen los documentos relacionados con el expediente que obren en poder de las autoridades competentes y que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva la legalidad de la detención o de la privación de libertad. También la Directiva impone a los Estados miembros la obligación de garantizar que la persona acusada o sospechosa o su abogado tenga acceso a la totalidad de las pruebas materiales en posesión de las autoridades competentes a su favor o en su contra, para salvaguardar la equidad del proceso y preparar la defensa⁶⁰.

Actualmente el nivel de garantía del modelo procesal criminal en España es similar al de la Directiva. De esta forma, si se otorga la potestad de

⁵⁹ GUIBERT OVEJERO-BECERRA, Santiago: *El Ministerio Fiscal en el siglo XXI*. op.cit., p. 319.

⁶⁰ GUIBERT OVEJERO-BECERRA, Santiago: *El Ministerio Fiscal en el siglo XXI*. op.cit., p. 320.

investigación al Ministerio Fiscal, esta accesibilidad al expediente instructor se debe seguir manteniendo. Sin embargo, hay que tener en cuenta la posibilidad de declaración del secreto sumarial cuando sea necesario para el buen fin de la investigación, caso en el que el acceso al expediente debería estar restringido. Me parece apropiada la configuración que hace sobre ello el anteproyecto de 2011, que recoge la posibilidad de esta declaración de secreto total o parcial, debiendo ser confirmada o alzada por el juez de garantías en el plazo de cuarenta y ocho horas.

6.2.6. Facilitar el cumplimiento de los plazos

Considero que es necesario establecer unos plazos máximos de la fase de instrucción, como hacen los anteproyectos de 2011 y 2013, con el fin de evitar procesos que se perpetúen ilimitadamente en el tiempo.

En relación con esto, hay que tener en cuenta que, para que un sistema de plazos resulte efectivo, es necesario que éste sujete coercitivamente a todos los participantes en la fase instructora, con excepción del juez de garantías. Esto es, a los laboratorios científicos de la policía judicial, a los institutos de medicina legal, a los peritos, a los servicios ordinarios de comunicaciones, a las administraciones públicas, etc. y al fiscal, tanto en el ejercicio de sus funciones de investigación como en la tramitación de auxilios fiscales o comisiones rogatorias. Es decir, no es suficiente con el que el fiscal actúe con eficacia y rapidez, sino que también hay que garantizar que lo hagan el resto de los partícipes en la investigación⁶¹.

6.2.7. Dependencia de la Policía Judicial del Ministerio Fiscal

En cuanto a la Policía Judicial, ésta debe depender exclusivamente del Ministerio Fiscal y estar a disposición del mismo, ya que es el director de la investigación. De esta forma, el juez de garantías no puede dar ninguna instrucción directa a la Policía Judicial, para evitar contradicciones, duplicidades y malentendidos en la práctica de las diligencias de investigación.

⁶¹ GUIBERT OVEJERO-BECERRA, Santiago: *El Ministerio Fiscal en el siglo XXI*. op.cit., p. 333.

Como prevén ambos anteproyectos, esta dependencia debe ser funcional y orgánica, con el fin de garantizar que los recursos humanos y técnicos estén exclusivamente adscritos al servicio del fiscal investigador.

En este sentido, la Recomendación 2000 (19), del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 6 de octubre sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de Justicia penal establece que el Estado debe tomar medidas efectivas para que el fiscal encargado de la investigación pueda dar instrucciones a la policía para la efectiva implementación de la política criminal, decidir respecto de los casos individuales la agencia de policía que debe efectuar la investigación, llevar controles sobre el acatamiento por parte de la policía de las instrucciones del fiscal y de la ley y sancionar a los agentes por las eventuales violaciones de tales instrucciones⁶².

Además, esta dependencia orgánica debe ser especializada, de manera que haya secciones especiales en las Fiscalías territoriales, en áreas de delincuencia económica o corrupción pública, entre otras, que tengan adscritas unidades de investigación policial⁶³.

6.2.8. La conclusión de la fase de investigación

Una vez concluidas las diligencias de investigación, el fiscal debe dictar decreto en el que decida continuar el procedimiento ejercitando la acusación pública, o en el que acuerde el archivo de las actuaciones por no concurrir elementos suficientes para ejercer la acción penal. Este decreto debe poder ser impugnado por las partes ante el juez de garantías solo en el segundo caso; ya que en el supuesto de que no estén de acuerdo con la acusación del fiscal, podrán alegarlo ante el juez en la fase intermedia o juicio de acusación.

6.2.9. La fase intermedia

La fase intermedia se configura como aquella en la que una autoridad judicial decide entre la apertura de juicio oral, el sobreseimiento de la causa o la adopción de diligencias complementarias.

⁶² GUIBERT OVEJERO-BECERRA, Santiago: *El Ministerio Fiscal en el siglo XXI*. op.cit., p. 298.

⁶³ CASTILLEJO MANZANARES, Raquel: "El Ministerio Fiscal y el Tribunal de Garantías en la investigación de los hechos delictivos", en *Revista de derecho y proceso penal*, núm. 32, 2013, p. 54.

Creo que este juez debe ser distinto al que va a llevar a cabo el enjuiciamiento; sin embargo, en contra de la postura del texto de reforma de 2011, no considero necesario que este juez sea también distinto al juez de garantías. Desde mi punto de vista, el hecho de que el juez de garantías haya intervenido durante la fase de investigación no compromete su imparcialidad a la hora de ponderar la razonabilidad de la acusación. Estas intervenciones son puntuales, y dirigidas principalmente a la protección de los derechos fundamentales, por lo que es difícil que provoquen que este juez, a lo largo de la investigación, se posicione del lado de alguna de las partes con base en criterios no objetivos.

Además, la creación de un órgano judicial especial para el desarrollo de esta fase supondría una modificación todavía más intensa de la organización de la Administración de Justicia, con el consecuente aumento de medios necesarios para poner en práctica el cambio.

7. CONCLUSIONES

1. La necesidad de una reforma del proceso penal es innegable, debiéndose apostar por un modelo del proceso penal en el que la investigación se encomiende al Ministerio Fiscal. A pesar de que sigue habiendo discusión sobre este aspecto, se ha visto que pesan más los argumentos a favor que los argumentos en contra del fiscal investigador.
2. Esta transformación busca la coherencia del sistema, considerando que quien es responsable de acusar debería decidir sobre los elementos de prueba que han de recabarse, y que quien vela por las garantías del investigado no debería ser el mismo órgano que se encarga de la investigación⁶⁴.
3. El principal propósito de esta reforma es conseguir una instrucción penal más eficiente, ágil y limitada en el tiempo, como apuesta de respeto por las garantías del investigado, pues la condición de investigado o imputado en

⁶⁴ BACHMAIER WINTER, Lorena: “Jueces de Instrucción o Fiscales” en *ABC Galicia*, 28/04/2020 [consulta: 25/06/2020].

un Estado de Derecho debe suponer una situación excepcional que no se alargue en el tiempo⁶⁵.

4. El principio de unidad de actuación, la flexibilidad organizativa y la especialización de los fiscales en función de la materia hacen que el Ministerio Fiscal sea el órgano idóneo para asumir la función de investigación en el procedimiento criminal.
5. La atribución de la investigación al Ministerio Fiscal es posible porque está integrado por profesionales cualificados e imparciales, que deben actuar únicamente sometidos a la ley; y porque las actuaciones investigadoras que se encomendarían al fiscal no implican el ejercicio de potestades jurisdiccionales.
6. Para evitar riesgos de intromisión del poder político en la actuación investigadora del fiscal en los asuntos “sensibles” por sus implicaciones económicas o políticas será crucial asegurar que el Ministerio Fiscal sea lo más independiente posible del Poder Ejecutivo, y que sus decisiones estén exclusivamente sometidas a la ley. Para ello será necesaria una reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal con el fin de atenuar su dependencia con respecto del Poder Ejecutivo y reestructurar el principio de jerarquía interna.
7. La reforma tendrá que modificar la forma de nombrar al Fiscal General del Estado, instaurar un sistema de recusación de los fiscales, prohibir órdenes verbales dentro del Ministerio Fiscal, arbitrar un reparto objetivo del trabajo en función de la especialización e imposibilitar la remoción de los fiscales de un caso concreto.
8. Una figura clave para poder llevar a cabo esta transformación es el juez de garantías o juez de libertades, que deberá configurarse como un árbitro imparcial que solo intervenga puntualmente para valorar la procedencia de determinados actos para los que se requiera potestad jurisdiccional,

⁶⁵ MORALES PRATS, Fermín: “El proceso de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: un largo y curvo camino” en Editorial Revista de derecho y proceso penal, 2013, 33.

especialmente los que sean restrictivos o limitativos de los derechos fundamentales del investigado.

9. Será imprescindible el diseño de un sistema efectivo de recursos frente a este juez de garantías contra los decretos que vaya dictando el fiscal durante la fase de investigación, para salvaguardar los intereses de todas las partes en el proceso ante las actuaciones de Ministerio Fiscal que sean determinantes del mismo.
10. Este juez de garantías deberá decidir en la fase intermedia del proceso penal, previa audiencia de las partes, sobre la conveniencia o no de la apertura del juicio oral.
11. Una reforma de tal calado implicará una transformación sustancial de la Administración de Justicia que afectará a su estructura y a las funciones de muchos de los profesionales que en ella trabajan. Por ello, para justificar la fuerte inversión que esto supondrá, será necesario que el nuevo sistema esté bien diseñado y alcance un grado de eficiencia superior al del modelo actual de juez instructor.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES COSTA, Jorge A: “Independência, legalidade e imparcialidade da Procuradoria Europeia – Contributo para garantia e densificação dos direitos processuais de suspeitos e arguidos”, en *Revista de Estudos Europeos*, nº extraordinario monográfico, 1-2019, pp. 274-285.
- BACHMAIER WINTER, Lorena: “Jueces de Instrucción o Fiscales” en *ABC Galicia*, 28/04/2020 [consulta: 25/06/2020].
- CASSO, Giovanni. “El Sistema Procesal Penal Italiano (ventajas y dificultades)”. *Dikaion: revista de actualidad jurídica*, nº12, 2003, p.8.
- CASTILLEJO MANZANARES, Raquel: “El Ministerio Fiscal y el Tribunal de Garantías en la investigación de los hechos delictivos” en *Revista de derecho y proceso penal*, núm. 32, 2013.
- CAZORLA PRIETO, Soledad: “Diligencias practicadas por el Ministerio Fiscal en la investigación penal” en *Cuadernos de Derecho Judicial III*, 1998.
- CONFILLEGAL: “Fiscales instructores: Un magistrado y una fiscal debaten a corazón abierto sobre si serán mejores que los jueces instructores”. Disponible en <https://confilegal.com/20200417-fiscales-instructores-un-magistrado-y-una-fiscal-debaten-a-corazon-abierto-sobre-si-seran-mejores-que-los-jueces-instructores/> [consulta: 23/04/2020].
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (GRUPO GENVAL), *Informe de evaluación sobre la Sexta ronda de evaluaciones mutuas. Informe sobre España*, (Doc.1104/2/14).
- DÍEZ-PICAZO, Luis María: “Siete tesis sobre la idea de Fiscal investigador” en *Teoría y Derecho Revista de Pensamiento Jurídico I/2007 ¿Ministerio Fiscal o Juez instructor? La investigación penal a debate*, 2007, pp.28-39.
- EL ECONOMISTA: “Maza ve imprescindible un "fiscal investigador" para luchar contra la corrupción” Disponible en <https://www.economista.es/legislacion/noticias/8351660/05/17/Maza-ve-imprescindible-un-fiscal-investigador-para-luchar-contra-la-corrupcion.html> [consulta: 15/03/2020].

- FUENTES SORIANO, Olga: *El Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma*. Documento de trabajo 16/2003, Fundación Alternativas, 2003, pp.21-38.
- FUENTES SORIANO, Olga: “Sobre el Fiscal instructor y la igualdad de las partes en el proceso penal” en *La reforma del proceso penal*, (dir. ASENSIO MELLADO J.M. y FUENTES SORIANO O.), Wolters Kluwer, Madrid, 2011, p.207.
- GUIBERT OVEJERO-BECERRA, Santiago: *El Ministerio Fiscal en el siglo XXI*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- JIMENEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, Francisco: “Capítulo XII: Orden Europea de Investigación” en *Memento Experto Cooperación jurídica penal internacional*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2016, pp. 3, 18.
- MESTRE DELGADO, Esteban: “El nuevo proceso penal por aceptación de decreto: fulgor y muerte de un instituto inadaptado” en *Smarteca, Especial “Enjuiciamiento Criminal 2015”. Un año de reformas*, 2015, p.4.
- MARTÍN PASTOR, José. *El Ministerio Público y el Proceso Penal en Europa*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2019.
- MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: “La instrucción de las causas por delitos. Naturaleza. Órgano que debe realizarla. Iniciación” en *Cuadernos de Derecho Judicial III*, año 1998.
- MOHEDANO, José María: “Los jueces juzgan y los fiscales investigan” en *Diario de Mallorca*, 22/05/2020 [consulta: 25/06/2020].
- MORAL GARCÍA, Antonio del: “La Reforma del Proceso Penal: retos y objetivos” en *Boletín del Ministerio de Justicia*, número 2186, febrero 2016 (Monográfico 8: Las reformas del proceso penal)
- MORALES PRATS, Fermín: “El proceso de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: un largo y curvo camino” en *Editorial Revista de derecho y proceso penal*, 2013, 33.

MORENO CATENA, Víctor: "El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos", en *Teoría y Derecho Revista de Pensamiento Jurídico I/2007 ¿Ministerio Fiscal o Juez instructor? La investigación penal a debate*, 2007, pp.74-97.

PERRON, Walter: "Principio de oportunidad y orden penal, vías para abreviar el proceso penal en Alemania", en FUENTES SORIANO, Olga (coordinadora): *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 64-77.

ANEXO

Entrevistas sobre la posible reforma de la fase de instrucción penal a operadores jurídicos de la Administración de Justicia.

Con el fin de enriquecer este Trabajo de Fin de Grado se ha contactado con ocho profesionales de la Administración de Justicia, en concreto, con jueces de instrucción y de violencia sobre la mujer, fiscales y letrados de la Administración de Justicia, con el fin de formularles algunas preguntas relacionadas con la temática del trabajo. De sus respuestas y opiniones se pueden extraer conclusiones muy valiosas, ya que estos profesionales, por las funciones que realizan, serían los principales protagonistas de una hipotética reforma de la fase de instrucción en el enjuiciamiento criminal. La lectura de estas entrevistas demuestra que las opiniones sobre la reforma entre los operadores jurídicos son muy diversas, algunos estando a favor de atribuir la fase de investigación al Ministerio Fiscal y otros en contra.

ENTREVISTAS

Entrevista a Don César Gil Margareto

Magistrado-Juez del Juzgado de Instrucción N.º 2 de Valladolid

1. En su opinión, ¿cuáles son los principales defectos de la fase de instrucción en el modelo de proceso penal actual? ¿Cree que necesita alguna modificación relevante?

Los principales defectos son el exceso de trabajo en los juzgados de instrucción, en su mayor parte sobrecargados, las dificultades de colaboración en las causas complejas y falta de medios, y el tiempo de respuesta en la fase de instrucción.

Respecto de lo primero, cierto es que algunas reformas del año 2015 tanto en el CP como en la LECrim han aligerado el número de asuntos registrados y tramitados, pero la ratio causas, población y jueces sigue siendo muy desfavorable. El juez instructor y más el juez mixto (instrucción y primera

instancia) debe afrontar una labor muy variada, con investigaciones más complejas y más sencillas, pero todas con su trabajo y trámites necesarios.

Respecto de las dificultades de colaboración y falta de medios, el instructor, la mayor parte de las veces, se enfrenta sólo ante investigaciones complicadas y pese al deber de colaboración de todas las administraciones y personas físicas y jurídicas existe una falta de medios materiales y personales para recabar informes complejos, analizar abundante documentación...Complicaciones que incluso se dan en causas más sencillas por el mero hecho de depender por ejemplo de una prueba pericial que no se hace puntualmente por falta de medios.

Respecto del tiempo de respuesta, la lentitud es un mal endémico en la justicia española. Ello viene motivado por los factores antes apuntados de exceso de trabajo, falta de medios y de colaboración, pero también por la judicialización de la vida ordinaria que hace que los juzgados se colapsen. Contribuye además el hecho de que so pretexto de mayores garantías el procedimiento sea bastante rígido y formalista, con recursos frente a resoluciones interlocutorias que carecen de sentido. Se ha dado un paso con la reforma del año 2015 al determinar los plazos máximos de instrucción, aun con deficiencias en esa regulación y críticas.

Las reformas serían necesarias en primer lugar a nivel material y personal, adaptando el número de juzgados a las necesidades y cargas de trabajo y dotando de verdaderos medios para afrontar las investigaciones (por ejemplo, con peritos expertos que colaboraran de continuo, con relación fluida con administraciones, más auxilio por parte de policía judicial incrementando plantillas,...) En segundo lugar, reformas en el ámbito procesal para dotar de procedimientos más dinámicos, menos rígidos, evitando actuaciones innecesarias o duplicadas, evitando recursos innecesarios. Finalmente, reformas en el campo de las leyes penales que eviten la criminalización de muchas conductas que carece de sentido se incluyan en el ámbito penal.

2. ¿Cuáles serían las ventajas e inconvenientes, a grandes rasgos, de una reforma del proceso penal que atribuyese la dirección de la fase de investigación al fiscal?

Las ventajas podrían ser por un lado las inherentes a la naturaleza de la investigación, que perdería su total carácter jurisdiccional, con lo que los actos de impulso de la investigación serían posibles fuera de rigideces, contribuyendo a la dinamización de las investigaciones. Además, el fiscal sería el encargado de impulsar, con la colaboración de la policía judicial, la investigación, centrándose en aquello que entienda necesario para su labor acusadora en su caso. Podría venir acompañada del mayor protagonismo del principio de oportunidad frente al de oficialidad. El juez quedaría reservado para las actuaciones puramente jurisdiccionales y para garantizar los derechos fundamentales del investigado y demás partes interesadas.

Los inconvenientes vendrían del recelo tradicional, la desconfianza en el Ministerio Fiscal que no sólo se guía por los principios de legalidad e imparcialidad, sino también por los de unidad y dependencia jerárquica. Se habla de la domesticidad de un fiscal supeditado a órdenes y a una cabeza visible nombrada directamente por el poder político. Otros problemas vendrían de la necesidad de cambiar la estructuración de las fiscalías y de los juzgados, y de las necesarias reformas en el papel del juez instructor o de garantías y de las demás partes para mantener un equilibrio con el fiscal.

En cualquier caso, habría que delimitar bien el plano jurisdiccional para evitar invasión de la función que sólo corresponde constitucionalmente a jueces y tribunales.

3. ¿Cuáles serían los presupuestos/modificaciones necesarias para poder atribuirle esa función al Ministerio Fiscal?

Ya lo he apuntado antes. Además de la necesaria reestructuración de fiscalías y juzgados, que también afectaría a la policía judicial y a los turnos de profesionales, sería necesario dotar al fiscal de mayor autonomía y despojarle de esa total dependencia jerárquica, despolitizando la Fiscalía General en la medida de lo posible.

También habría que delimitar bien las funciones del juez garante para preservar el carácter jurisdiccional de algunas de las actuaciones y las garantías y derechos de los ciudadanos intervinientes.

4. Ante tal reforma, ¿cree que le costaría adaptarse profesionalmente al cambio de sus funciones y responsabilidades y de la organización de su trabajo? ¿Cree que la Administración de Justicia en general está preparada para tal cambio?

Desde luego la Administración de Justicia hoy por hoy, por su estructuración, por las leyes materiales y procesales y por sus medios materiales y personales no está preparada para tal cambio. Personalmente como juez instructor creo que no me sería muy difícil adaptarme a un nuevo papel bien como fiscal instructor o mejor como juez garante, pues vería descargado mucho mi trabajo y podría centrarme en el contenido verdaderamente jurisdiccional y de garantía de derechos.

Entrevista a Doña María Reyes Cabañas Pulido

Juez del Juzgado de Instrucción N.º 1 de Morón de la Frontera (Sevilla)

1. En su opinión, ¿cuáles son los principales defectos de la fase de instrucción en el modelo de proceso penal actual? ¿Cree que necesita alguna modificación relevante?

Los defectos, en esencia, se deben a las sucesivas reformas procesales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Han sido múltiples las reformas legislativas. Muchas de ellas muy discutidas en la doctrina. Destaca el tan discutido art. 324 Ley de Enjuiciamiento Criminal relativo a los plazos máximos de instrucción de los procesos penales.

Es cierto y necesario, poner plazo a la instrucción de procedimientos penales. En concreto a la instrucción penal, pues muchas diligencias previas son sobreeséidas y archivadas, con la consecuencia que ello tiene para el investigado.

Como servidores públicos, debemos garantizar la presunción de inocencia de todas las personas que aparecen como investigadas en el seno de una investigación penal. Por ello, el legislador estableció plazo máximo para la instrucción.

Como venía exponiendo, necesitamos establecer plazos. Al igual que prescriben los asuntos y las penas, era necesario fijar plazos que limitaran la instrucción penal.

Hoy por hoy, como Juez de Instrucción, realizo las diligencias de instrucción con la mayor rapidez. Ahora bien, después, por mucha rapidez del órgano de instrucción, existen obstáculos con los que nos encontramos, como son los actos de notificación.

En muchas ocasiones, es necesario publicar requisitorias de búsqueda y presentación del investigado, al desconocer el domicilio donde puede ser citado. Otras veces, se encuentra oculto y obstruyendo la acción de la Justicia. Circunstancias que impiden y hacen inviable cumplir el plazo de instrucción, con la paralización y ralentización del proceso penal que ello conlleva.

2. ¿Cuáles serían las ventajas e inconvenientes, a grandes rasgos, de una reforma del proceso penal que atribuyese la dirección de la fase de investigación al fiscal?

Ventajas: la primera sería que el Juez de Instrucción, pasaría a realizar funciones de Juez de Garantías Constitucionales.

Se descargaría al Juez del seguimiento constante de las diligencias de instrucción y permitiría realizar otras funciones esenciales, como sería garantizar los derechos de los justiciables, ante la investigación realizada por la Fiscalía.

Inconvenientes: la pérdida de la valía, del conocimiento, de la técnica jurídica y del sentido común que se aporta a la instrucción por el Juez; quien, desde un primer momento, tiene conocimiento pleno de lo actuado.

3. ¿Cuáles serían los presupuestos/modificaciones necesarias para poder atribuirle esa función al Ministerio Fiscal?

La voluntad del legislador. Presupuesto indiscutible para avanzar y culminar en la reforma. Consenso de las cámaras legislativas; además de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es necesaria la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, por su carácter de orgánica, requiere de unas mayorías en el Congreso de los Diputados.

Hoy por hoy, el Ministerio Público en España ya instruye procesos penales encomendados por la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor y los resultados son extraordinarios.

Posteriormente, compete al Juez de Menores, el enjuiciamiento de los hechos investigados por el Fiscal.

4. Ante tal reforma, ¿cree que le costaría adaptarse profesionalmente al cambio de sus funciones y responsabilidades y de la organización de su trabajo? ¿Cree que la Administración de Justicia en general está preparada para tal cambio?

Como Juez de Instrucción, no me costaría adaptarme profesionalmente al cambio de funciones. El Derecho, es cambio constante.

Las reformas requieren de un esfuerzo y estudio de la norma. Tras su aprobación y publicación en el Boletín Oficial del Estado, es ley de obligado cumplimiento. Se trata de cumplir la voluntad del legislador.

La Administración de Justicia, es la gran olvidada de todas las Administraciones Públicas que integran el Estado. El problema que arrastra desde largos años es la falta de inversión pública.

Si bien, ha existido voluntad en algunas ocasiones, avanzando dentro del presupuesto y los recursos públicos; en otras ocasiones, se ha producido un estancamiento que ha impedido que verdaderamente, la Justicia sea rápida y esté para servir a los ciudadanos.

Entrevista a Don Joaquín Andrés Joven
Magistrado Juez del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer Nº.2
de Palma de Mallorca

1. En su opinión, ¿cuáles son los principales defectos de la fase de instrucción en el modelo de proceso penal actual? ¿Cree que necesita alguna modificación relevante?

Creo que el principal defecto de nuestra legislación procesal penal se deriva del hecho de que la ley de Enjuiciamiento Criminal data de hace más de 120 años y resulta de todo punto imposible que, por mucho que se le hagan reformas parciales una y otra vez, sus previsiones se adapten a los tiempos actuales y su texto sirva para instruir unas causas mucho más complejas que las que en su momento se contemplaron – determinados casos de corrupción o estafas inmobiliarias con miles de perjudicados bloquean un juzgado durante varios meses.

El hecho de que existan multitud de procedimientos diferentes en la propia normativa tampoco ayuda nada para una instrucción más rápida de las causas – abreviado, sumario, jurado, etcétera.

Por último, hay que señalar que los recursos personales y materiales con los que se cuenta son ciertamente escasos y ello provoca una lentitud inaceptable en la tramitación de la mayor parte de las causas – solo mirar el número de jueces por cada 100.000 personas que hay en Alemania o en España explica sin dificultad el colapso judicial –. Por ejemplo, Diario 16 señalaba en el año 2016 que “por cada 100.000 habitantes, en España hay 11 Jueces y 5 Fiscales, mientras que en la media de Europa asciende a casi 18 Jueces y más de 10 Fiscales”

2. ¿Cuáles serían las ventajas e inconvenientes, a grandes rasgos, de una reforma del proceso penal que atribuyese la dirección de la fase de investigación al fiscal?

Como factores a favor de la instrucción por parte del Ministerio Fiscal, encontraría básicamente el de su especialización por razón de la materia, - fiscales anticorrupción, de violencia de género, de delitos económicos, de siniestralidad laboral o antidrogas –de la que carecen los jueces de instrucción

y quizás también el hecho de que al intervenir en las dos fases del procedimiento – instrucción y enjuiciamiento – e incluso en la tercera – ejecución de la resolución dictada – pueden tener un mejor criterio de lo que puede resultar de interés en la investigación para poder contar con ello en el acto de juicio oral, y que la posible condena de una persona no pueda verse afectada por una instrucción insuficiente en algún punto concreto o que se “pierda tiempo” en la investigación de hechos que a la postre no van a ser precisos para el acto de juicio.

Por el contrario no creo que el problema de la lentitud de la justicia se fuera a resolver, ni siquiera parcialmente, por el cambio de la instrucción dado que es un problema que deriva principalmente de la escasez de medios tanto personales como materiales que se lleva arrastrando desde hace muchos años y que se está exacerbando en estas últimas anualidades; por ello dudo de que se ganara en agilidad o eficiencia con el cambio de instructor – si bien en la justicia de menores sí se ha evidenciado una mayor celeridad en la resolución de asuntos puede resultar engañoso ya que ello trae causa también de dos factores muy importantes: uno, la alta tasa de conformidades que se alcanza en esos órganos y dos, la sencillez de la instrucción de la mayor parte de las causas.

Como inconvenientes señalaría de una parte que aunque es conocido que el Ministerio Fiscal está sometido a los principios de legalidad e imparcialidad, su independencia del poder político es cuestionable, y ello unido al principio de dependencia jerárquica, puede generar dudas en la instrucción de algunas causas – ciertamente de un número pequeño pero significativamente importantes porque se dirijan contra el poder político, contra la oposición, etcétera - y en España desde luego desde hace ya muchos años que no se está trabajando en forma alguna para garantizar la independencia de la Fiscalía.

Por otra parte, no creo que hasta la fecha la instrucción por los jueces haya sido especialmente deficiente y lo que hasta ahora ha funcionado resulta difícil entender por qué se quiere cambiar si no se tiene seguridad de que vaya a mejorar.

3. ¿Cuáles serían los presupuestos/modificaciones necesarias para poder atribuirle esa función al Ministerio Fiscal?

Creo, que, en primer término, hay que destacar la incuestionable importancia de lo que supondría la reforma en la instrucción de los procedimientos penales concediéndose la misma a los Fiscales, dado que supondría un cambio muy significativo en el ámbito del derecho penal español en el que la figura de los jueces de instrucción tiene un importante prestigio.

El primer presupuesto básico como he dicho con anterioridad es asegurar una absoluta independencia del Ministerio Fiscal del poder político. En España la intromisión de los políticos en el poder judicial es absolutamente inaceptable desde el año 1985 en el que se reformó la LOPJ en lo concerniente al nombramiento de los vocales del Poder Judicial para impedir que los propios jueces y magistrados pudieran nombrarlos directamente, y siendo ello así, hay sin embargo una serie de principios que todavía permiten concluir que un juez de instrucción goza de absoluta independencia en el ejercicio de su función instructora, resultando difícil concluir que un Fiscal goce de esa misma independencia cuando están sujetos, como antes ya he señalado, por los principios de unidad y dependencia jerárquica y aun cuando me costa que están también sujetos a los principios de legalidad e imparcialidad como igualmente he indicado.

Asimismo habría que remodelar notablemente las oficinas de la Fiscalía para que tuvieran suficientes medios personales para poder afrontar la instrucción de todas las causas, esto es, habría que trasvasar una buena parte (calculo 70 u 80% al menos) del personal, ahora existente de los Juzgados de Instrucción a la Fiscalía, para que ésta pudiera afrontar su nueva actividad en condiciones mínimamente operativas así como sin duda incrementar el número de Fiscales, quizás trasvasándolos de los propios jueces que así lo desearan, dado que el número de fiscales hoy en España es sustancialmente inferior al de Jueces y magistrados.

En España había 5.419 jueces y magistrados en fecha de 31 oct. 2019 y los fiscales serán aproximadamente unos 3.000/3.200.

4. Ante tal reforma, ¿cree que le costaría adaptarse profesionalmente al cambio de sus funciones y responsabilidades y de la organización de su trabajo? ¿Cree que la Administración de Justicia en general está preparada para tal cambio?

Sin duda creo que me costaría adaptarme al cambio de funciones que ello me supondría – pasaría a ser un juez de control de garantías o similar – aunque habría que saber exactamente qué extensión y funciones tendría esta nueva figura para concluir adecuadamente que cambio me supone en el día a día.

Es sabido que cualquier cambio “impuesto” genera un cierto stress que es superior al producido por un cambio realizado por voluntad propia y eso hay que gestionarlo a corto plazo, aunque a medio/largo plazo pueda ser incluso positivo.

Creo sinceramente que el cambio propuesto para la Administración de Justicia será igualmente difícil. Modificar el funcionamiento habitual de un colectivo tan significativo de personas como el de los funcionarios de Justicia cuando muchos de ellos pueden llevar más de quince o veinte años en sus puestos creo que tiene que llevar su tiempo y sobre todo como he dicho tiene que ir unido a una adecuada dotación de medios para que la nueva situación creada pueda resultar más ágil que la actualmente existente, porque si no es así se habrá fracasado rotundamente.

Entrevista a Don Carlos V. Montejo
Fiscal de la Fiscalía Provincial de Valladolid

1. En su opinión, ¿cuáles son los principales defectos de la fase de instrucción en el modelo de proceso penal actual? ¿Cree que necesita alguna modificación relevante?

Entiendo que la instrucción, como fase de investigación tendente a recoger todos los indicios que en su caso puedan tener relevancia penal de cara a la imputación formal con garantías de una persona y su posterior acusación, es necesaria en cualquier proceso penal.

Quizás la modificación más sustancial, en mi opinión, sea el cambio del operador jurídico que la debe realizar, esto es el Fiscal en vez del actual Juez de Instrucción. También sería deseable un acortamiento de la misma, aunque en determinados delitos es de difícil logro por la complejidad que conlleva su investigación y persecución. El actual artículo 324 de la LECrim., no se ha mostrado totalmente eficaz para la finalidad que se concibió.

2. ¿Cuáles serían las ventajas e inconvenientes, a grandes rasgos, de una reforma del proceso penal que atribuyese la dirección de la fase de investigación al fiscal?

Respecto de las ventajas creo que atribuir la instrucción al Fiscal es coherente con el principio acusatorio que rige nuestro sistema y con la función constitucional que el Ministerio Fiscal tiene atribuida, entre otras, 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 (art. 124.1 Constitución Española y art. 1 del E.O.M.F.) y ejercitar acciones penales y civiles. (art. 3, cuatro E.O.M.F.).

El Juez de instrucción pasaría a ser un propio “Juez de garantías” - autorizando o denegando, tras su ponderación, la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales-, y además se daría adecuado cumplimiento a su cometido constitucional de <juzgar y hacer ejecutar lo juzgado>, establecido en el art. 117.3 de la propia Constitución Española.

Más que inconvenientes, diría que desde un punto de vista popular puede existir una cierta desconfianza en la figura del <Fiscal instructor>, y ello por la errónea interpretación de uno de los principios por los que se rige el Ministerio Público, concretamente el de dependencia jerárquica y la forma actual de designación del Fiscal General del Estado, olvidando frecuentemente que la actuación del Fiscal se sujeta y ajusta en todo caso, a los principios de legalidad e imparcialidad.

3. ¿Cuáles serían los presupuestos/modificaciones necesarias para poder atribuirle esa función al Ministerio Fiscal?

Fundamentalmente, una reestructuración de su plantilla orgánica en atención al número de Fiscales existente, muy inferior al de Jueces y

Magistrados. Por tanto, más medios personales y correlativamente una mayor dotación de medios materiales que conllevaría una necesaria reorganización y adaptación de las fiscalías y de sus plantillas.

4. Ante tal reforma, ¿cree que le costaría adaptarse profesionalmente al cambio de sus funciones y responsabilidades y de la organización de su trabajo? ¿Cree que la Administración de Justicia en general está preparada para tal cambio?

Por lo ya expuesto, entiendo que el proceso de adaptación de la Administración de Justicia a una nueva figura como la del <Fiscal instructor>, sería lento y escalonado, lo que no quiere decir que no sea asumible.

En cuanto a mi adaptación y hablando en primera persona, creo que el cambio, no me costaría más que el que supone la constante evolución que en los últimos años ha experimentado la institución del Ministerio Público, proyectada a un modelo de “Fiscal especialista”, que pueda coexistir y combatir en el mismo plano al delincuente, cada día más especializado en aras a alcanzar su deseada “impunidad”. Piénsese en los delitos telemáticos - cibercrimen-, los llamados de “cuello blanco”, por poner algunos ejemplos, muchas veces transfronterizos y de gran complejidad en su descubrimiento y persecución, especialización que indefectiblemente conlleva una permanente labor de formación en los fiscales.

Entrevista a Don Miguel Nuevo de la Torre
Abogado Fiscal adscrito a la Fiscalía de Menores de las Islas Baleares

1. En su opinión, ¿cuáles son los principales defectos de la fase de instrucción en el modelo de proceso penal actual? ¿Cree que necesita alguna modificación relevante?

Los principales defectos que se observan por parte de los aplicadores jurídicos son, entre otros, la lentitud de los trámites que son necesarios practicar, la duplicidad de instructores, la fase de recursos contra cualquier resolución judicial.

Poniendo un ejemplo de la lentitud de los trámites a practicar, en las tasaciones periciales que son imprescindibles para acusar por un delito de hurto o un delito leve de hurto hay pocos efectivos en llevarlas a cabo y tardan en ocasiones 3 años en realizar su informe pericial. En el caso de la sustracción de un móvil que de valor de venta al público es 420 euros y la diferenciación de delito menos grave y leve son 400 euros es imprescindible esta diligencia.

Con la duplicidad de instructores me refiero a la existencia de un juez instructor y de un fiscal que colabora activamente en la instrucción. En ocasiones la instrucción de la causa se apoya en los informes solicitados por los jueces instructores a los fiscales.

La existencia de resoluciones judiciales (providencias y autos) en la fase de instrucción y su recurribilidad hace que se ralentice la instrucción.

Creo que se necesita una reforma en la que la instrucción se encomendase al fiscal. El fiscal tiene la experiencia de estar instruyendo en menores y que en las causas de mayores (jurado, sumario, abreviado, leves, etc) en muchas ocasiones se encarga con sus informes, pedidos periódicamente por los jueces, de la instrucción.

2. ¿Cuáles serían las ventajas e inconvenientes, a grandes rasgos, de una reforma del proceso penal que atribuyese la dirección de la fase de investigación al fiscal?

Las ventajas serían básicamente evitar la duplicidad de instructores (juez y fiscal). El fiscal es quien decide si va a acusar o no y por tanto es a él a quien le correspondería practicar las diligencias que considerase imprescindibles para formular o no acusación.

Los inconvenientes son entre otros que, a diferencia del juez de instrucción, no puede adoptar medidas restrictivas de derechos fundamentales (salvo la detención) y es por ello que se debería acompañar con la existencia de un juez de garantías que adoptase dichas decisiones.

3. ¿Cuáles serían los presupuestos/modificaciones necesarias para poder atribuirle esa función al Ministerio Fiscal?

Si se atribuye la instrucción a los fiscales se debería entre otras cosas:

1- Modificar varias leyes orgánicas (LOPJ, nueva ley de enjuiciamiento criminal, CP, etc) y leyes ordinarias (EOMF, etc.) para dotarle de las nuevas herramientas jurídicas. Existencia de juez de garantías, delimitación de las funciones del fiscal, existencia de acusación particular, acusación popular. Resoluciones que se pueden recurrir y ante qué órgano.

2- Ampliar la plantilla de funcionarios de la fiscalía y para ello se podría permitir el traslado de la experiencia de los funcionarios de los juzgados de instrucción.

3- A su vez se podría establecer una pasarela entre jueces instructores que fuesen fiscales instructores como en Italia. En esta experiencia se podría elegir cambiar de carrera cada dos años, por ejemplo.

4- El personal de medicina legal, peritos, etc., al igual que la policía judicial, dependerían del Ministerio fiscal, solo en cuanto a la investigación.

4. Ante tal reforma, ¿cree que le costaría adaptarse profesionalmente al cambio de sus funciones y responsabilidades y de la organización de su trabajo? ¿Cree que la Administración de Justicia en general está preparada para tal cambio?

Creo que no me costaría adaptarme a las funciones y responsabilidades de la instrucción, puesto que soy fiscal de menores y en la LO 5/2000 la llevanza de la instrucción le corresponde al fiscal.

La administración de justicia estaría adaptada a este cambio, con las modificaciones apuntadas anteriormente: modificaciones jurídicas, aprovechamiento de la experiencia de jueces instructores y de funcionarios de juzgados de instrucción. Aplicación de la plantilla en la fiscalía.

En todos los países de nuestro entorno UE, salvo Austria y España existe la figura de Fiscal instructor y ese debe ser el espejo en el que hemos de mirarnos. Existen reticencias como que el fiscal depende jerárquicamente del gobierno y eso no es verdad. El gobierno elige al Fiscal General del Estado según lo dispuesto por el art.124.4 CE. Y en el EOMF los principios que rigen la actuación del fiscal son legalidad (art. 6 EOMF), imparcialidad (art. 7 EOMF), unidad de actuación y dependencia jerárquica. De los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y de la elección del Fiscal General del

Estado es donde vienen las críticas a la dependencia del poder ejecutivo. Se puede solucionar arbitrando como existen en la actualidad (art. 22-28 EOMF) mecanismos para hacer más transparente si cabe la actuación del fiscal.

Entrevista a Doña Concepción Gómez Villora

Fiscal de las Islas Baleares

y

Entrevista a Doña María Ángeles Martín Jiménez

Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de Menores de Palma de Mallorca

1. En su opinión, ¿cuáles son los principales defectos de la fase de instrucción en el modelo de proceso penal actual? ¿Cree que necesita alguna modificación relevante?

Defectos: el plazo de instrucción que establece el art. 324 de la LECrim se ha dejado bajo el control del Fiscal, sin ser dueño formalmente de la instrucción y sin poder controlar los tiempos: fechas de declaraciones, de periciales, de incidencias en las diligencias, son acordadas por el Juzgado sin que el Fiscal tenga noticias de ellas hasta que el dan traslado por algún motivo. Muchas veces ese traslado se hace cuando apenas queda tiempo para solicitar nuevas diligencias.

La instrucción supone la preparación del material probatorio que se precisa para determinar si se sigue adelante o no con el proceso, pero carece apenas de valor si no se reproduce en el juicio oral, de manera que se duplican declaraciones o intervenciones, con la molestia al ciudadano y dilación de las diligencias.

Reformas: agilización en los trámites , dando valor a las actuaciones realizadas en instrucción con garantías, evitando trámites innecesarios y duplicidades. Incremento de medios personales y materiales (funcionarios, peritos, inversión en herramientas informáticas eficaces y únicas para Juzgado y Fiscalía).

Potenciar la conformidad en todos los delitos menos graves, durante la instrucción, incluso desde el mismo Juzgado de Guardia, de manera que se pudiera reducir al máximo los asuntos a investigar.

2. ¿Cuáles serían las ventajas e inconvenientes, a grandes rasgos, de una reforma del proceso penal que atribuyese la dirección de la fase de investigación al fiscal?

Ventajas: el Fiscal (cuando no hay otras partes acusadoras personadas) es el que decide cuando la instrucción ha finalizado y es suficiente para determinar la continuación o no del procedimiento, en consecuencia, tendría un mayor control de los tiempos y plazos, determinaría por sí mismo las diligencias que considerara necesarias.

Además tendría el control del expediente, con las consecuencias que se derivan en el ámbito digital: no dependería de los documentos que le van incorporando los funcionarios del Juzgado, sino que elaboraría su expediente, con una mayor seguridad de su integridad, dado que los programas informáticos con los que se trabaja no solo en los juzgados y fiscalía son diferentes, sino también en las distintas Comunidades Autónomas que tienen transferidas las competencias en materia de justicia y las que dependen del Ministerio de Justicia habría un único expediente.

Inconvenientes: suspicacia de la imparcialidad en la instrucción de un órgano jerárquico y con implicaciones políticas en el nombramiento del Fiscal General del Estado.

Necesidad de arbitrar un sistema como el del Procedimiento de Menores, en el que un Juez de garantías pudiera adoptar resoluciones que podrían suponer vulneración de derechos fundamentales (intimidad, libertad, secreto de las comunicaciones...) y que pudiera sopesar la práctica de diligencias solicitadas por la Defensa en el caso de que no fueran admitidas por el Fiscal instructor. También las divergencias posibles para el supuesto de personación de acusaciones particulares

3. ¿Cuáles serían los presupuestos/modificaciones necesarias para poder atribuirle esa función al Ministerio Fiscal?

No basta una reforma legislativa, supone una alteración sustancial de todo el sistema. Hay menos Fiscales que Jueces, los funcionarios de Fiscalía (salvo los de Menores), no son tramitadores y llevan el trabajo de varios Fiscales. Por otro lado, sobrarían Jueces de Instrucción a los que habría que reconvertir en Fiscales o en Jueces de Garantías, y sobrarían funcionarios en los Juzgados . Habría que modificar totalmente la organización de los Juzgados y de las Fiscalías y ello conllevaría una dotación económica importante.

4. Ante tal reforma, ¿cree que le costaría adaptarse profesionalmente al cambio de sus funciones y responsabilidades y de la organización de su trabajo? ¿Cree que la Administración de Justicia en general está preparada para tal cambio?

En la actualidad, la Administración de Justicia no está preparada para tal transformación: carencia de medios materiales y personales, dificultades del expediente digital, y actual circunstancia de pandemia que va a suponer atrasos a los que no se puede añadir ninguna modificación que no vaya dirigida a agilizar al máximo los procedimientos como se indica en el primer apartado.

Entrevista a Doña Aurora Fructuoso Hernández
Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de Instrucción N.º3
de Palma de Mallorca

1. En su opinión, ¿cuáles son los principales defectos de la fase de instrucción en el modelo de proceso penal actual? ¿Cree que necesita alguna modificación relevante?

En mi opinión el modelo actual es básicamente un buen modelo, lo mejorable es la regulación del proceso penal, ya que la misma es anticuada en algunas materias, con falta de orden sistemático y con un régimen supletorio que en ocasiones resulta difícil de comprender.

Se hace necesaria una revisión específicamente del régimen de recursos contra resoluciones del juez instructor a fin de evitar dilaciones indebidas provocadas por parte interesada.

2. ¿Cuáles serían las ventajas e inconvenientes, a grandes rasgos, de una reforma del proceso penal que atribuyese la dirección de la fase de investigación al fiscal?

La mayor ventaja de procederse a una atribución al Ministerio Fiscal de la fase de instrucción es la especialización de los miembros de este cuerpo, especialmente en los delitos más complejos como anticorrupción, contra salud pública, entre otros.

Respecto a los inconvenientes, a mi entender, derivan de la premisa de la que parto de considerar como órgano instructor más adecuado al Juez de Instrucción; no comparto la idea de que la instrucción llevada a cabo por Ministerio Fiscal mejore el sistema actual, antes al contrario, considero que la figura del Juez instructor es la adecuada para tal desempeño, y ello en base a la necesaria independencia e imparcialidad atribuida a éste, no siendo parte en el proceso y por tanto careciendo de “interés” en el mismo. Posición que le diferencia del acusador público, que ejercitaría dicha acción a la par que dirigiría la investigación.

En mi opinión no estaríamos ante un proceso penal con todas las garantías procesales exigibles en esta fase procesal, ya que la defensa y la acusación no estarían en posición de igualdad.

3. ¿Cuáles serían los presupuestos/modificaciones necesarias para poder atribuirle esa función al Ministerio Fiscal?

Para el supuesto de que se atribuyera la función instructora al Ministerio Fiscal, sería precisa y esencial la modificación de su estatuto orgánico y los principios que han de regir su función, de forma que debería potenciarse su independencia efectiva en el desempeño de su función, no bastando con el sometimiento al principio de legalidad. Debiendo extrapolarse aquella a nombramientos, ceses... y por supuesto actuación procesal.

4. Ante tal reforma, ¿cree que le costaría adaptarse profesionalmente al cambio de sus funciones y responsabilidades y de la organización de su trabajo? ¿Cree que la Administración de Justicia en general está preparada para tal cambio?

En el supuesto de efectuarse finalmente dicha reforma, no considero que se produjera en los juzgados de instrucción un problema de adaptación a las funciones garantistas que se le atribuyeran al Juez de Instrucción, no obstante, a mi entender, la Administración de Justicia no obtendría ningún beneficio. En la actualidad no se suelen producir duplicidades de procedimiento, el Ministerio Fiscal interviene en los procesos instando la práctica de diligencias ejercitando la acción correspondiente, interesando adopción o cancelación de medidas, calificando los hechos... es decir , si a dichas funciones existentes, sumamos las nuevas funciones que hasta hoy corresponden a los jueces de instrucción, ¿cuál sería la ventaja para el justiciable? ¿Una reorganización de medios materiales y personales correlativos a la nueva asignación de funciones? ¿y dónde se encuentra entonces la mejora en un sistema que no será más garantista, más rápido, ni más económico... y por ende más eficaz? Tal vez la respuesta es que el Ministerio Fiscal dejaría de ostentar facultades o funciones hasta ahora atribuidas al mismo para adjudicarse las que hasta ahora ha ostentado el juez instructor.... y finalmente ¿ello supone una mejora en el sistema procesal penal?