



Universidad de Valladolid

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, JURÍDICAS Y DE LA
COMUNICACIÓN

GRADO EN DERECHO

TRABAJO FIN DE GRADO

*LA ASIGNACIÓN DE LA INSTRUCCIÓN PENAL AL MINISTERIO
FISCAL*

Autora: Andrea Reguera López

Tutora: María Luisa Escalada López

Segovia, a junio de 2022

RESUMEN

En la actualidad, la fase de instrucción penal es dirigida por el Juez de Instrucción, sin perjuicio del procedimiento penal de menores y del proceso penal incoado por delitos contrarios a los intereses financieros de la Unión Europea. No obstante, el 24 de noviembre de 2020 se aprueba un nuevo anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal que introduce importantes modificaciones en el proceso penal español, entre ellas, que la asunción de la investigación penal se encomienda al Ministerio Fiscal.

El presente trabajo se compone de cuatro capítulos: el primero aborda el estudio de la figura del Ministerio Fiscal (evolución histórica, definición, naturaleza, funciones, principios informadores, etc.); el segundo, alude a la instrucción penal en España; el tercero, analiza en profundidad las diferentes posturas, tanto a favor como en contra, del conocido como “fiscal investigador”; el cuarto y último, se refiere al citado anteproyecto de 2020, en particular, al procedimiento de investigación.

PALABRAS CLAVE

Ministerio Fiscal, Juez de Instrucción, Juez de Garantías, procedimiento de investigación, fase de instrucción, Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal del año 2020, decreto.

ABSTRACT

At present, the criminal investigation phase is directed by the Investigating Judge, without prejudice to juvenile criminal proceedings and criminal proceedings brought for offences contrary to the financial interests of the European Union. However, on November 24, 2020, a new draft of the Criminal Procedure Law was approved that introduces important modifications in the Spanish criminal process, including that the assumption of the criminal investigation is entrusted to the Public Prosecutor's Office.

This paper consists of four chapters: the first deals with the study of the figure of the Public Prosecutor's Office (historical evolution, definition, nature, functions, informing principles, etc.); the second refers to criminal investigation in Spain; the third, analyzes in depth the different positions, both for and against, of the so-called "investigating prosecutor"; the

fourth and final one concerns the aforementioned preliminary draft of 2020, in particular the investigation procedure.

KEY WORDS

Public Prosecutor's Office, Investigating Judge, Judge of Guarantees, investigation procedure, investigation phase, Draft Criminal Procedure Law of the year 2020, decree.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ALECRIM	Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal
Art.(s)	Artículo (s)
CE	Constitución Española (27 de diciembre de 1978)
Coord.	Coordinador
Dir.	Director
EOMF	Ley 50/1981, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
FJ	Fundamento jurídico
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LORRPM	Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores
MF	Ministerio Fiscal
Núm.	Número
Op. cit.	Opere citatio
PP.	Página (s)
REJ	Revista de Estudios de la Justicia
RJUAM	Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEORDER	Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico
UE	Unión Europea
VV. AA.	Varios Autores

Vol.

Volumen

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO I: LA FIGURA DEL MINISTERIO FISCAL.....	11
1.1 Evolución histórica: desde sus orígenes hasta la actualidad.....	11
1.2. Definición y naturaleza jurídica del Ministerio Fiscal.....	13
1.3. Principios informadores que rigen la actuación del Ministerio Fiscal.....	16
1.3.1. Principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica.....	16
1.3.2. Principios de legalidad e imparcialidad.....	17
1.4. Análisis de las facultades del Ministerio Fiscal en la fase de instrucción del Proceso Penal.....	18
1.5. La estructura organizativa del Ministerio Fiscal.....	20
CAPÍTULO II: LA INSTRUCCIÓN EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL.....	22
2.1. Concepto y aspectos clave de la instrucción.....	22
2.2. Reformas procesales que promueven la figura del “fiscal investigador” en el proceso penal español.....	24
2.2.1. La especial referencia al artículo 773.2 de la LECrim.....	24
2.2.2. La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor.....	26
2.2.3. Breve referencia a la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.....	29

**CAPÍTULO III: LAS DIFERENTES POSTURAS ENTORNO AL
“FISCAL INSTRUCTOR”31**

3.1. Las posturas a favor.....32

3.2. Las posturas en contra.....35

**CAPÍTULO IV: ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO
CRIMINAL DEL AÑO
2020.....38**

4.1. Antecedentes.....38

4.2. Las fases del procedimiento penal.....39

4.3. El Ministerio Fiscal.....40

4.3.1. Intervención.....40

4.3.2. Funciones.....41

4.3.3. Atribución de asuntos.....42

4.3.4. La nueva estructura organizativa.....42

4.4. La necesaria reforma de la Justicia Penal en España y su finalidad...43

**4.5. El denominado “procedimiento de investigación” en términos del
Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal del año 2020.....44**

4.5.1. Disposiciones Generales.....44

4.5.2. Inicio del procedimiento de investigación.....45

4.5.3. La primera comparecencia de la persona investigada.....47

4.5.4. Conclusión del procedimiento de investigación.....49

4.6. El paso de Juez de Instrucción a Juez de Garantías.....50

4.7. La participación de la Policía Judicial.....53

4.8. La participación de las partes.....54

4.8.1. <i>La participación del investigado</i>	54
4.8.2. <i>La participación de las acusaciones</i>	55
4.9. El principio de oportunidad	55
4.10. Problemas que se plantean para instaurar la reforma	57
4.10.1. <i>La necesidad de adaptar la regulación del Ministerio Fiscal a este anteproyecto</i>	57
4.10.2. <i>La necesidad de una reforma completa del sistema judicial</i>	58
4.10.3. <i>La Disposición Transitoria Primera</i>	58
4.10.4. <i>El Ministerio Fiscal como parte imparcial</i>	59
4.10.5. <i>Suficiencia de medios</i>	59
CONCLUSIONES	61
BIBLIOGRAFÍA	65
LEGISLACIÓN Y ANTEPROYECTOS	68
RESOLUCIONES Y DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO	69

INTRODUCCIÓN

Recientemente, el 24 de noviembre de 2020 fue aprobado por el Consejo de Ministros un novedoso Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal con el objetivo de sustituir a la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (en adelante LECrim) y, de esta forma, construir un modelo de justicia penal moderno, rápido y garantista. Además, esta iniciativa se justifica en las numerosas reformas parciales, en concreto, setenta y siete, que ha sufrido la LECrim y, que han derivado en un cuerpo normativo irreconocible¹.

Asimismo, una de las principales novedades de este nuevo anteproyecto es la asignación de la investigación al Ministerio Fiscal (en adelante MF). Si bien, el debate sobre la conveniencia o no de conferir la dirección de la instrucción penal al Ministerio Fiscal no es una cuestión reciente. Por consiguiente, el presente trabajo expondrá las diferentes posturas, tanto a favor como en contra, de este cambio en la forma de entender la instrucción.

Por otro lado, conviene mencionar que este anteproyecto encuentra su precedente legislativo en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor, donde en su art. 16.1 expone que será el MF y no el Juez de Menores o Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional el encargado de la instrucción; texto normativo que junto a la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017 por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea serán objeto de un breve análisis y estudio.

A continuación, se aludirá a los antecedentes fallidos previos al ALECRIM de 2020, esto es, por un lado, el ALECRIM del año 2011, cuyo propósito era “trabar un modelo técnicamente solvente que estuviera basado, ante todo, en lo mejor de nuestra cultura reformista y en los principios de libertad trazados en la Constitución de 1978”² y, por otro lado, la propuesta de Código Procesal Penal de 2013.

Para comprender lo expuesto, en primer lugar, se procederá a analizar la posición que actualmente ostenta el MF, desde la naturaleza jurídica y principios que rigen su actuación hasta las funciones que desempeña el MF en la fase de instrucción. Así cabe destacar, salvo excepciones previstas en nuestro ordenamiento jurídico, lo dispuesto en la Consulta 2/1995³:

¹ Exposición de motivos del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, pp.3.

² Exposición de motivos del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, pp.4.

³ Consulta 2/1995, de 19 de abril, *Acerca de dos cuestiones sobre las Diligencias de Investigación del Fiscal: su destino y la pretendida exigencia de exhaustividad* (FIS-Q-1995-00002).

“La investigación del Fiscal en nuestro actual sistema procesal no se concibe como una alternativa a la instrucción judicial, sino como una posibilidad previa a la misma que no la sustituye, aunque pueda simplificarla o allanarla. Como se ha escrito, el Fiscal en el ambivalente sistema actual no asume funciones genuinamente instructoras que supongan una suplantación del Instructor”.

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-Q-1995-00002> [consulta: 22 febrero 2022].

CAPÍTULO I: LA FIGURA DEL MINISTERIO FISCAL

1.1. Evolución histórica: desde sus orígenes hasta la actualidad

Para algunos autores, entre ellos, FERNÁNDEZ-MARTÍN GRANIZO y RUIZ GUTIÉRREZ, el momento donde se sitúa el origen del MF es en la Antigua Roma⁴. En este sentido se considera que la figura del MF encuentra sus antecedentes en la institución denominada “*Advocatus Fisci*”, la cual se encargaba de velar por el patrimonio de los emperadores cuando concurrían causas de naturaleza civil y penal en la que se resolvían penas de carácter económico⁵. Del mismo modo, en la Edad Media los llamados Procuradores Fiscales ejercían funciones parecidas con respecto a los monarcas, con la diferencia de que no ostentaban facultades significativas en los procesos penales, ya que la acusación era ejercida por las partes perjudicadas u ofendidas por el delito⁶.

Posteriormente, a finales del siglo XIX, el MF se configura como un órgano de representación del Gobierno ante los Juzgados y Tribunales de Justicia. Así se reflejaba en el art. 763 de la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870 que indicaba que “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”⁷. Poco después, con el Real Decreto de 16 de marzo de 1886 se produce una ruptura del modelo inquisitivo del Antiguo Régimen al convertir al

⁴ DORESTE ARMAS, Delia Carolina. *La responsabilidad del Ministerio Fiscal*. Las Palmas de Gran Canaria: Universidad de las Palmas de Gran Canaria, Servicio de Publicaciones y Difusión Científica, 2019, pp.23-24.

⁵ ZARZALEJOS NIETO, Jesús, “La instrucción penal: incoación y diligencias de investigación”, en *Aspectos fundamentales de Derecho procesal penal*, BANACLOCHE PALAO, Julio y ZARZALEJOS NIETO, Jesús. Madrid: La Ley, Wolters Kluwer, 2018, pp. 85.

⁶ ZARZALEJOS NIETO, Jesús. “La instrucción ...” *op. cit.*, pp. 85.

⁷ Poder Judicial (España): *Ley provisional sobre organización del Poder judicial, de 15 de Septiembre de 1870*.

<https://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Compendio-de-Derecho-Judicial/Normativa-historica/Ley-provisional-sobre-organizacion-del-Poder-judicial--de-15-de-Septiembre-de-1870>

[consulta: 18 febrero 2022].

MF en una figura decisiva del proceso penal por otorgarle la facultad de acusar y encomendar la defensa del Fisco al Cuerpo de Abogados del Estado⁸.

Uno de los intentos de superación del MF como órgano representante y, por tanto, dependiente del Gobierno fue la promulgación de la Constitución del año 1931, al disponer su artículo 104 que “El Ministerio Fiscal velará por el exacto cumplimiento de las leyes y por el interés social. Constituirá un solo Cuerpo y tendrá las mismas garantías de independencia que la Administración de Justicia”. No obstante, esta postura defendida en la Constitución de 1931 fue fallida, dado que posteriormente, tanto en el artículo uno del Estatuto del año 1926 como en el artículo uno del Reglamento Orgánico de 1958, se siguió defendiendo la figura del MF como un órgano encargado de representar al Gobierno en sus comunicaciones con el Poder Judicial. En cambio, más adelante el concepto de MF cambiará siendo definido como un órgano de comunicación entre el Poder Ejecutivo y los Tribunales de Justicia, según expone el artículo 35 de la Ley orgánica del Estado de 1967.

Sin embargo, será con la elaboración y aprobación de la Constitución Española de 1978 cuando se aprecie un notable cambio en la concepción de la institución del MF, al configurarse como un órgano responsable de promover la acción de la Justicia en aras de defender la legalidad, los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la ley, así como, de vigilar el buen funcionamiento de los Juzgados y Tribunales⁹. Junto a la CE, la 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 se presenta como la primera reforma trascendental en la estructura y funcionamiento de la institución, observándose en que se refuerza su autonomía funcional, se le proporciona nuevos mecanismos para dirigir y coordinar la política criminal, se fomenta la especialización de la Fiscalía y, cumpliendo el mandato constitucional, se adapta, por primera vez, el MF al Estado de las Autonomías¹⁰.

⁸ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “Las partes acusadoras”, en *Procesal Penal. Derecho Procesal III*, VV. AA. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis y BARONA VILAR, Silvia (Coord.). Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021, pp. 83.

⁹ Art. 124.1 de la Constitución Española de 1978.

¹⁰ MONTERO AROCA, Juan, “El Ministerio Fiscal”, en *Introducción al Derecho Procesal*, MONTERO AROCA, Juan y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021, pp. 184.

A modo de conclusión, se puede sostener que, hasta la promulgación de la Constitución de 1978, el MF ha dependido de modo directo del poder ejecutivo¹¹.

1.2. Definición y naturaleza jurídica del Ministerio Fiscal

En primer lugar, es necesario partir de la concepción del MF como un órgano cooperador o colaborador con la Justicia debido a que no se subordina ni funcional ni orgánicamente a los Juzgados o Tribunales por carecer de potestad jurisdiccional¹².

Desde la perspectiva constitucional, el Ministerio Fiscal encuentra su regulación en el Título VI denominado “*Del Poder Judicial*”. Dentro de este título, el artículo 124 de la CE constituye la norma esencial de su regulación, sin perjuicio de que otros preceptos constitucionales aludan a la figura del MF, tales como los arts. 126, 127 y 162.1 apartado b). De tal modo, que el MF se constituye como un órgano de relevancia constitucional en nuestro ordenamiento jurídico español.

En coherencia con lo dispuesto en el art. 124 de la CE, el art. 2 del EOMF define al MF como un “órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, y ejerce su misión por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad”.

En palabras del Catedrático de Derecho Procesal MORENO CATENA el MF sería “un órgano estatal, con perfiles propios dentro del esquema institucional del Estado, con una organización administrativa —jerarquizada— y un indudable ámbito de autonomía”¹³. De esta definición se deduce que es un órgano del Estado que cuenta con personalidad jurídica propia, que los miembros que conforman el MF desempeñan sus funciones de acuerdo con

¹¹ FUENTES SORIANO, Olga. “El Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma”. *Documento de trabajo*, vol.16, 2003, pp.11.

¹² MONTERO AROCA, Juan, “El personal auxiliar y el colaborador”, en *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, BARONA VILAR, Silvia. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 171.

¹³ MORENO CATENA, Víctor. “El papel del Ministerio Fiscal en el Estado Democrático de Derecho”. *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 16, 2002, pp.3.

el principio de dependencia jerárquica y, asimismo, que actúan de manera autónoma en relación con el Gobierno.

Según DÍEZ-PICAZO el elemento que caracteriza necesariamente al MF se encuentra en la misión de ejercer la acción penal por cuenta del Estado¹⁴. De lo expresado se infiere que el MF es una de las partes acusadoras que se prevén en el proceso penal.

También, el Comité de Ministros del Consejo de Europa a través de la Recomendación (2002) 19, sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal definió al fiscal de la siguiente manera: “la autoridad encargada de vigilar en nombre de la sociedad y en interés general la aplicación de las leyes con sanciones penales, teniendo en cuenta, de un lado, los derechos individuales y, de otro, la necesaria eficacia del sistema de justicia penal”¹⁵.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional parte de considerar al MF como una “parte procesal imparcial” porque ejerce sus funciones con plena objetividad e independencia en aras de defender los intereses que le hayan sido conferidos¹⁶.

Respecto a su naturaleza, el MF se configura como un órgano de carácter administrativo en el Estado social y democrático de Derecho¹⁷. No obstante, GÓMEZ COLOMER argumenta que en la referida institución se puede apreciar una relativa naturaleza política, en el sentido de que, pese a lo establecido en el art. 2.1 de la EOMF, el cargo de Fiscal General del Estado se nombra por el Rey, a petición del Gobierno¹⁸. A ello se suma, que dicho órgano estatal no se encuentra sometido al Consejo General del Poder Judicial ni desde la perspectiva orgánica ni administrativa, sino al Poder Ejecutivo (Ministerio de Justicia) por razón de autonomía funcional.

¹⁴ HERRERO-TEJEDOR, Fernando. “Ministerio Fiscal y los derechos fundamentales”. *Cuadernos de Derecho Público*, núm.18, 2002, pp.225.

¹⁵ Consejo de Europa. *Recomendación (2000)19*: <https://www.fiscal.es/documents/20142/147455/Recomendaci%C3%B3n+%282000%2919+a+1os+Estados+Miembros+sobre+el+papel+del+Ministerio+Fiscal+en+el+Sistema+de+Justicia+Penal.pdf/4a2c08ae-e0c0-f248-8e17-7bda77bd5daf?version=1.1> [consulta: 20 febrero 2022].

¹⁶ Auto del Tribunal Constitucional N.º 63/1997, de 6 de marzo (ECLI:ES:TC:1997:63A).

¹⁷ MORENO CATENA, Víctor. “El papel del ...”, *op. cit.*, pp.8.

¹⁸ GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. “La Fiscalía española, ¿Debe ser una institución independiente?”. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 41, 2018, pp.158.

Para concluir, es preciso referirse al Ministerio Fiscal en relación con su incardinación en los poderes del Estado.

En efecto, algunos creen que el MF es una institución que se encuentra integrada en el Poder Judicial. Entre los argumentos que ofrecen los defensores de la concepción judicialista caben destacar primero, que el MF se ubica dentro de la Constitución en el Título VI referente al Poder Judicial, segundo, que esta institución ni siquiera es mencionada en el Título IV denominado *Del Gobierno y de la Administración*, tercero, que el art. 2 del EOMF señala expresamente que se trata de un órgano que permanece integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial y, por último, que aparte de la función de juzgar y ejecutar lo juzgado establecida en el art. 117 de la CE puede existir otra serie de facultades que se atribuyan a este Poder de acuerdo con el apartado cuarto del mismo artículo¹⁹.

Otros afirman que debería vincularse al Poder Ejecutivo al entender que el MF, basándose en su función primordial del ejercicio de la acción penal, ha de encontrarse vinculado con el Gobierno con el propósito de que sea éste quien le “legitime democráticamente y responda políticamente por él, pues en el marco del actual Estado de Derecho no puede existir poder sin legitimación ni responsabilidad”; mientras que hay quienes argumentan su vinculación con el Poder Legislativo por la razón de que, de dicho poder, procede la legalidad cuya defensa confía nuestra Constitución a la institución del MF²⁰.

Por último, la postura adoptada recientemente por parte de la doctrina consiste en defender que no se inserta en ninguno de los tres poderes del Estado. De un lado, no pertenece al Poder Judicial, puesto que el art. 117.3 de la CE sostiene que la potestad jurisdiccional únicamente puede ser ejercida por los Juzgados y Tribunales y el MF no se encuentra integrado en el Consejo General del Poder Judicial, según dispone el art. 122 de la CE y, de otro lado, tampoco puede integrarse al Poder Ejecutivo, porque, a pesar de lo dispuesto en el art. 8 del EOMF, el art. 124 apartados primero y segundo de la CE determina que una de

¹⁹ LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo. *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su estatuto orgánico*. Madrid: La Ley, Wolters Kluwer, 2008, pp. 217-222.

²⁰ LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo. “*La autonomía del...*”, *op. cit.*, pp. 223 y 231.

las misiones del MF es garantizar la independencia de los Juzgados y Tribunales en atención al principio de imparcialidad que debe regir su actuación²¹.

1.3. Principios informadores que rigen la actuación del Ministerio Fiscal

El art. 124.2 de la CE recoge que “El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad”. De igual forma, se establece en el art. 2.1. del EOMF.

Por tanto, de lo expuesto es necesario distinguir, por un lado, los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica como principios de funcionamiento y, por otro lado, los principios de legalidad e imparcialidad considerados como principios de actuación.

1.3.1. Principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica

El EOMF en su art. 22 apartado primero dispone que el MF es único en todo el Estado y en su apartado segundo, que el Fiscal General del Estado como encargado de la jefatura superior del MF, representa a todo el territorio de España. De tal modo, que el mencionado precepto alude al principio de unidad de actuación. Este principio significa que cada uno de los fiscales que conforman el Ministerio Público ha de actuar de manera coordinada, ordenada, metódica, así como sistemática y, en consecuencia, guiarse por una interpretación homogénea de nuestro ordenamiento jurídico español²². En aras de garantizar el cumplimiento de la unidad de criterios, el art. 24.1. del EOMF impone la celebración de la Junta de Fiscales de forma periódica.

Mientras que el principio de dependencia jerárquica consiste en primer lugar, en la subordinación de los miembros del MF a las órdenes e instrucciones procedentes de sus superiores y, en segundo lugar, que el MF se organiza de forma piramidal, en cuya cúspide

²¹ MATEOS GORDILLO, Miguel. “El Ministerio Fiscal, órgano de relevancia constitucional: su autonomía y su papel en el proceso penal”. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 34, 2016-II, pp. 187-188.

²² CALAZA LÓPEZ, Sonia, “El Ministerio Fiscal”, en *Introducción al Derecho Procesal*, GIMENO SENDRA, Vicente, DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, CALAZA LÓPEZ, Sonia. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 212.

se encuentra el Fiscal General del Estado, encargado de impartir instrucciones u órdenes que convengan al servicio, así como al desempeño de sus funciones ²³. No obstante, respecto a la primera cuestión, el artículo 27.1 del EOMF indica que si el fiscal aprecia que la instrucción u orden es contraria a las leyes o improcedente lo comunicará de un modo razonado a su Fiscal Jefe, el cual bien procederá a remitirla al superior del que la instrucción u orden proviniese, o bien la resolverá si hubiera procedido del mismo, sin perjuicio, en este último caso, de la previa audiencia de la Junta de Fiscalía.

1.3.2. Principios de legalidad e imparcialidad

El principio de legalidad encuentra su regulación y definición en el art. 6 del EOMF que establece que “por el principio de legalidad el Ministerio Fiscal actuará con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente, dictaminando, informando y ejercitando, en su caso, las acciones procedentes u oponiéndose a las indebidamente actuadas en la medida y forma en que las leyes lo establezcan”. De este precepto se infiere que una de las funciones primordiales del MF es la defensa de la legalidad, teniendo en cuenta las exigencias previstas en el ordenamiento jurídico español.

Sin embargo, en la actualidad se observa como este principio se encuentra desplazado por el de oportunidad en ciertos procesos, como es el proceso penal de menores, principio que se concreta en el hecho de que la Fiscalía posee una cierta discrecionalidad técnica, siempre y cuando actúe dentro de los límites establecidos por la Ley; en concreto, se materializa en los arts. 18 y 19 del EOMF, esto es, el MF ostenta la facultad de desistir, de una parte, de incoar el expediente en el supuesto de que los hechos previamente denunciados deriven en delitos menos graves, sin violencia o intimidación en los individuos y, de otra parte, de continuar el expediente cuando el menor se haya reconciliado con la víctima o, se haya comprometido a reparar el daño ocasionado a la víctima o a realizar aquella actividad educativa que el equipo técnico haya propuesto en su informe²⁴.

De la misma forma que el anterior principio, el principio de imparcialidad es definido de manera expresa en el art. 7 del EOMF, en virtud del cual, la figura del MF ha de defender los

²³ MARTÍN PASTOR, José. “Las partes acusadoras en el anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal de noviembre de 2020”. *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, núm. 3, 2021, pp. 346-347.

²⁴ CALAZA LÓPEZ, Sonia. “El Ministerio...”, *op.cit.*, pp. 213-214.

intereses que le han sido confiados con plena objetividad e independencia. Por tanto, de lo expuesto se puede extraer una posible contradicción, por considerar que la imparcialidad implica no ser parte y el MF actúa como parte acusadora en el proceso penal, por ello, el principio de imparcialidad debe ser entendido como la no implicación del fiscal en el supuesto concreto²⁵.

Por esta razón, no cabe la posibilidad de recusar a los miembros que integran al MF, aunque tienen la obligación de abstenerse si concurriese alguna de las causas de abstención previstas para los Jueces y Magistrados; y en el supuesto de que el fiscal inmerso en dicha causa no se abstuviese las partes ostentarán la posibilidad de acudir a su superior jerárquico para solicitar su no intervención en el proceso de acuerdo con el art. 28 del EOMF.

1.4 Análisis de las facultades del Ministerio Fiscal en la fase de instrucción del Proceso Penal

El art. 124.1 de la CE, anteriormente citado, regula con carácter general las funciones básicas del MF, al disponer que “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”. Así mismo, tanto el art. 541.1 de la LOPJ como el art. 1 del EOMF reiteran exactamente lo dispuesto en tal artículo de la Constitución.

Conviene destacar la importancia del art. 3 del EOMF, al desarrollar el art. 124 de la CE y, por ende, al regular de manera pormenorizada las funciones atribuidas al MF. De esta manera, dado que se trata de analizar y abordar las facultades que el mismo ostenta en la fase de instrucción, es interesante exponer en primer lugar, la labor de velar por el correcto y eficaz ejercicio de la función jurisdiccional, al igual que por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas²⁶. En esta misma línea el apartado primero del art. 306 de la LECrim aborda la función del Fiscal de inspeccionar directamente los sumarios de delitos públicos instruidos por los Jueces de Instrucción. Al

²⁵ MORENO CATENA, Víctor, “El Ministerio Fiscal” en *Introducción al Derecho Procesal*, MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021, pp.193.

²⁶ Art. 3 apartados primero y tercero de Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

respecto, el TS en su sentencia núm. 203/2007 configura al MF como inspector de la instrucción, lo cual significa que debe apreciar si las actuaciones procesales llevadas a cabo por el Juez de Instrucción son correctas y conformes a la Ley²⁷.

En segundo lugar, a tenor de los arts. 3.4 del EOMF y 105 de la LECrim, corresponde al MF el ejercicio de la acción penal, salvo en los delitos privados en los que no interviene y en los delitos semipúblicos, en los que se precisa la denuncia del ofendido.

En tercer lugar, el art. 3.5 del EOMF regula que el Fiscal podrá intervenir en el proceso penal en lo relativo a la adopción de medidas cautelares y a la práctica de diligencias dirigidas a la averiguación de los hechos siempre y cuando cuente con autorización judicial.

Igualmente, el art. 311 de la LECrim se refiere a que el MF se encargará de proponer al Juez de Instrucción la práctica de diligencias que se entiendan necesarias para el esclarecimiento de los hechos.

En cuarto lugar, le corresponde ejercitar la acción civil que derive del delito, excepto en el supuesto de que el ofendido renuncie a la misma o la reserve para un posterior proceso civil, en atención a lo previsto en el art. 108 LECrim.

En quinto lugar, podrá solicitar la prisión provisional o la libertad provisional con fianza del investigado cuando así lo considere oportuno en atención al art. 505.3 de la LECrim.

En último lugar, cabe mencionar que el MF ostenta la facultad de solicitar al Juez de Instrucción que finalice la investigación, así como, que se remitan las actuaciones al Juez o Tribunal que sea competente para conocer la causa, siempre y cuando se dé el supuesto de que el MF entienda que existen elementos suficientes para realizar la calificación de los hechos y para proceder a la apertura del juicio oral y no exista acusación privada, según el art. 622 II LECrim. Semejante circunstancia se regula en el art. 773.1 II LECrim relativo al procedimiento abreviado.

Asimismo, la doctrina de la Fiscalía General del Estado, en concreto, la Instrucción 2/2008, de 11 de marzo, sobre las funciones del Fiscal en la fase de Instrucción²⁸, expone una serie

²⁷ FJ 1 apartado tercero de la STS núm. 203/2007, de 13 de marzo (ECLI:ES:TS:2007:1479).

²⁸ Instrucción 2/2008, de 11 de marzo, sobre las funciones del Fiscal en la fase de Instrucción (Referencia: FIS-I-2008-00002). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-I-2008-00002> [consulta: 22 febrero 2022]

de conclusiones sobre las labores que debe llevar a cabo el MF en la referida fase, de entre las cuales caben destacar las siguientes:

En primer término, tras la incoación de un procedimiento penal en el correspondiente Juzgado de Instrucción, el Fiscal se encuentra obligado a realizar un seguimiento permanente de la instrucción llevada a cabo por el Juez.

En segundo término, el Fiscal, durante la tramitación de la fase de instrucción, ha de cumplir las obligaciones que posee en relación con la víctima y, con especial atención de preservar el derecho de defensa.

Tampoco se puede ignorar al sujeto pasivo del proceso penal y por ello, la LECrim en su art. 773.1 confiere al MF la siguiente obligación: “velará por el respeto de las garantías procesales del investigado o encausado”.

1.5. La estructura organizativa del Ministerio Fiscal

Para empezar, conviene mencionar que la institución del MF desempeña sus funciones a través de órganos propios, tal y como disponen los arts. 124.2 de la CE y 2.1 del EOMF.

Los órganos que conforman la figura del MF se encuentran detallados en el artículo 12 del EOMF, el cual indica que son “a) El Fiscal General del Estado. b) El Consejo Fiscal. c) La Junta de Fiscales de Sala. d) La Junta de Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas. e) La Fiscalía del Tribunal Supremo. f) La Fiscalía ante el Tribunal Constitucional. g) La Fiscalía de la Audiencia Nacional. h) Las Fiscalías Especiales. i) La Fiscalía del Tribunal de Cuentas, que se regirá por lo dispuesto en la Ley Orgánica de dicho Tribunal. j) La Fiscalía Jurídico Militar. k) Las Fiscalías de las Comunidades Autónomas. l) Las Fiscalías Provinciales. m) Las Fiscalías de Área. n) La Unidad de Supervisión y Control de Protección de Datos”.

En relación con los órganos citados, es imprescindible la figura del Fiscal General del Estado. De conformidad con el art. 29.1 del EOMF, este será elegido entre juristas españoles de reconocido prestigio que cuenten con más de quince años de efectivo ejercicio profesional para su posterior nombramiento por el Jefe del Estado, “a propuesta del Gobierno, oído previamente el Consejo General del Poder Judicial”.

Si bien, se precisa mencionar que una de las reformas del EOMF tendente a generar un cambio favorable para la institución ha sido la 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, la cual ha pretendido garantizar una mayor estabilidad del Fiscal General del Estado²⁹ al introducir, entre otras cuestiones, que la duración del mandato de este órgano sea de cuatro años, sin que sea posible su renovación.

Seguidamente, debajo de la figura del Fiscal General del Estado se encuentra un conjunto de miembros que permanecen organizados de forma jerárquica. Tales miembros se hallan integrados en varias categorías de la carrera fiscal que constituyen un cuerpo único, en concreto, existen tres: el Abogado-Fiscal, el Fiscal y el fiscal de la Sala del TS, categorías que son correlativas a la figura del Juez, Magistrado y Magistrado del TS, respectivamente³⁰.

²⁹ ZARZALEJOS NIETO, Jesús. “La instrucción ...”, *op. cit.*, pp. 87.

³⁰ Arts. 32 y 34 de Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

CAPÍTULO II: LA INSTRUCCIÓN EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL

2.1. Concepto y aspectos clave de la instrucción

En atención al vigente principio acusatorio instaurado por la LECrim, el proceso penal se estructura principalmente en dos fases: la primera denominada instrucción o de investigación y la segunda, juicio oral³¹, sin perjuicio de que exista la conocida fase intermedia.

Por lo que se refiere a la fase de instrucción, esta recibe una denominación u otra en atención al tipo de procedimiento penal en el que nos encontremos. Así pues, mientras que en el procedimiento ordinario la instrucción se conoce como sumario, en el abreviado y en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos se denomina diligencias previas y diligencias urgentes, respectivamente.

Pues bien, el concepto de sumario se encuentra expresamente regulado en el art. 299 de la LECrim, el cual determina que “constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos”. Del aludido precepto se puede deducir las funciones que conforman la instrucción, es decir, de un lado, el esclarecimiento de aquellas circunstancias que puedan tener repercusión en la calificación del hecho y en la culpabilidad del autor, así como el aseguramiento de la eficacia del proceso penal mediante la adopción de medidas cautelares personales y reales y, de otro lado, la preparación del juicio oral.

Al respecto, MORENO CATENA³² se refiere a la instrucción en estos términos “la fase de instrucción del proceso penal (...) cumpliendo con su finalidad de depurar la *notitia criminis*, de esclarecer su correspondencia con la realidad y la identidad de los posibles autores, no sólo consigue *preparar el juicio oral* sino que, por encima de eso, permite *evitar el juicio oral*, en la medida en que proporciona a todos los sujetos los elementos para decidir si procede o no la

³¹ GIMENO SENDRA, Vicente. *El Ministerio Fiscal-director de la instrucción*. Madrid: Ministerio de Justicia, Iustel, 2006, pp.24.

³² MORENO CATENA, Víctor. “El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos”. *TEORDER*, núm. 1, 2007, pp. 80.

continuación del proceso con la apertura del juicio”, mientras que FUENTES SORIANO³³ manifiesta al respecto que “la instrucción es aquella fase del proceso penal, dirigida—en España— por el Juez instructor y encaminada a preparar el enjuiciamiento mediante la determinación del hecho delictivo aparentemente cometido (si existió el hecho en sí y si reúne los caracteres de delito) y la determinación de su presunta autoría”.

Como ya se ha adelantado, el principio acusatorio no solo impone la obligación de dividir el proceso penal fundamentalmente en las fases de instrucción y juicio oral en aras de garantizar la imparcialidad de los Jueces o Tribunales en el dictado de la sentencia, sino que, además, exige que la dirección de las aludidas fases sea llevada a cabo por órganos distintos del Estado³⁴.

Junto al concepto de instrucción, es preciso el conocimiento y, por ende, la alusión a las principales características de dicha fase:

Primero, cabría destacar la jurisdiccionalidad en el sentido de que la dirección de la instrucción es realizada por el órgano judicial, exceptuando los delitos en contra de los intereses financieros de la Unión Europea y el procedimiento penal de menores. Como peculiaridad la naturaleza jurídica de la instrucción ha sido objeto de numerosos debates doctrinales. Si bien, se podría afirmar que su naturaleza es administrativa y en esencia, jurisdiccional³⁵. Así se pronuncia el TS en su sentencia núm. 228/2015, de 21 de abril: “la investigación judicial de los hechos, es una función administrativa y, en parte, jurisdiccional, de ahí la doble naturaleza inquisitiva y acusatoria que la caracteriza. El juez de instrucción es quien tiene encomendada la función de instruir las causas por delitos”³⁶.

Segundo, se indica la sumariedad en relación con la brevedad. Esto se apoya en el art. 324 de la LECrim, el cual determina que el plazo máximo de investigación judicial a partir de que se incoe la causa no puede exceder de doce meses, sin perjuicio de la posibilidad de prorrogar el plazo hasta un máximo de seis meses.

Tercero, tal y como señala el art. 301 de la LECrim, frente a la publicidad predomina el carácter reservado del sumario hasta que proceda la apertura del juicio oral. No obstante, es

³³ FUENTES SORIANO, Olga, “La fase de instrucción. Principios generales”, en *Derecho Procesal Penal*, VV. AA. ASECIO MELLADO, José María (Dir.). Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 141.

³⁴ FUENTES SORIANO, Olga. “*La fase de instrucción...*”, *op. cit.*, pp. 139-140.

³⁵ ZARZALEJOS NIETO, Jesús. “La instrucción penal: ...”, *op. cit.*, pp. 144.

³⁶ FJ 1 de la STS núm. 228/2015, de 21 de abril (ROJ: STS 1516/2015).

posible declarar el secreto del sumario si concurren las circunstancias reguladas en el art. 302 apartado segundo de la LECrim.

Cuarto, es preciso mencionar el predominio de la escritura en las actuaciones del proceso penal. En particular, los arts. 315, 321 y 450 de la LECrim aluden a este principio.

En último lugar, la instrucción penal se encuentra formada necesariamente por tres piezas, esto es, la principal, la de situación personal y la de responsabilidad civil y, en su caso, se formará la pieza de responsabilidad subsidiaria cuando sea responsable civil un tercero que no se encuentra investigado penalmente³⁷.

Para ir concluyendo, el art. 303 apartado primero de la LECrim prevé que será el Juez de Instrucción el encargado de la formación del sumario, excepto los supuestos de aforamiento, en los que un Magistrado de la Sala correspondiente, que no puede formar parte de la misma en la fase de enjuiciamiento, será el competente para la instrucción del proceso penal, conforme a los preceptos 57.2 y 73.4 de la LOPJ. Adicionalmente, el sumario que, como anteriormente se ha mencionado, se forma por el Juez de Instrucción, se realiza bajo la inspección del MF³⁸ y en presencia del Letrado de la Administración de Justicia³⁹.

En definitiva, con carácter general la instrucción se encomendará al Juez de Instrucción correspondiente, mientras que el MF actuará como garante de la legalidad y al mismo tiempo, como parte acusadora cuando proceda, a excepción del proceso penal de menores, en el que instruye el MF.

2.2. Reformas procesales que promueven la figura del “fiscal investigador” en el proceso penal español

2.2.1. La especial referencia al artículo 773.2 de la LECrim

³⁷ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “La instrucción del proceso: Su estructura esencial”, en *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, VV. AA. MONTERO AROCA, Juan. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 136.

³⁸ Art. 306 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882.

³⁹ Art. 321 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882.

Especial relevancia ostentan las diligencias de investigación del MF o la conocida como investigación preliminar, la cual encuentra su regulación tanto en el EOMF, en concreto, su art. 5 como en la LECrim, en particular, su art. 773.2.

El apartado primero del art. 773.2 de la LECrim indica que cuando el Fiscal reciba noticias de un hecho que revistiese, aparentemente, caracteres de delito, ya sea de modo directo o por medio de denuncia o atestado, sin perjuicio de la adopción de medidas tendentes a garantizar la protección de la víctima, procederá a la práctica de aquellas diligencias de investigación necesarias para comprobar el hecho o la responsabilidad de los sujetos partícipes en el mismo. En efecto, tal y como expresa ese mismo apartado de la LECrim, la práctica de dichas diligencias puede ser encomendada a la Policía Judicial.

Como particularidad, el art. 5.2 del EOMF expresa que las diligencias de investigación practicadas por el Ministerio Fiscal, en ningún caso, podrán consistir en restringir derechos fundamentales ni adoptar medidas cautelares, aparte de la detención.

En el mismo párrafo, se señala que el MF puede, tras recibir la noticia criminis, bien proceder a decretar el archivo de las actuaciones en el supuesto de que no se trate de un hecho delictivo, bien remitir lo actuado ante el Juez de Instrucción para que este inicie el procedimiento que competa (las llamadas diligencias previas). Con respecto al primer supuesto, se debe informar al perjudicado u ofendido del archivo de las actuaciones con el propósito de que pueda reiterar la denuncia que interpuso ante el Juzgado de Instrucción⁴⁰.

Además, es importante destacar que, según el último párrafo del art. 773.2 de la LECrim, el MF tiene la obligación de poner fin a las diligencias de investigación desde el momento en que conozca que se encuentra en curso un procedimiento judicial en relación con idénticos hechos.

En cuanto a su duración, el desarrollo de estas diligencias será con carácter general, de seis meses, con independencia de posibles prórrogas acordadas por Decreto del Fiscal General

⁴⁰ Art. 773.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882.

del Estado⁴¹. Junto a este plazo, se establece otro de doce meses cuando nos encontremos en presencia de delitos recogidos en el art. 19.4 del EOMF⁴².

En último lugar, es preciso preguntarse sobre el valor de las diligencias que han sido practicadas por el Fiscal. Por un parte, el art. 5.2 apartado tercero del EOMF garantiza la presunción de autenticidad de las diligencias practicadas por el MF o dirigidas por el mismo. A este respecto, destaca la STC 2006/2003, de 1 de diciembre que declara la presunción de autenticidad de las actuaciones de investigación de esta institución: “Que en el procedimiento de menores corresponden al Fiscal las actuaciones de investigación que, si bien formalmente no son sumariales, desde el punto de vista material implican una instrucción funcionalmente equiparable a la del sumario por lo que, dadas las características del Ministerio público, gozan de la presunción de autenticidad”⁴³. Por otra parte, se afirma que, dado el carácter preprocesal de las citadas actuaciones, no se puede equiparar el decreto de archivo del fiscal con el auto de sobreseimiento de los Jueces de Instrucción⁴⁴. Por este motivo, la Fiscalía General del Estado se pronuncia afirmando que las diligencias de investigación se caracterizan por tener “un valor superior a las practicadas por la Policía Judicial en el atestado, aunque no alcanzan el de las practicadas por el Juez de Instrucción asistido del Secretario Judicial”⁴⁵.

2.2.2. *La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor*

⁴¹ CALAZA LÓPEZ, Sonia, “La fase de instrucción”, en *Derecho Procesal Penal*, GIMENO SENDRA, Vicente, DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, CALAZA LÓPEZ, Sonia. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021, pp. 242.

⁴² Circular 1/2021, de 8 de abril, de la Fiscalía General del Estado, sobre los plazos de la investigación judicial del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pp. 45896. <https://www.boe.es/boe/dias/2021/04/21/pdfs/BOE-A-2021-6369.pdf> [consulta: 22 febrero 2022].

⁴³ FJ 6 STC 206/2003, de 1 de diciembre (ECLI:ES:TC:2003:206).

⁴⁴ ALVAREZ DE NEYRA KAPPLER, Susana I., “La policía judicial”, en *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, VV. AA. CHOZAS ALONSO, José Manuel (coord.). Madrid: Dykinson S.L., 2015, pp. 490.

⁴⁵ Circular 4/2013, de 30 de diciembre sobre las diligencias de investigación (FIS-C-2013-00004) <https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-2013-00004> [consulta: 9 de marzo 2022]

La LORRPM, como su propio nombre indica, prevé el procedimiento de responsabilidad penal de menores. Inspirada en el principio de defensa y protección del superior interés del menor y en la naturaleza, tal y como determina su Exposición de Motivos, "formalmente penal pero materialmente socio-educativa", se constituye como el cauce más apropiado para reclamar la responsabilidad penal de sujetos mayores de dieciséis años y menores de dieciocho años por aquellos hechos cometidos que sean constitutivos de delito⁴⁶.

Esta norma jurídica ofrece numerosas particularidades con respecto a otros procedimientos, en concreto, nos centraremos entorno a la actuación instructora del MF, especialmente, en sus arts. 6, 16 y 23.

Del art. 6 LORPPM destaca su doble función de promover la Justicia y defender la legalidad, y, por consiguiente, velar por los derechos de los menores en atención a su interés.

Con respecto al art. 16, su apartado primero encomienda la instrucción al MF. Junto a ello, el apartado siguiente afirma que una vez reciba la *noticia criminis*, el Fiscal se encargará de decidir, o bien, la incoación del expediente cuando los hechos tengan relevancia delictiva procediendo a la práctica de aquellas diligencias que sean necesarias para comprobar la responsabilidad del menor, o bien, en caso contrario, proceder al archivo de las actuaciones ante el desconocimiento de su autor o cuando los hechos no sean constitutivos de delito. De la misma manera, se debe poner en relación con el art. 18 LORRPM, al establecer la posibilidad que tiene el Fiscal de desistir la apertura del expediente cuando se traten de delitos leves o menos graves en los cuales no se haya ejercido violencia o intimidación en las personas y el menor, anteriormente, no haya perpetrado hechos de idéntica naturaleza.

De otra parte, el art. 23.1 LORRPM aclara en qué consiste la función instructora del MF. En efecto, se trata de valorar la participación del menor en los hechos, así como, en la propuesta de medidas de naturaleza educativa y sancionadora que se adecúen a los hechos, al autor de los mismos y, fundamentalmente, al interés del menor.

Sin embargo, el hecho de que la instrucción del procedimiento penal de menores se haya atribuido al MF no impide una posible intervención del Juzgado de Menores en calidad de Juez de Garantías, en cuyo caso, su participación se encuentra taxativamente regulada por la

⁴⁶ ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2021, pp. 392.

LORRPM, por ejemplo, actuaciones consistentes en autorizar diligencias que sean restrictivas de derechos fundamentales o decretar el secreto de sumario⁴⁷.

En coherencia con la atribución de la instrucción al MF, autores como GIMENO SENDRA⁴⁸ argumenta que “la asignación de la investigación al Ministerio Fiscal dota de una mayor coherencia interna y refuerza el principio acusatorio, por cuanto, si la función principal de la fase instructora consiste en la realización de todas aquellas actividades tendentes a preparar la acusación y dicha función ha de ser asumida por el Ministerio Fiscal, parece razonable que sea dicho órgano imparcial quién asuma también la recopilación del material probatorio en el que fundamentar dicha pretensión (...)”. Por tanto, considera que la asunción de la instrucción por parte del MF fortalece el principio acusatorio existente en el proceso penal. En esta misma línea, se pronuncia la STC 60/1995, de 16 de marzo, al indicar que uno de los objetivos de la Ley Orgánica que regula la responsabilidad penal de los menores se halla en instaurar el proceso acorde al principio acusatorio⁴⁹.

Además de lo señalado, el catedrático de Derecho Procesal GIMENO SENDRA⁵⁰ añade primero que la dirección de la instrucción asumida por el Fiscal agiliza la tramitación de esta fase y segundo, que pone fin al riesgo de que los actos de investigación se conviertan en actos de prueba, al margen de los supuestos expresamente regulados por la ley, debido a que el MF no se le permite, con carácter general, realizar actos probatorios, sino que es en la fase de audiencia donde radica “todo el peso probatorio y decisorio”.

Para terminar, a tenor del art. 30.1 LORRPM, una vez finalice la instrucción, el MF procede a resolver la conclusión del expediente, con su correspondiente notificación a las partes que se hubieran personado en el proceso. Junto al expediente y demás piezas de convicción y efectos, remite al Juzgado de Menores el escrito de alegaciones.

⁴⁷ HERMOSA MARTÍNEZ, Ana María, NIETO MORALES, Concepción, ESCANCIANO SÁNCHEZ, Felipe. *Intervención con menores en conflicto con la Ley*. Madrid: Dykinson, 2016, pp. 56.

⁴⁸ GIMENO SENDRA, Vicente. “*El Ministerio-Fiscal director...*”, *op. cit.*, pp. 55.

⁴⁹ FJ 5 STC 60/1995, de 16 de marzo (ECLI:ES:TC:1995:60).

⁵⁰ GIMENO SENDRA, Vicente. “*El Ministerio-Fiscal director...*”, *op. cit.*, pp. 55-56.

2.2.3. Breve referencia a la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.

Recientemente, el 3 de julio de 2021 entró en vigor la LO 9/2021, de 1 de julio, la cual comprende una serie de preceptos que permiten aplicar el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, a nuestro ordenamiento jurídico español.

En consonancia con el art. 2 de la citada norma, su ámbito de aplicación se limita únicamente a “procedimientos penales por delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión Europea”. En este sentido, el art. 4.2 de la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, indica el ámbito de competencia de los Fiscales europeos delegados o, dicho de otro modo, se consideran delitos que atentan a los intereses financieros de la UE: aquellos perpetrados contra la Hacienda de la UE, defraudación de subvenciones y ayudas provenientes de la Unión, cohecho, malversación, blanqueo de capitales y, además, la intervención en una organización criminal, cuya misión principal sea cometer algún delito de los anteriormente citados.

Esta normativa cobra especial importancia por la llamada Fiscalía Europea, definida como un órgano que ostenta total independencia funcional y organizativa, máxima facultad de decisión en los procesos penales, que afronta con eficacia “investigaciones financieras complejas de carácter eminentemente supranacional”, sin estar sujeta a órdenes o instrucciones de la Unión Europea ni de los países miembros y cuyas funciones son la de investigar y, si procede, la de acusar a los posibles autores de delitos contrarios a los intereses financieros de la UE o de los países miembros⁵¹.

Para el desempeño de las competencias previstas en el art. 2 de la LO 9/2021, esta ley ha configurado su propio procedimiento de investigación (Título III) atendiendo a las pautas seguidas por la mayor parte de los Estados Miembros de la UE, otorgando amplios poderes a los fiscales e interviniendo el Juez de Instrucción en calidad de Juez de Garantías cuando tenga que autorizar medidas que puedan afectar a los derechos fundamentales; de tal modo, se desprende que este procedimiento de investigación se desvía de nuestro modelo procesal

⁵¹ Preámbulo I y art. 2 de la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio.

previsto en la LECrim y que, sin lugar a dudas, debe influir en la solicitada reforma del proceso penal en España⁵².

⁵² MORENO CATENA, Víctor. “El Ministerio Fiscal”, *op. cit.*, pp.197.

CAPÍTULO III: LAS DIFERENTES POSTURAS ENTORNO AL “FISCAL INSTRUCTOR”

Toda reforma procesal penal debe partir de la comprensión de la situación real en la que se fundamenta y, por supuesto, no se puede limitar simplemente a cambiar al juez de instrucción por el denominado “fiscal instructor”. Como afirma MORENO CATENA⁵³ “no significa que se deba sustituir el actual juez por un fiscal instructor, pues no se trata de reproducir los esquemas procesales vigentes, cambiando a uno por el otro, sino de superar el modelo que históricamente ha regido en la Europa continental por más de un siglo”.

De este modo, el debate sobre si es conveniente conferir al MF la instrucción del proceso penal o, por el contrario, es preciso continuar con el vigente modelo procesal es una cuestión que ha suscitado numerosos y variados argumentos tanto a favor como en contra por parte de la doctrina española. En este sentido, se expondrán, de un lado, los argumentos proclives a que el Fiscal sea el encargado de dirigir la instrucción penal y de otro lado, los que no están de acuerdo con dicha atribución.

Sin embargo, conviene mencionar que determinados autores entienden que lo verdaderamente relevante, no es quién lleva a cabo la instrucción, si es un juez o fiscal, sino si esta cumple con los requisitos del debido proceso. En efecto, CARDENAL FERNÁNDEZ⁵⁴ cree que “admitiendo el modelo constitucional ambas opciones –juez instructor o fiscal investigador- lo importante no es tanto el quién de la investigación, sino la calidad de lo investigado”.

Por último, sobre esta cuestión ya el TC se pronunció argumentando que el art. 24 de la CE no prevé un sistema único de persecución de los delitos; de tal modo que es constitucional el actual sistema procesal donde el Juez de instrucción se encarga de la dirección de la investigación criminal, como también aquel sistema en el cual el Juez opera en calidad de juez de garantías en la fase de instrucción o aquel modelo “del Juez de instrucción pasivo”, donde solo acuerda las diligencias que previamente han sido propuestas por las partes acusadoras o, si procede, por los acusados⁵⁵.

⁵³ MORENO CATENA, Víctor. “El Ministerio Fiscal...”, *op. cit.*, pp. 88.

⁵⁴ BACIGALUPO, Enrique, GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor, TORRES-DULCE LIFANTE, Eduardo. *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005, pp. 91.

⁵⁵ FJ 14 STC 41/1998, de 24 de febrero (ECLI:ES:TC:1998:41).

3.1. Las posturas a favor

En primer término, uno de los argumentos más empleados para justificar la asignación de la instrucción penal al fiscal se halla en la potenciación del principio acusatorio. En este sentido, TEJADA DE LA FUENTE⁵⁶ señala que “la asignación de la investigación al Ministerio Fiscal, bajo los principios de legalidad e imparcialidad a que debe sujetarse su actuación, tal como proclama el artículo 124.2 CE reforzaría el principio acusatorio, ya que la institución encargada de ejercitar en el proceso la pretensión acusatoria sería la que asumiera también la recopilación del material probatorio en el que fundamentar dicha pretensión, atendiendo, en cualquier caso, a la acusación que vaya a formularse y a las pruebas que vayan a proponerse para practicar, en todo caso, en el acto del juicio oral”.

En términos parecidos, GONZÁLEZ CANO⁵⁷ argumenta que “(...) la instrucción dirigida por una autoridad judicial no se acomoda escrupulosamente al principio acusatorio. Dicho principio implica a nuestro modo de ver la diferenciación entre la investigación del hecho criminal, que debe quedar atribuida al Ministerio Fiscal con arreglo a los principios de imparcialidad y legalidad, y con el control sobre la actividad profesionalizada y científica de la Policía Judicial; y, por otro lado, la potestad jurisdiccional, atribuida en exclusiva a jueces y tribunales y que implica juzgar y ejecutar lo juzgado”.

En segundo lugar, otra de las razones que se exponen con cierta frecuencia en la defensa de esta postura es la mayor celeridad que aporta al proceso penal, así como, la mayor coherencia interna y eficacia. En conexión con lo apuntado, FUENTES SORIANO⁵⁸ aprecia que la idea de otorgar la dirección de la investigación penal al MF, sin lugar a dudas, proporcionaría al proceso penal, por un lado, de mayor coherencia debido a que “si la función de la instrucción es realizar todas aquellas actividades tendentes a preparar la acusación y dicha acusación ha de ser sostenida por el Ministerio Fiscal, parece absolutamente razonable que descansa sobre él la labor de decidir cómo, qué, cuándo y hasta cuándo se debe investigar” y, por otro lado,

⁵⁶ VV. AA. BACIGALUPO, Enrique. “La posición del...”, *op. cit.*, pp. 104.

⁵⁷ GONZÁLEZ CANO, María Isabel. “Dirección de la investigación por el Ministerio Fiscal y nuevo modelo procesal penal”. *REJ*, núm.15, 2011, pp.56.

⁵⁸ VV. AA. BACIGALUPO, Enrique. “La posición del...”, *op. cit.*, pp. 94 y FUENTES SORIANO, Olga. “El Ministerio Fiscal...”, *op. cit.*, pp. 25 y 36.

de mayor eficacia, en el caso de que si este órgano estatal es quién investiga se evitaría la duplicidad de “diligencias instructoras”.

En la idea de celeridad incide GÓMEZ COLOMER⁵⁹ al argumentar que la instrucción asumida por el MF es una de las alternativas que tiene como propósito “reducir la carga de los órganos jurisdiccionales, principal causa del mal funcionamiento de la Justicia, y acelerar el proceso penal, dada la reiteración de actuaciones, por un lado, las practicadas por el Fiscal y la Policía, y por otro, las mismas generalmente, las del Juez”. Del mismo modo, TEJADA DE LA FUENTE⁶⁰ resalta que la asunción de la investigación al Fiscal agilizaría la tramitación de la fase instructora, si, además, se le concede amplias funciones tendentes a dirigir y a coordinar a la Policía Judicial, debido a que “al unificarse en un mismo órgano la instrucción y la preparación de la acusación (...), determinaría la mediata conclusión de la investigación tan pronto como por el Ministerio Fiscal se estimara la improcedencia de formular acusación bien sea por falta de indicios en la comisión del delito o de la participación en el mismo de personas concretas (...) o bien porque el hecho investigado no se considere típico”.

De la misma opinión es GARCÍA-PANASCO MORALES⁶¹ al indicar que “la dirección de la investigación por parte del Ministerio Fiscal confiere a esta fase procesal una naturaleza de mera preparación (o no) del juicio oral, de manera que las diligencias practicadas se configuran como fuentes de prueba, careciendo de valor probatorio. Con ello se evita su reiteración innecesaria, con la consiguiente agilización del procedimiento”.

En tercer lugar, el fortalecimiento de los principios de independencia e imparcialidad judicial y, en consecuencia, del principio de exclusividad jurisdiccional sería otro de los posibles argumentos que avalaría esta postura. En concreto, cabría citar a ASENSIO MELLADO⁶², el cual aboga que no es adecuado que los Jueces ostenten funciones de investigar, de elaborar o conformar la acusación y, al mismo tiempo, tengan que garantizar los derechos del investigado, justificándose, de una parte, en que “el Juez investigador pierde su independencia e imparcialidad” lo que conduciría a “que el imputado queda privado de protección adecuada” y, de otra parte, en que “un Juez investigador, que indirectamente

⁵⁹ GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. “La Fiscalía española...”, *op. cit.*, pp. 179.

⁶⁰ VV. AA. BACIGALUPO, Enrique. “La posición del...”, *op. cit.*, pp. 104.

⁶¹ GARCÍA-PANASCO MORALES, Guillermo. *El fiscal investigador: ¿un verdadero riesgo para las garantías?* Madrid: La Ley, Wolters Kluwer, 2020, pp. 147.

⁶² VV. AA. BACIGALUPO, Enrique. “La posición del...”, *op. cit.*, pp. 89.

colabora con la acusación, constituye una manifestación inquisitiva”. Asimismo, en esta idea insiste MORENO CATENA⁶³ al resaltar que “encomendar a un mismo órgano toda la actividad que se ha de realizar durante la investigación de un hecho delictivo, sin tener en cuenta la naturaleza de cada actuación, carece de justificación y de sentido. El juez debe quedar como controlador de la legalidad de los actos procesales realizados por el fiscal (...) porque el papel que debe desempeñar el juez durante la instrucción no es más (ni menos) que el de garante de los derechos de las partes, esencialmente del sujeto pasivo del proceso. De este modo se fortalece el principio de imparcialidad judicial y se aplica mejor el principio de exclusividad jurisdiccional por el Poder Judicial”.

En cuarto lugar, se invoca la armonización del sistema procesal español con los modelos que existen en los países de nuestro alrededor. En tal sentido, TORRES BOURSAULT⁶⁴ que defiende el pensamiento de encomendar la dirección de la instrucción penal al MF, entre sus numerosos argumentos, expone la necesidad de “emprender la indispensable homologación con el espacio judicial europeo, cuando son cada vez más los países de nuestro entorno que ya han adaptado este sistema (Alemania, Italia, Portugal)”. En efecto, como señala GARCÍA-PANASCO MORALES⁶⁵ no se puede dudar de que la mayoría de “las soluciones procesales ofrecidas en los países de nuestro entorno coinciden en atribuir la responsabilidad de la dirección de la fase de investigación criminal” al Fiscal, “reservando para el juez de instrucción las funciones propias de un juez de garantías”.

En otro sentido, existen otros autores, entre ellos, María del Carmen Calvo Sánchez, Antonio Del Moral García, Juan Luis Gómez Colomer o Fernando Herrero-Tejedor Algar, que defienden la postura de la necesidad de reformar previamente el modelo procesal penal para que el MF pueda asumir la investigación penal⁶⁶.

En definitiva, la asignación de la instrucción penal al MF encuentra su justificación en los siguientes argumentos: refuerza el principio acusatorio, así como los de independencia, imparcialidad y de exclusividad jurisdiccional; aporta celeridad en la tramitación del proceso

⁶³ MORENO CATENA, Víctor. “El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma”. *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 4, 2002, pp. 36.

⁶⁴ VV. AA. BACIGALUPO, Enrique. “La posición del..”, *op. cit.*, pp. 105.

⁶⁵ GARCÍA-PANASCO MORALES, Guillermo. “El fiscal investigador...”, *op. cit.*, pp. 151.

⁶⁶ GARCÍA-PANASCO MORALES, Guillermo. “El fiscal investigador...”, *op. cit.*, pp. 157.

penal, mayor eficacia y coherencia interna y, pretende adaptar nuestro modelo procesal penal a los sistemas existentes en los países de nuestro entorno.

3.2. Las posturas en contra

A la pregunta de si ha de encomendarse al Ministerio Fiscal la dirección de la instrucción en el proceso penal, existen algunos autores que responden negativamente, entre ellos, TORRES-DULCE LIFANTE⁶⁷ argumentando que no sería posible porque contrariaría “nuestro tradicional sistema, es innecesario al existir la figura de un juez de instrucción imparcial e independiente y resulta difícilmente cohonestable con el principio de igualdad de armas ante la necesaria presencia de las acusaciones particulares y públicas (...). Tampoco revitaliza ni asegura mejor el acusatorio ni mejora la celeridad del proceso”.

Al respecto DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ⁶⁸ sostiene que “la figura del fiscal investigador no es la mejor manera de dar plena efectividad a los valores subyacentes a los arts. 124 y 125 de la Constitución”. En consonancia con lo expuesto, argumenta primero, que la implantación del fiscal instructor en España puede oponerse a los principios de imparcialidad y legalidad puesto que “un fiscal que no sólo acusa, sino que antes también ha investigado se halla en una posición -psicológica e, incluso, institucional- mucho más involucrada en el asunto que un fiscal que se limita a sostener la acusación pública”. Segundo, podría traer “una enorme concentración de poder en manos de la cúpula del Ministerio Público”, a causa de que “la Fiscalía General del Estado podría decidir no sólo en qué casos se acusa sino, aun antes, qué casos se investigan” y, por consiguiente, “en España la atribución de la investigación penal al Ministerio Fiscal se produciría en un contexto innegablemente jerárquico”. Tercero, podría debilitar “la efectividad de la acción popular” porque “depende en gran medida de que la investigación criminal está dirigida por un órgano independiente e imparcial. Este panorama podría verse notablemente alterado por la introducción del fiscal investigador, pues tendría instrumentos para dificultar el acceso de los particulares a los datos necesarios para ejercer seriamente la acción penal”.

⁶⁷ VV. AA. BACIGALUPO, Enrique. “La posición del..”, *op. cit.*, pp. 105.

⁶⁸ VV. AA. BACIGALUPO, Enrique. “La posición del..”, *op. cit.*, pp. 93 y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María. “Siete tesis sobre la idea de fiscal investigador”. *TEORDER*, núm. 1, 2007, pp.38.

Por otra parte, ANDRÉS IBÁÑEZ⁶⁹ defiende que, si la instrucción tiene que ser contradictoria, el MF no puede ser el encargado de dirigirla, sino que debe ser “un tercero en posición no parcial”. Seguidamente, señala que es “un sujeto que no tendría por qué no llamarse «juez de instrucción», ya que ejerce funciones de dirección de ésta, con imparcialidad. Si bien, funciones no jurisdiccionales *sensu stricto*, que son las propias del enjuiciamiento, para las que, precisamente por su implicación en la instrucción, estaría inhabilitado”.

Del mismo modo, MONTERO AROCA⁷⁰ se opone a la posibilidad de conferir al MF el monopolio de la instrucción penal por comportar “dos consecuencias (...) gravemente perniciosas para la tutela de los derechos de las (...) partes en el proceso”. La primera de ellas sería que “la investigación se convierte (...) en la preparación de la acusación, y no de cualquier acusación sino de la que importa al fiscal, y ni siquiera a los demás acusadores. Si algún acusador (particular o popular) estimara convenientes actos de investigación dirigidos a preparar su acusación tendría bien que instar de alguien la realización de esos actos, bien que realizarlos por su cuenta, de modo privado y a su costa”. La segunda consecuencia que plantea es que el investigado tiene que realizar a su costa las actuaciones de investigación necesarias para defenderse, lo que traería como consecuencia que “sólo los sobrados de medios económicos pueden realizar efectivamente esa investigación, mientras que la inmensa mayoría de los imputados se enfrentan en situación de clara desigualdad al todopoderoso fiscal (...) que dispone de todos los medios, mientras que el imputado tiene que conformarse con un abogado designado por el turno de oficio”.

Sobre esta cuestión, GARBERÍ LLOBREGAT⁷¹ afirma que la asunción de la instrucción penal por el Fiscal conlleva numerosos inconvenientes puesto que ni “solventa satisfactoriamente el actual defecto de imparcialidad que aqueja a los Jueces de Instrucción (...), ni asegura completamente que la fase instructora del proceso penal vaya a ser más breve de lo que lo es hoy día ni garantiza que el principio acusatorio vaya a resultar fortalecido”. A

⁶⁹ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. “El Fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal”. *TEORDER*, núm. 1, 2007, pp.20.

⁷⁰ MONTERO AROCA, Juan. “Investigación e instrucción del proceso penal”. *TEORDER*, núm. 1, 2007, pp. 62.

⁷¹ GARBERÍ LLOBREGAT, José. “¿Fiscal instructor?: pocas ventajas y un enorme inconveniente”. *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 14, 2008, pp. 182-183.

ello se añade “la sospecha general de parcialidad que genera un MF dependiente del Gobierno de turno”.

Para finalizar, LANZAROTE MARTÍNEZ⁷² menciona cuatro argumentos que, a menudo, son empleados para defender la pervivencia de la actual fase instructora:

1. Primeramente, se aduce al carácter jurisdiccional de la fase de instrucción que engloba, aparte de actuaciones de investigación dirigidas a descubrir y esclarecer los hechos y sus autores, una serie de funciones meramente jurisdiccionales, tales como la facultad de adoptar medidas restrictivas de derechos fundamentales o cautelares que necesitan para su posterior valoración que hayan sido realizadas por un órgano imparcial e independiente. De ello se deriva, que estas últimas actuaciones no pueden ser llevadas a cabo por el MF debido a su condición de parte en el proceso penal.
2. La instrucción comporta el ejercicio de facultades de valoración de hechos, ponderación de circunstancias, así como actos de enjuiciamiento, como, por ejemplo, decidir si procede la admisión de la denuncia o querrela.
3. Posteriormente, se invoca que el MF se encuentra organizado jerárquicamente y su dependencia con el Poder Ejecutivo.
4. Finalmente, la atribución de la instrucción penal al MF conduciría a la inevitable necesidad de reformar su Estatuto Orgánico en lo relativo a su organización y estructura.

⁷² LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo. “*La autonomía del...*”, *op. cit.*, pp.139-143.

CAPÍTULO IV: ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DEL AÑO 2020

A fecha de 24 de noviembre de 2020, el Gobierno de España aprueba un nuevo anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, una iniciativa legislativa que introduce, entre otras, la novedad de que el Fiscal asuma la dirección de la fase instructora y el Juez instructor deje de serlo para pasar a convertirse en un Juez de Garantías. No obstante, esta reforma procesal no ha sido totalmente novedosa, sino que precede de una serie de antecedentes fallidos.

Como peculiaridad, el ALECRIM de 2020 se compone de 982 preceptos estructurados mediante un Título Preliminar y nueve libros, así como de una serie de disposiciones adicionales (dos), transitorias (cinco), derogatorias (una) y finales (ocho). Respecto a estas últimas, su disposición octava prevé un periodo de seis años, desde la publicación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal en el Boletín Oficial del Estado, para su entrada en vigor.

4.1. Antecedentes

Conforme al apartado II de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal del año 2020, tanto el ALECRIM del año 2011, como la Propuesta de Código Procesal Penal del año 2013, se constituyen como los principales textos en que se basa la futura norma.

Hace aproximadamente veintiún años que el llamado “Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia” en su apartado número 17 declaró la necesidad de elaborar una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal que permitiese finalizar el proceso de modernización de las leyes procesales de nuestro país⁷³. Sin embargo, no será hasta el año 2011 cuando el Consejo de Ministros apruebe un nuevo ALECRIM.

La Exposición de Motivos (apartado VI) del mencionado anteproyecto determinaba la existencia de dos objetivos fundamentales: el primero, superar el procedimiento de investigación dirigido por el Juez de Instrucción, para pasar a un sistema donde el Juez quedaría desplazado “de cualquier función activa” y, en consecuencia, solo tutelaría los

⁷³ Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia. <http://www.juecesdemocracia.es/pdf/pactoRefJust.pdf> [consulta: 25 de abril 2022].

intereses que se planteasen desde la postura de la imparcialidad y, el segundo objetivo, fortalecer el derecho de defensa.

No obstante, no pudo someterse a debate parlamentario dada la “prematura finalización de la legislatura”⁷⁴.

Más adelante, en fecha de 2 de marzo de 2012, el Consejo de Ministros crea una Comisión Institucional con la misión de realizar un texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal. Como resultado se obtuvo una Propuesta de Código Procesal Penal, cuya exposición de motivos declaraba que era ineludible su elaboración para superar las incoherencias normativas derivadas de las múltiples modificaciones introducidas en la LECRIM y, en consecuencia, era necesario implantar un procedimiento de investigación “moderno, ágil y equilibrado” que rompiese “con la perniciosa tradición inquisitorial” mediante la asignación de la instrucción penal al MF⁷⁵.

4.2. Las fases del procedimiento penal

El ALECRIM de 2020 opta por regular un único proceso, el cual se puede denominar “ordinario”⁷⁶, con independencia de que su Libro VIII contemple la existencia de “los procedimientos especiales”⁷⁷.

Dicho proceso se compone de las siguientes fases:

⁷⁴ Apartado II de la Exposición de motivos del ALECRIM de 2020.

⁷⁵ Gobierno de España (Ministerio de Justicia): *Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012*.

https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430153214-Propuesta_texto_articulado_L.E.Crim.PDF [consulta: 25 abril 2022].

⁷⁶ MUERZA ESPARZA, Julio. “La estructura y fases del proceso en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020”. *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, núm. 3, 2021, pp. 189.

⁷⁷ El Libro VIII del ALECRIM de 2020 consta de siete títulos que regulan, por este orden, los siguientes “procedimientos especiales”: los procedimientos urgentes, el procedimiento por delito privado, el procedimiento contra personas aforadas, el procedimiento especial para la actuación de la Fiscalía Europea, el juicio por delitos leves, el procedimiento de decomiso autónomo y, el procedimiento especial para la indemnización de la prisión provisional seguida de absolución.

Bajo la rúbrica “Del procedimiento de investigación”, la primera fase prevista en el Libro IV establece que el Ministerio Fiscal asumirá la dirección de la investigación, mientras que el “Juez de Garantías” se encargará de controlar la legalidad de esta, sin perjuicio de tener presente, en todo momento, los Libros II y III que contemplan las medidas cautelares y las diligencias de investigación, respectivamente. Se observa que la fase de instrucción recibe el nombre de procedimiento de investigación.

De acuerdo con el Libro V del anteproyecto, la segunda fase conocida como “fase intermedia” abarca el ejercicio de la acción penal, el juicio de acusación y, en su caso, la apertura del juicio oral⁷⁸. En virtud de su art. 29, esta fase corresponde a la sección de enjuiciamiento del Tribunal de Instancia de la circunscripción donde el delito se hubiere cometido, la cual se encuentra constituida por un único magistrado denominado Juez de la Audiencia Preliminar, cuya principal función consiste en determinar si procede, bien la apertura del juicio oral, bien el sobreseimiento, sin que, en ningún caso, pueda intervenir posteriormente en el desarrollo del juicio oral, según consagra la Exposición de Motivos (apartado LXX). En definitiva, desde que concluye la investigación y se ejerce la acción penal mediante la presentación del escrito de acusación se inicia la fase intermedia, momento a partir del cual las actuaciones son plenamente jurisdiccionales⁷⁹.

La última fase llamada “juicio oral”, recogida en el Libro VI del anteproyecto, corresponde a la sección de enjuiciamiento del Tribunal de Instancia de la circunscripción en que el delito se hubiera cometido. A diferencia de la anterior fase, conforme a su art. 31.1, estas secciones pueden estar constituidas, o bien por un único magistrado si el delito es leve o menos grave, salvo excepciones⁸⁰, o bien por tres cuando el hecho delictivo sea calificado de grave.

4.3. El Ministerio Fiscal

4.3.1. Intervención

⁷⁸ MUERZA ESPARZA, Julio. “La estructura ...”, *op. cit.*, pp. 190.

⁷⁹ Apartado LXX de la Exposición de Motivos del ALECRIM de 2020.

⁸⁰ El art. 31.2 del ALECRIM indica que la sección de enjuiciamiento estará formada siempre por tres magistrados “aun cuando sean menos graves y aunque hayan sido cometidos por personas jurídicas” en el caso de la comisión de una serie de delitos enumerados en el propio precepto.

En primer lugar, se precisa indicar cuándo el Ministerio Fiscal debe intervenir en el proceso penal.

Pues bien, el art. 87 del ALECRIM de 2020 señala con total claridad que “intervendrá en todos los procesos penales excepto en los procedimientos especiales por delitos de injuria y calumnia contra particulares y en los que sean iniciados o avocados por la Fiscalía Europea (...)”.

4.3.2. *Funciones*

A raíz del nuevo anteproyecto del año 2020, el MF ostentará fundamentalmente las siguientes funciones de acuerdo con sus arts. 87 y 89:

En primer lugar, la función primordial y novedosa sería la dirección del procedimiento de investigación penal. En particular, le corresponde incoar y llevar a cabo, bien por sí mismo, bien ordenando a la Policía Judicial, la investigación tendente al esclarecimiento de los hechos y de los posibles responsables criminales, sin dilaciones indebidas.

En segundo lugar, el ejercicio de la acción pública penal. No obstante, el art. 90 del anteproyecto manifiesta que puede abstenerse de ejercitarla por “razones de oportunidad” en los supuestos expresamente autorizados por el texto⁸¹.

En tercer lugar, el ejercicio de la acción civil a favor de la víctima del hecho delictivo siempre que esta persona no se persone en el procedimiento y no renuncie expresamente o realice reserva para su posterior ejercicio en el orden jurisdiccional civil.

En cuarto lugar, cuando la situación lo requiera y lo considere conveniente, proponer al Juez la adopción de medidas cautelares.

En quinto lugar, deducir la acusación y sustentarla en el correspondiente juicio oral.

En sexto lugar, la defensa de los derechos de la víctima o víctimas, especialmente, los intereses de las personas con discapacidad y de los menores, así como, procurar el respeto de los derechos fundamentales de cada parte personada.

En séptimo lugar, garantizar la competencia e independencia de todos los órganos judiciales.

⁸¹ Estos supuestos han sido objeto de estudio en este trabajo en el apartado denominado “El principio de oportunidad”.

4.3.3. Atribución de asuntos

En virtud del art. 94 del anteproyecto, el procedimiento de investigación corresponde, con carácter general, “a la Fiscalía Provincial o de Área de la circunscripción del Tribunal de Instancia (...) competente por razón del territorio”; sin perjuicio de que serán competentes para asumir la investigación:

1. La Fiscalía vinculada al tribunal competente por razón del aforamiento en el procedimiento contra un aforado.
2. Las Fiscalías adscritas a la Audiencia Nacional o aquellas que deban tener conocimiento de los asuntos que correspondan a ese tribunal según el EOMF.
3. Las Fiscalías Especiales Antidroga y Contra la Corrupción y la Delincuencia Organizada, los Fiscales de Sala que establezca la ley y los fiscales especialistas sometidos a su coordinación, en atención al delito cometido.
4. “Cualquier otro órgano o miembro del Ministerio Fiscal” que haya sido designado por el superior jerárquico competente, de acuerdo con lo previsto en el EOMF.

En términos parecidos, la Exposición de Motivos (apartado XIX) afirma que, partiendo de lo dispuesto en el anteproyecto de 2011, el criterio general para determinar la fiscalía competente para asumir la investigación se encuentra en emplear las “mismas reglas competenciales aplicables al Juez de Garantías”. Sin embargo, en función de la complejidad del asunto o de la materia, la asignación de la investigación puede corresponder a un órgano central del MF: una Fiscalía especial o un fiscal de sala especialista dentro de la Fiscalía General del Estado⁸².

4.3.4. La nueva estructura organizativa

Dentro de la organización interna del MF, el reciente anteproyecto ha optado por un procedimiento de investigación basado en equipos de fiscales, definidos por su Exposición de Motivos como “estructuras colegiadas permanentes, capaces de actuar con autonomía

⁸² Apartado XVI de la Exposición de Motivos del ALECRIM de 2011 y el apartado XIX de la Exposición de Motivos del ALECRIM de 2020.

plena y máxima eficiencia en relación con toda clase de delitos”, cuya finalidad se encuentra en garantizar “la unidad de criterio, la optimización de los recursos y un constante control de calidad del trabajo”.

Para lograr dicho propósito, cada equipo se compone de un fiscal responsable de la investigación y de un fiscal coordinador; mientras que el primero, será designado por medio de un sistema objetivo de reparto y ha de contar con el apoyo de sus compañeros para realizar cualquier acto procesal o planificar las actuaciones de investigación, al segundo le corresponde la gestión de los recursos comunes, el mantenimiento de los estándares de calidad del trabajo, así como, proporcionar unidad y coherencia a las investigaciones ya iniciadas⁸³. En todo momento, hay que tener presente que las decisiones deberán adoptarse de manera colegiada, circunstancia que limita la participación jerárquica de los órganos directivos de la Fiscalía a supuestos en los que exista discrepancia de criterio, según sigue indicando la Exposición de Motivos del anteproyecto (apartado XIX).

En términos similares, los arts. 96 y 97 abordan, respectivamente, la regulación del fiscal responsable de la investigación y de los equipos de investigación.

Sin embargo, el ALECRIM de 2011 contemplaba la existencia de los equipos de fiscales, aunque desde otra perspectiva; en particular, la posibilidad de asignar varios fiscales para el desarrollo de una única investigación era una excepción que dependía de la complejidad del procedimiento, a diferencia de lo que ocurre con el nuevo anteproyecto de 2020 que apuesta por la colegialidad⁸⁴.

4.4. La necesaria reforma de la Justicia Penal en España y su finalidad

El apartado I de la Exposición de Motivos del ALECRIM de 2020 recalca la necesaria implantación en nuestro país de un proceso penal acorde a la “sociedad democrática avanzada”, esto es, un sistema procesal moderno que se adapte a las necesidades sociales y jurídicas, puesto que la actual LECRIM llega a convertirse en un texto “irreconocible” ante las diversas reformas de carácter parcial operadas, en concreto, setenta y siete modificaciones.

⁸³ Apartado XIX de la Exposición de Motivos del ALECRIM de 2020.

⁸⁴ Apartado XVII de la Exposición de Motivos del ALECRIM de 2011 y apartado XIX de la Exposición de Motivos del ALECRIM de 2020.

Ello da lugar a que las finalidades u objetivos de la reforma sean dos principalmente, a tenor de la Exposición de Motivos (apartado VI): la primera, abandonar el actual proceso penal e implantar otro donde la dirección de la instrucción penal esté en manos del MF y el Juez únicamente se encargue de tutelar los intereses que se deduzcan desde una postura “real y efectiva” de imparcialidad y, la segunda, relacionada con la anterior, fortalecer el derecho de defensa.

En definitiva, mediante el reciente anteproyecto de 2020 se pretende abordar definitivamente la reforma de la Justicia Penal española, sin lugar a aplazamientos injustificados o reformas insuficientes.

4.5. El denominado “procedimiento de investigación” en términos del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal del año 2020

4.5.1. Disposiciones generales

El primer título del Libro IV del ALECRIM de 2020 contempla una serie de disposiciones generales sobre el procedimiento de investigación.

Tal y como reconoce su primer precepto, el art. 521, el llamado procedimiento de investigación se caracteriza fundamentalmente por la intervención de dos sujetos: por un lado, el MF al cual se le encomienda la dirección de tal procedimiento debiendo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ejecutar sus órdenes e instrucciones y, por otro lado, el Juez de Garantías encargado de controlar la legalidad de esta fase del proceso.

En cuanto al objeto del procedimiento, el art. 522 del anteproyecto es suficientemente claro al indicar que la investigación tiene dos finalidades: la primera, el esclarecimiento de los hechos y de las circunstancias del delito y la segunda, la averiguación de los sujetos responsables de perpetrarlo, pero solamente para “adoptar una decisión fundada sobre la procedencia de la acción penal y, en su caso, sobre el ejercicio de la acción civil”. Del contenido de este precepto se infiere que la primera fase del proceso penal busca conseguir el mismo objetivo que las diligencias previas establecidas en el procedimiento abreviado, esto es, en términos de la Fiscalía General del Estado “reunir los elementos necesarios para formular la acusación, tipificando los hechos e indicando la responsabilidad que en ellos

incumbe al acusado, pero sin agotar y menos aún reiterar, la práctica de los medios probatorios, cuya producción y práctica esencial debe llevarse a cabo en el juicio oral”⁸⁵.

Si bien, esta disposición hay que ponerla en relación con el art. 523 del texto comentado, el cual limita la primera fase del proceso penal a la práctica de las diligencias que sean imprescindibles para conseguir la finalidad dispuesta en el anterior precepto, es decir, se refiere a las llamadas diligencias de investigación previstas en el Libro III. A lo que añade que, durante el curso de la referida fase, es posible la adopción de medidas cautelares (Libro II).

Por último, cabe resaltar la prohibición de causas generales y de las investigaciones prospectivas contemplada en el art. 524 del anteproyecto. Al respecto, en la sentencia núm. 521/2015, de 13 de octubre, el Tribunal Supremo, Sala Segunda⁸⁶ explica qué entiende por causas generales, en concreto, dispuso “Hablar de causa general es referirse a un proceso penal incoado como tal para dar cobertura a una investigación ilimitada, para investigar cualquier hecho delictivo no particularizado; o a una persona sin tener noticia de ningún hecho concreto (fishing expedition)”. Ello da lugar a que la primera fase del proceso penal se inicie solamente si existe noticia de la comisión de un hecho “concreto” que presente “los caracteres de infracción penal”; en consecuencia, cada hecho objeto de investigación motiva el inicio de un solo procedimiento, sin perjuicio de la concurrencia de supuestos de conexión procesal (art. 524).

4.5.2. Inicio del procedimiento de investigación

Como punto de partida, conviene destacar que la regulación sobre el inicio del procedimiento de investigación se encuentra recogida, principalmente, en el capítulo I del Título IV del Libro IV del ALECRIM de 2020 bajo la rúbrica “La iniciación de la investigación”.

Tanto su art. 525 como el art. 550 establecen que los medios por los cuales el MF puede conocer de la comisión de delitos y, por ende, incoar el procedimiento de investigación por decreto son mediante atestado, denuncia o de oficio. Si bien, el anteproyecto no regula específicamente el modo de iniciar “de oficio” el procedimiento, sino simplemente prevé dicha posibilidad.

⁸⁵ MUERZA ESPARZA, Julio. “La estructura ...”, *op. cit.*, pp. 191.

⁸⁶ FJ 4 de la STS núm. 521/2015, de 13 de octubre (ROJ: STS 4342/2015).

A diferencia del actual sistema procesal penal, la querrela deja de ser aquel acto por el que alguien se constituye en parte procesal activa; solo se precisa de la misma en dos supuestos específicos: bien si se pretende el ejercicio de la acción popular al amparo del art. 124 del texto articulado de 2020, bien cuando se desee ejercer la acción penal por delito privado de acuerdo con el apartado segundo del art. 798 del citado texto.

En cuanto al contenido del decreto que da comienzo a la primera fase procesal, esta resolución puede prever tres posibilidades:

1. La primera posibilidad recogida en el art. 550 del ALECRIM de 2020 es la incoación del procedimiento de investigación, debiendo especificar, siempre que los datos disponibles lo permitan, la identidad del investigado y la del ofendido o perjudicado, los hechos investigados, así como, la calificación jurídica provisional de tales hechos.

Este precepto debe relacionarse con el art. 556 del mismo texto, el cual afirma que, en el supuesto de desconocimiento de la identidad del responsable criminal o de insuficiencia de elementos en la denuncia o atestado que permitan dirigir la investigación en su contra, el MF puede ordenar que se practiquen las diligencias oportunas para el conocimiento de los datos necesarios para esclarecer la identidad del investigado o investigados.

Por otra parte, al amparo del apartado tercero del art. 550 del anteproyecto, este decreto de inicio debe notificarse, excepto que se acuerde el secreto, al investigado, al denunciante, así como, a las víctimas del hecho o hechos delictivos y al mismo tiempo, se les debe informar de los derechos que disponen, en concreto y en referencia al último sujeto mencionado, del derecho a mostrarse como parte. Ahora bien, se debe tener en cuenta que no se especifica el sujeto responsable de la notificación del decreto, esto es, si corresponde al MF o el Letrado de la Administración de Justicia.

2. La segunda opción regulada en los arts. 551 y 552 del ALECRIM de 2020 sería decretar el archivo del atestado o denuncia, bien porque el hecho no es constitutivo de delito, bien por haberse extinguido la responsabilidad criminal. No obstante, tal decreto de archivo puede ser impugnado ante el Juez de Garantías. Si este considera oportuno la revocación del decreto procederá a dictar un auto irrecurrible por el cual ordene el inicio del procedimiento de investigación.

3. La tercera posibilidad contemplada en el art. 553 del ALECRIM de 2020 es convenir la incoación de otra serie de procedimientos de investigación como el urgente o el de justicia restaurativa o archivar el proceso por razones de oportunidad, cuando se cumplan los requisitos estipulados en el texto.

Los decretos señalados deben ser comunicados por parte del MF al Letrado de la Administración de Justicia, para que sea este el que asigne un número de registro al procedimiento y, en consecuencia, aplicando las normas de reparto, se determine el Juez de Garantías⁸⁷.

4.5.3. La primera comparecencia de la persona investigada

A diferencia del régimen vigente en la LECrim, la Exposición de Motivos del ALECRIM de 2020 en su apartado LVI resalta que uno de los actos imprescindibles en que se basa la nueva regulación de la investigación penal es el acto de comparecencia, siendo definido como aquel “acto de comunicación provisional de los cargos”, que carece de finalidad indagatoria. A lo que añade, que constituye un traslado anticipado de la posible acusación con efecto vinculante, esto es, el fiscal correspondiente se somete a los límites de su comunicación provisional de cargos y, en consecuencia, “cualquier ampliación objetiva o subjetiva” producida en el trascurso de la investigación exige traslado inmediato de la persona investigada con nueva comparecencia.

Asimismo, la Exposición de Motivos (apartado LVII) continúa indicando que la primera comparecencia se trata de un acto de parte que carece de cualquier intervención judicial y, por ende, se atribuye al MF, justificándose en que es totalmente compatible con los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y es necesaria para garantizar un modelo que preserve la presunción de inocencia.

Por lo demás, el Anteproyecto en su art. 557.1 determina que desde que existan indicios que posibiliten atribuir la comisión de un hecho delictivo a una persona concreta, el MF la citará para que comparezca, informándola del deber de acudir con abogado, en caso contrario, se le designará de oficio.

⁸⁷ Art. 554 del ALECRIM de 2020.

Una vez iniciada la comparecencia, el fiscal llevará a cabo, por este orden, las siguientes actuaciones, en atención al art. 557 del anteproyecto:

En primer lugar, preguntar al investigado sobre sus datos personales.

En segundo lugar, le informa de los derechos que dispone y le solicita que determine un domicilio situado en España a fin de realizar las notificaciones, o en su defecto, un sujeto encargado de recibirlas en su nombre, comunicándole que la citación efectuada posibilita la celebración del juicio oral en su ausencia siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la norma.

En tercer lugar, informa a la persona investigada de forma “clara y precisa” de los hechos, así como, de su calificación jurídica.

Por último, le pregunta si tiene la intención de prestar declaración, puesto que, en caso afirmativo, se practicará la referida diligencia conforme disponen los arts. 317 a 323 del ALECRIM de 2020.

Igualmente, hay que resaltar que se levanta acta de las actuaciones efectuadas en la primera comparecencia, con remisión de la misma al Juez de Garantías⁸⁸.

Para finalizar, el art. 559 del citado texto regula específicamente el caso de la detención. Al respecto, este precepto establece que se dirige el procedimiento investigador desde que se acuerda o se practica la detención de la persona, correspondiendo dictar al fiscal el oportuno decreto de inicio de las investigaciones cuando tenga conocimiento de la detención, así como, comunicar a la Policía Judicial las oportunas instrucciones para practicar la primera comparecencia, la cual deberá realizarse antes de que transcurran setenta y dos horas desde que se practicó la detención. Sin embargo, el fiscal puede, antes de que transcurra tal plazo sin haber realizado la primera comparecencia, acordar la libertad del sujeto detenido y ordenar que se le cite para que comparezca en el plazo máximo de diez días.

Por tanto, dos son los efectos temporales derivados de la celebración de la primera comparecencia: se interrumpe el plazo de prescripción de los delitos y constituye el momento inicial para controlar la dilación indebida del procedimiento investigador⁸⁹.

⁸⁸ Art. 558.1 del ALECRIM de 2020.

⁸⁹ MUERZA ESPARZA, Julio. “La estructura ...”, *op. cit.*, pp. 198.

4.5.4. Conclusión del procedimiento de investigación

Tras la práctica de las diligencias requeridas, se regulan dos formas posibles de concluir la investigación por el MF reconocidas en el Título VI del Libro IV del ALECRIM de 2020.

1. Tal y como reconoce su art. 586, la primera posibilidad se refiere a concluir y archivar el procedimiento investigador mediante decreto si concurre alguna causa regulada en su apartado segundo, las cuales son: a) los hechos objeto de investigación carezcan manifiestamente de relevancia penal, b) los investigados se encuentran exentos de responsabilidad criminal y no se precisa el establecimiento de ninguna medida de seguridad, c) cuando del resultado de la investigación se derive que el sujeto investigado no ha participado en el hecho que originó la constitución del procedimiento de investigación, d) inexistencia de indicios racionales de la comisión del hecho que dio lugar a la apertura del citado procedimiento, e) no existan suficientes elementos para considerar que una persona determinada es responsable penalmente.

Además, este decreto de “conclusión y archivo” debe especificar el hecho que dio lugar a la formación de la investigación, el resultado de las diligencias que se practicaron, así como, los fundamentos jurídicos en que se basa para no ejercer la acción penal y, por consiguiente, ha de ser notificado al Letrado de la Administración de Justicia para que sea este el encargado de notificárselo al investigado, a las acusaciones personadas y, por supuesto, a la víctima, aunque no esté personada⁹⁰.

Al amparo del art. 587 del anteproyecto, se prevé que las acusaciones o víctima personadas puedan recurrir el decreto de conclusión y archivo, en el plazo de diez días a partir de su notificación, ante el Juez de Garantías a fin de que conceda la autorización necesaria para el ejercicio de la acción penal. A ello se suma, que el investigado y el MF serán informados de esta solicitud en aras de que puedan formular las alegaciones que consideren convenientes en el plazo máximo de diez días. Tras la oportuna audiencia, el Juez de Garantías puede, o bien, denegar la autorización por la falta de “suficiente fundamento”, procediendo el Letrado de la Administración de Justicia a archivar el procedimiento investigador; o bien, concederla cuando entienda que la solicitud se encuentra “justificada”, otorgando al solicitante el plazo preclusivo de diez días para que presente el escrito de acusación.

⁹⁰Apartados tercero y cuarto del art. 586 del ALECRIM de 2020.

En este último caso, tras la presentación de este escrito, el Letrado de la Administración de Justicia remite el procedimiento “a la sección de enjuiciamiento para continuar por los trámites de la fase intermedia”⁹¹.

2. En virtud del art. 589 del anteproyecto, la segunda posibilidad alude a que el MF decreta la conclusión y la continuación del procedimiento si concurren suficientes elementos para el ejercicio de la acción penal, debiendo ir acompañado del escrito de acusación. Tanto el decreto como este escrito deben ser comunicados al Letrado de la Administración de Justicia, para que se encargue de notificarlos al investigado, a las acusaciones personadas y a la víctima o víctimas no personadas (art. 589.2).

Las acusaciones o víctima personadas pueden presentar sus escritos de acusación en el plazo preclusivo de los diez días siguientes a la notificación de la resolución y escrito mencionados⁹². Tras su presentación, al Letrado de la Administración de Justicia le corresponde remitir el procedimiento a la sección de enjuiciamiento para su posterior continuación⁹³.

En otro sentido, el anteproyecto en su art. 590 prevé que el MF pueda solicitar la reapertura de la investigación en los supuestos de surgimiento de nuevas circunstancias o elementos que permitan justificar el ejercicio de la acción penal, excepto que se haya extinguido la responsabilidad criminal.

4.6. El paso de Juez de Instrucción a Juez de Garantías

A la luz de la nueva reforma procesal propuesta por el legislador, desaparece el Juez de Instrucción y, en consecuencia, dejando atrás la facultad de dirigir la investigación se crea la figura del Juez de Garantías como garante de los derechos individuales⁹⁴.

Por este motivo, tal y como reconoce el art. 554 del ALECRIM de 2020, debe ser designado al inicio del procedimiento investigador.

⁹¹ Apartado quinto del art. 587 del ALECRIM de 2020.

⁹² Apartado tercero del art. 589 del ALECRIM de 2020.

⁹³ Apartado cuarto del art. 589 del ALECRIM de 2020.

⁹⁴ Apartado VIII de la Exposición de Motivos del ALECRIM de 2020.

El Título V del Libro IV del anteproyecto se ocupa de regular el control judicial de la actuación investigadora, cuyos elementos fundamentales son:

Primero. Dilación indebida del procedimiento de investigación⁹⁵: se establece que el citado procedimiento no puede prolongarse “más allá del tiempo estrictamente necesario” para emitir una decisión fundada sobre el ejercicio de la acción penal. Sin embargo, en el caso de transcurso de doce meses a partir de la práctica de la primera comparecencia o de dieciocho meses si consiste en investigaciones de la propia Fiscalía de la Audiencia Nacional o de las correspondientes Fiscalías Especiales, se prevé la posibilidad de que el abogado del investigado solicite ante el Juez de Garantías la concreción de un plazo que ponga fin al procedimiento de investigación por extenderse “más allá de lo razonable”⁹⁶. En aplicación de lo establecido en el art. 575 del anteproyecto, esta solicitud motiva a la tramitación de un incidente por el cual el Letrado de la Administración de Justicia convoca a una vista a las partes que se personaron y al MF.

Cuando el Juez de Garantías aprecie que dicho procedimiento se ha prolongado “más allá del tiempo estrictamente necesario” procederá a estimar la solicitud presentada y, por ende, a fijar el plazo máximo para la finalización de la investigación; cabe recurso de reforma contra esta resolución estimatoria, si bien, en el caso de que se deniegue la solicitud no será posible plantear ningún tipo de recurso, independientemente de que pueda ser solicitada nuevamente la conclusión si trascurren tres meses, al amparo del art. 576 del referido texto.

A tenor del precepto siguiente, si el Juez de Garantías fija el plazo máximo para la finalización de la investigación, se entenderán nulas aquellas diligencias que acuerde el fiscal con posterioridad a su término.

Segundo. El secreto de la investigación⁹⁷: el fiscal puede acordarlo a través de decreto cuando exista: a) la necesidad de prevenir un riesgo de carácter grave para la vida, libertad o integridad física o moral de una persona, b) un riesgo “cierto” de que el conocimiento o acceso al contenido de la actividad investigadora traiga consigo la desaparición, ocultación y modificación de fuentes de prueba o c) la necesidad de preservar la eficacia de las diligencias de investigación. Inmediatamente la resolución del fiscal se traslada ante el Juez de Garantías para que decida, en el plazo de cuarenta y ocho horas, si confirma o alza la declaración de

⁹⁵ Capítulo I del Título V del Libro IV del ALECRIM de 2020.

⁹⁶ Art. 574 del ALECRIM de 2020.

⁹⁷ Capítulo II del Título V del Libro IV del ALECRIM de 2020.

secreto; en el primer supuesto, el Juez concretará el plazo, de acuerdo con el art. 579 del texto articulado de 2020.

Concluido el plazo, le corresponde al MF alzar el secreto de la investigación por medio de decreto, comunicándoselo inmediatamente al Juez de Garantías, así como, dar vista a las partes personadas de aquellas diligencias a las que no pudieron acceder⁹⁸.

En todo momento, se parte de que el objeto de la declaración de secreto se halla en impedir que las partes personadas, salvo el MF, puedan conocer e intervenir en las diligencias afectadas por tal declaración, en virtud del art. 581 del anteproyecto.

Tercero. La autorización judicial de las diligencias de investigación⁹⁹: cuando sea necesario la práctica de una diligencia de investigación que requiera de forma previa de una autorización del Juez¹⁰⁰, el fiscal debe solicitarla, acordando, a la vez y cuando proceda, el secreto de las actuaciones al amparo del art. 583 del anteproyecto. Por consiguiente, el Juez tendrá el plazo máximo de veinticuatro horas para resolver la diligencia y, llegado el caso, el secreto; si finalmente se deniega la autorización tiene la posibilidad de presentar el recurso de reforma conforme estipula el art. 584.

Cuarto. La impugnación de los decretos del fiscal se encuentra regulada en su Capítulo IV. El art. 585 del ALECRIM de 2020 estipula que los decretos dictados por parte del fiscal en el curso del procedimiento investigador solo pueden impugnarse ante el Juez de Garantías en “los supuestos expresamente establecidos en esta ley”. De esta expresión hay que decir que son muy pocos los casos susceptibles de impugnación, trayendo como consecuencia que el MF ostenta una potestad superior a la de cualquier órgano judicial y que es imprescindible conseguir el verdadero equilibrio entre la facultad del MF y los derechos que le asisten al investigado en el procedimiento de investigación¹⁰¹.

⁹⁸ Art. 582 del ALECRIM de 2020.

⁹⁹ Capítulo III del Título V del Libro IV del ALECRIM de 2020.

¹⁰⁰ El Libro III del ALECRIM de 2020 regula las diligencias de investigación. Entre las que precisan de autorización judicial, se encuentra la interceptación de comunicaciones postales o telegráficas, faxes y burofaxes (arts. 372 y siguientes).

¹⁰¹ MUERZA ESPARZA, Julio. “La estructura ...”, *op. cit.*, pp. 202. Este autor enumera algunos supuestos no sujetos a impugnación: el decreto de inicio del procedimiento de investigación, el decreto de incoación por el cual se remite a otra serie de procedimientos o el decreto de conclusión y continuación del procedimiento.

El precepto continúa estableciendo que el plazo para realizar la impugnación será de cinco días a partir del siguiente a la notificación del decreto; si llega a admitirse la impugnación, el Letrado de la Administración de la Justicia se encargará, en el plazo común de cinco días, de comunicar la admisión de la misma a todas las partes personadas, incluido el MF, para que puedan alegar por escrito lo que consideren oportuno; tras ello, el Juez debe resolver a los cinco días siguientes por medio de auto irrecurrible.

4.7. La participación de la Policía Judicial

Por lo que respecta a la participación de la Policía Judicial, es necesario distinguir dos momentos: por una parte, con carácter previo a la incoación de la investigación y, por otra parte, durante el trascurso de la misma.

Centrándonos en el segundo supuesto, la Policía Judicial tiene la obligación de llevar a cabo y cumplir con cualquier orden o instrucción dictada por el fiscal que dirige la investigación del proceso, según el art. 548.1 del anteproyecto. Estas instrucciones del fiscal pueden ser generales y particulares, conforme expresan, respectivamente, los arts. 531 y 532 del texto comentado.

Asimismo, en aplicación de lo establecido en el art. 548.2 de ese texto, cabe delegar la realización de los actos de investigación por parte del fiscal a la Policía Judicial, a excepción de aquellos que hayan de ejecutarse bajo su presencia o que precisen su participación. En consecuencia, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado deberán comunicar al fiscal el resultado de la práctica de las diligencias de investigación que este les hubiera encomendado en el plazo más breve posible a su conclusión y, en todo caso, en el plazo determinado en la instrucción u orden (art. 549.1). En este supuesto, el art. 533 del anteproyecto prescribe que la comunicación entre el fiscal y la policía deberá realizarse por escrito y por medio de los jefes de la unidad de la fuerza o cuerpo competente, salvo en situación de urgencia; circunstancia que permite al MF ordenar de modo directo la realización de alguna diligencia y, si el caso lo requiere, impartir la orden de forma verbal.

Por otra parte, la inamovilidad recogida en el art. 534 del texto objeto de comentario, constituiría una de las características presente en aquellos funcionarios de la Policía Judicial que deban llevar a cabo la investigación de un hecho delictivo por orden del fiscal, es decir, una vez iniciada la investigación, estos funcionarios no pueden ser removidos sin previa autorización del fiscal encargado de la dirección del procedimiento.

4.8. La participación de las partes

4.8.1. La participación del investigado

Los arts. 562 a 565 del ALECRIM de 2020 se dedican a regular aspectos clave de la intervención del investigado en la primera fase del proceso penal, a destacar:

Primeramente, en virtud de los arts. 562 y 563 del texto, la defensa de la persona investigada tiene derecho a tener acceso al procedimiento de investigación, al examen de las piezas de convicción, así como, a solicitar que se practiquen las diligencias que entienda “oportunas” y “útiles”, desde la celebración de la primera comparecencia del investigado, excepto si media declaración de secreto. Sin embargo, el Consejo General de la Abogacía Española considera que, en lugar, de acceder al procedimiento desde la primera comparecencia, lo lógico, desde el punto de vista del derecho de defensa, sería tener acceso desde la notificación al investigado de la misma¹⁰².

En segundo término, a diferencia de lo que acontece en la actual fase de instrucción, es el MF el sujeto encargado de acordar aquellas diligencias de investigación planteadas por la defensa, siempre que las considere relevantes para esclarecer el hecho delictivo y los sujetos responsables del mismo (art. 563.2). En el caso de que estas diligencias sean denegadas por parte del fiscal no obsta a que puedan ser de nuevo propuestas ante el Juez de la Audiencia Preliminar (art. 563.3).

En tercer lugar, conforme al art. 564 del texto, el investigado tiene derecho a presentar tanto los documentos que entienda oportunos para garantizar su defensa, como declaraciones de testigos llevadas a cabo por cualquier forma que permita garantizar su autenticidad, e incluso informes de peritos efectuados por su cuenta; en consecuencia, este material aportado por la defensa únicamente puede ser denegado si es irrelevante para el objeto del procedimiento de investigación, esto es, si es totalmente ajeno al mismo.

En último término, el art. 565 del anteproyecto confiere la posibilidad de que el investigado participe en la práctica de todas las diligencias de investigación.

¹⁰² Consejo General de la Abogacía Española: “*Observaciones del Consejo General de la Abogacía Española al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal*”. pp.88. https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2020/07/Observaciones_LECrim-2.pdf [consulta: 2 mayo 2022].

4.8.2. La participación de las acusaciones

En este apartado se mostrarán las dos principales diferencias existentes entre la intervención de la persona investigada y de las acusaciones en el procedimiento investigador:

Por un lado, en contraste con el art. 562 del ALECRIM de 2020, se observa que el art. 570 establece que las acusaciones (particulares o populares) pueden tener acceso, excepto declaración de secreto, al procedimiento de investigación y al examen de las piezas de convicción a partir de que se admita su personación.

En relación con este precepto, conviene mencionar cuándo se entiende personada la acusación particular y popular. Con respecto a la primera, la víctima del delito se puede personar en la investigación¹⁰³ solicitándola por medio de un escrito firmado por su abogado dirigido al fiscal responsable de la misma, el cual, a través de decreto, le concederá la condición de parte si cumple con los requisitos para ser considerada víctima, en atención al art. 566. En cuanto a la segunda, para su personación en el proceso se requiere su solicitud ante el Juez de Garantías, a través de querrela y en cualquier momento previo a que se dicte el decreto de conclusión de investigación, conforme a los arts. 124.1 y 567 del texto mencionado.

Por otro lado, a tenor del art. 573 del texto comentado, únicamente se permite que las acusaciones (particulares o populares) participen en aquellos actos de investigación practicados a su instancia o ejecutados con el fin de asegurar una fuente de prueba de acuerdo con el Título VIII del Libro IV.

4.9. El principio de oportunidad

El apartado XXV de la Exposición de Motivos del anteproyecto de 2020 afirma la necesidad de introducir limitadamente el principio de oportunidad en nuestro sistema procesal a fin de satisfacer las necesidades actuales de la sociedad. Por eso, el principio de oportunidad debe considerarse como “verdadera plasmación práctica de criterios político criminales basados en la falta de necesidad de pena en el caso concreto o en un margen de reducción de la pena

¹⁰³ El art. 116.1 del ALECRIM de 2020 indica que el tiempo para personarse como acusación particular será “en cualquier momento anterior a la preclusión del trámite de presentación del escrito de acusación”.

ligado a la institución de la conformidad”, sin que, en ningún caso, pueda entenderse como “mera discrecionalidad técnica en la interpretación del ámbito de aplicación de la norma penal”¹⁰⁴.

La facultad de abstenerse del ejercicio de la acción penal por razones de oportunidad corresponde exclusivamente al Ministerio Fiscal, según el art. 90 del texto articulado.

A continuación, el referido apartado del anteproyecto ofrece dos modalidades de oportunidad:

Por un lado, el denominado “archivo por oportunidad”. Esta modalidad es desarrollada por el art. 175 del anteproyecto, el cual establece que el fiscal puede decretar el archivo, ya sea total o parcialmente, del procedimiento investigador para los supuestos de delitos que se castiguen con penas de prisión de hasta dos años, de multa o con privación de derechos que no supere los diez años. Si bien, para que proceda el “archivo por razones de oportunidad”, se exige el cumplimiento de una serie de requisitos contemplados en su apartado primero, teniendo presente, en todo momento, los límites que impiden el ejercicio de esa facultad regulados en sus apartados segundo y tercero.

Por otro lado, el conocido como “archivo por condición”. Es lo que se denomina por el art. 176 del anteproyecto como “suspensión del procedimiento por razones de oportunidad”, contemplado para supuestos de delitos que se castiguen con penas de prisión no superiores a cinco años o con cualquier otra pena de diferente naturaleza. Además, se requiere el consentimiento de la víctima y el compromiso expreso del penado de llevar a cabo ciertas reglas de conducta orientadas principalmente a reparar los daños ocasionados, aparte del cumplimiento de los requisitos referidos en la modalidad anterior (art. 176).

Pues bien, el apartado sexto del citado precepto estipula que cuando la persona investigada cumpla las reglas de conducta y sus obligaciones en el plazo indicado (no superior a dos años) y no cometa ningún delito en el transcurso de dos años el MF debe remitir el procedimiento ante el Juez de Garantías para que acuerde el sobreseimiento.

Adicionalmente, se consagran dos supuestos de oportunidad referidos a las organizaciones criminales. Por una parte, el art. 178.1 del anteproyecto dispone que el fiscal puede acordar el archivo del procedimiento de investigación “cuando su incoación o continuación pueda poner en grave riesgo la tramitación de otra causa declarada secreta y relativa a delitos de

¹⁰⁴ Apartado XXV de la Exposición de Motivos del ALECRIM de 2020.

terrorismo o a las actividades de una organización criminal”. Este decreto de archivo debe remitirse inmediatamente al Juez de Garantías, surtiendo efectos hasta que desaparezca el riesgo ocasionado para la investigación principal o el secreto de la misma se hubiere alzado, circunstancia que permite al fiscal solicitar al Juez la reapertura del procedimiento¹⁰⁵.

Por otra parte, el art. 179 del anteproyecto alude al archivo de la causa por colaborar activamente en contra de una organización criminal ante delitos que no excedan de los seis años de prisión o ante cualquier otra pena de distinta naturaleza. Específicamente se está refiriendo a la persona investigada que se arrepiente de cooperar de manera activa con una organización criminal. De ahí que, para que sea efectivo este supuesto, se precise del cumplimiento de unos límites regulados en la propia norma, en concreto, que el arrepentimiento sea real, la colaboración sea activa y sustancial y la víctima o víctimas del delito se encuentren adecuadamente indemnizadas por los daños ocasionados¹⁰⁶.

Partiendo de que la vigente LECrim, en su art. 963.1. 1ª, contempla únicamente el archivo por oportunidad cuando se trate de un delito leve de muy escasa gravedad y no medie un interés público de cierta relevancia en la persecución del hecho delictivo y, que el Código Penal, en su art. 579 bis apartado tercero, prevé la posibilidad de imponer una pena inferior en uno o dos grados al sujeto arrepentido solo por delitos de terrorismo, se observa un cambio sustancial con la regulación implantada en el nuevo ALECRIM, donde se recogen numerosas y detalladas previsiones, en concreto siete preceptos, sobre la terminación del procedimiento investigador por razones de oportunidad. A ello se suma, que los decretos dictados por el fiscal en los casos regulados en los arts. 176, 177 y 179 del anteproyecto se encuentran sometidos a control por el Juez de Garantías¹⁰⁷.

4.10. Problemas que se plantean para instaurar la reforma

4.10.1. La necesidad de adaptar la regulación del Ministerio Fiscal a este anteproyecto

La Disposición Final Segunda del ALECRIM de 2020 contempla el plazo de un año, desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado, para elevar al Parlamento un proyecto de ley que reforme el EOMF con el propósito de adaptar la institución del MF.

¹⁰⁵ Art. 178 del ALECRIM de 2020.

¹⁰⁶ Apartado XXV de la Exposición de Motivos del ALECRIM de 2020.

¹⁰⁷ Art. 180 del ALECRIM de 2020.

En consonancia con lo dispuesto, CHAMORRO BERNAL¹⁰⁸ recalca la incoherencia que implica aceptar la necesidad de reformar la actual institución del MF para adecuarla a lo establecido en el anteproyecto y no realizar dicha reforma con carácter previo o simultáneo a la aprobación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal; en consecuencia, considera que el anteproyecto no debería, ni tan siquiera, tramitarse sin previamente establecer las modificaciones que se llevarían a cabo en el EOMF.

4.10.2. La necesidad de una reforma completa del sistema judicial

El presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, RODRÍGUEZ PADRÓN¹⁰⁹ defiende la necesidad de reformar íntegramente el sistema judicial con carácter previo a la reforma penal; sin embargo, añade que la alteración en el orden de las reformas es salvada por las disposiciones adicionales, transitorias, etc. contenidas en el anteproyecto, en particular, por su Disposición Adicional Segunda que manifiesta que las Administraciones Públicas proporcionarían los medios materiales que sean necesarios para la “puesta en marcha” de la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal y, por sus Disposiciones Finales primera y segunda que prevén, respectivamente, la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial, así como, la elaboración y presentación de un proyecto de ley del EOMF.

4.10.3. La Disposición Transitoria Primera

Entre las diversas disposiciones contempladas en el anteproyecto, destaca el contenido del primer párrafo de la Disposición Transitoria Primera que dice así: “Los procesos penales que se encuentren en tramitación al tiempo de la entrada en vigor de la presente ley se continuarán sustanciando conforme a la legislación procesal anterior hasta que recaiga sentencia en dicha instancia”. Por lo que se refiere a la expresión “en dicha instancia” realmente alude a la

¹⁰⁸ Observatorio de Derecho Público: Notas de Actualidad núm. 1/2021: “*El nuevo papel del fiscal investigador en el Anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Dos lecturas*”. pp. 6-7. http://idpbarcelona.net/docs/public/wp/nota_actualidad2021.pdf [consulta: 2 mayo 2022].

¹⁰⁹ RODRÍGUEZ PADRÓN, Celso. “El anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal: implicaciones orgánicas”. *Diario La Ley*, núm. 9826, Sección Tribuna, 9 de abril de 2021, Wolters Kluwer, pp. 2.

primera instancia, puesto que el siguiente párrafo contempla los recursos de apelación y casación.

Como se ha mencionado anteriormente, la Disposición Final Octava del anteproyecto impone un plazo de *vacatio legis* de seis años desde que el texto comentado es publicado en el Boletín Oficial del Estado para su entrada en vigor; en consecuencia, durante ese periodo de tiempo el Juez de Instrucción deberá desempeñar las mismas funciones que en la actualidad sobre aquellas causas iniciadas en dicho periodo y que no finalicen de acuerdo con la vigente LECrim¹¹⁰.

4.10.4. *El Ministerio Fiscal como parte imparcial*

Tal y como reconoce el art. 87 del anteproyecto, el ejercicio de la acción pública penal seguiría constituyendo una de las funciones primordiales del MF.

Al respecto, GÓMEZ COLOMER¹¹¹ entiende que el fiscal, mientras desempeñe la función de acusar, no será un sujeto imparcial. De hecho, en un determinado procedimiento penal de menores acontecido, el TC reconoció que la declaración del menor investigado no podía ser tomada en consideración, puesto que fue efectuada ante el MF y no ante “un órgano judicial investido constitucionalmente de imparcialidad”¹¹².

4.10.5. *Suficiencia de medios*

Otra de las preguntas que se plantean, en el caso de que llegue a aprobarse el anteproyecto, es si verdaderamente existen suficientes recursos o medios para hacer frente a la asignación de la instrucción penal al MF.

Hay que resaltar que RODRÍGUEZ PADRÓN¹¹³ responde negativamente a tal planteamiento, afirmando la necesaria ampliación de la planta del Ministerio Fiscal por los siguientes motivos:

¹¹⁰ RODRÍGUEZ PADRÓN, Celso. “El anteproyecto...”, *op. cit.*, pp. 4.

¹¹¹ GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. “La Fiscalía...”, *op. cit.*, pp. 182.

¹¹² FJ 6 STC 30/2005, de 14 de febrero (ECLI: ES:TC:2005:30).

¹¹³ RODRÍGUEZ PADRÓN, Celso. “El anteproyecto...”, *op. cit.*, pp. 3-4.

En primer lugar, porque es imposible realizar un “trasvase” de jueces, dado que estos son “inamovibles” según establece el art. 117.1 de la CE.

En segundo lugar, es preciso evitar dilaciones indebidas, teniendo en cuenta que el nuevo anteproyecto prevé el establecimiento de plazos máximos en la fase de instrucción y promueve la sanción judicial en el supuesto de retraso injustificado en la realización de la primera comparecencia.

CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta que el presente trabajo tiene por objeto analizar las cuestiones más significativas sobre la figura del Ministerio Fiscal y la asunción de la instrucción penal, se exponen las siguientes conclusiones:

Primera. Evolución histórica.

A lo largo de la historia de España, la institución del Ministerio Fiscal ha sufrido importantes modificaciones, en particular, la aprobación de la Constitución Española de 1978 supuso un cambio notable en la manera de abordar y comprender la actual figura del Fiscal, pues, a diferencia de las concepciones anteriores (que lo perfilaban bien como un órgano encargado de representar al Gobierno ante los Tribunales de Justicia, bien como un órgano de comunicación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial), el Ministerio Fiscal aparece en su artículo 124 como un órgano estatal cuya función es promover la defensa de la legalidad, de los derechos de todos los ciudadanos, del interés público, así como velar por la independencia de nuestros Juzgados y Tribunales.

Segunda. La figura del Ministerio Fiscal.

Partiendo del estudio realizado por autores de reconocido prestigio sobre la naturaleza del Ministerio Fiscal, sus funciones, los principios informadores que rigen en su proceso penal, su incardinación en los poderes estatales, etc., así como la normativa y jurisprudencia existentes, se puede concluir que el Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional que desarrolla sus funciones con autonomía funcional respecto del Poder Judicial, con órganos propios y en atención a los principios de unidad de actuación, dependencia jerárquica, imparcialidad y legalidad.

Tercero. La instrucción en el proceso penal español.

Mientras que la dirección de la fase instructora es asumida por el Juez de Instrucción, el Ministerio Fiscal es el responsable de garantizar la legalidad y de acusar cuando sea necesario, a excepción de lo previsto en el procedimiento penal de menores y para los delitos que atenten los intereses financieros de la Unión Europea, en los cuales es la Fiscalía la encargada de dirigir la instrucción penal.

Cuarto. Las diferentes posturas entorno al “fiscal instructor”.

Conforme establece el Tribunal Constitucional, son posturas plenamente constitucionales, tanto la prevista en el proceso penal vigente en el cual el Juez de Instrucción dirige la instrucción, como aquella que otorga al Ministerio Fiscal la dirección de la investigación penal.

Entre los argumentos empleados para defender la asignación de la instrucción penal al Ministerio Fiscal se encuentra el fortalecimiento de los principios acusatorio, de independencia, de imparcialidad y de exclusividad jurisdiccional; la agilización del procedimiento penal, así como el logro de una mayor coherencia y eficacia; la adaptación de nuestro proceso penal a los sistemas procesales existentes en los países de nuestro entorno.

A sensu contrario, los argumentos en contra de esa postura son, entre otros, que la instrucción se convertiría en aquella fase preparatoria de la acusación, pero solo de la acusación que considere conveniente el Ministerio Fiscal y, en consecuencia, el investigado tendría que llevar a cabo las actuaciones de investigación por su cuenta; no aseguraría la celeridad del procedimiento ni el fortalecimiento del principio acusatorio; su dependencia del Poder Ejecutivo podría afectar a su imparcialidad.

Quinto. El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal del año 2020.

El mencionado anteproyecto ha introducido dos importantes novedades con respecto a la fase de instrucción: la primera, es que la dirección del procedimiento de investigación es conferida al Ministerio Fiscal en lugar de al Juez de Instrucción y la segunda, supone convertir a este en un Juez de Garantías, encargado de velar por los derechos individuales, tal y como dispone la Exposición de Motivos del anteproyecto.

En comparación con el actual sistema procesal penal, la nueva regulación de la investigación penal destaca en los siguientes aspectos: primero, el Ministerio Fiscal puede incoar dicha investigación a través de atestado, denuncia o de oficio, quedando desplazada la querrela a dos supuestos muy específicos; segundo, el acto de comparecencia del investigado se constituye como un aspecto esencial en el proceso pues el fiscal se encuentra sometido a los límites de dicha comunicación provisional de cargos y, por ende, cualquier tipo de ampliación acontecida durante la investigación exige nueva comparecencia de la persona investigada, sin

perjuicio de que la comparecencia es un acto de parte que no precisa de autorización judicial; tercero, las diligencias de investigación solicitadas por la defensa serán acordadas por el fiscal siempre que lo considere oportuno; cuarto, el nuevo anteproyecto desarrolla ampliamente los supuestos de terminación del procedimiento investigador por razones de oportunidad; quinto, el Juez de Garantías es el competente, entre otras cuestiones, para autorizar aquellas diligencias de investigación que afecten a derechos fundamentales o para confirmar o alzar el secreto de la investigación acordado previamente por el Ministerio Fiscal.

Sexto. Me gustaría finalizar este trabajo con una opinión personal.

Cada vez que se plantea la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal surge la siguiente pregunta: ¿cuál es el sujeto que ha de encargarse de la instrucción penal, el juez de instrucción como sucede actualmente o el Ministerio Fiscal?

Desde mi puesto de vista, considero perfectamente factible la asunción de la instrucción penal por el Ministerio Fiscal, pues no se trata simplemente de sustituir la figura del Juez de Instrucción por la del Ministerio Fiscal y reproducir el modelo procesal penal vigente, sino lo que pretende el anteproyecto es superar ese sistema que ha gobernado en España por más de un siglo, siendo imprescindible para lograrlo reformar por completo la Ley Enjuiciamiento Criminal a fin de ofrecer un texto renovado, útil y adaptado a los tiempos en que vivimos. Además, una prueba de que es posible la dirección de la fase de instrucción penal por parte del fiscal la podemos encontrar en el actual procedimiento de responsabilidad penal de menores.

Ahora bien, para que esta reforma planteada sea plenamente efectiva y exitosa, observo dos cuestiones a mejorar: la primera referente a la regulación del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y la segunda relativa a la escasez de profesionales fiscales que puedan hacer frente a la asunción de la instrucción penal. En cuanto a la primera cuestión, aunque el propio anteproyecto en su Disposición Adicional Segunda prevé la reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en cierto modo, crea inseguridad jurídica puesto que el Gobierno no concreta qué tipo de cambios serán necesarios introducir.

Considero, al igual que el autor CHAMORRO BERNAL, que es imprescindible que previamente o simultáneamente a la aprobación del anteproyecto, se establezcan las modificaciones que sean necesarias en tal estatuto a fin de garantizar un correcto y adecuado funcionamiento de la institución.

En definitiva, el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobado el 24 de noviembre de 2020 sigue su tramitación. Si bien, hasta el momento, no parece que vaya a tener éxito, pues, de hecho, se están tramitando normas que modifican la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, como acontece con el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, cuya Disposición final primera dispone que el art. 13 de la LECrim será modificado con el objetivo de añadir el siguiente nuevo párrafo: “En la instrucción de delitos cometidos a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación, el juzgado podrá acordar, como primeras diligencias, de oficio o a instancia de parte, las medidas cautelares consistentes en la retirada provisional de contenidos ilícitos, en la interrupción provisional de los servicios que ofrezcan dichos contenidos o en el bloqueo provisional de unos y otros cuando radiquen en el extranjero”¹¹⁴.

¹¹⁴ Boletín Oficial de las Cortes Generales: “*Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual*”.

https://www.congreso.es/backoffice_doc/prensa/notas_prensa/90310_1652944630220.PDF

[consulta: 27 mayo 2022].

BIBLIOGRAFÍA

1. Libros

- ALVAREZ DE NEYRA KAPPLER, Susana I., “La policía judicial”, en *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, VV. AA. CHOZAS ALONSO, José Manuel (coord.). Madrid: Dykinson S.L., 2015.
- ARMENA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho procesal penal*. Madrid: Marcial Pons, 2021.
- BACIGALUPO, Enrique, GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor, TORRES-DULCE LIFANTE, Eduardo. *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005.
- CALAZA LÓPEZ, Sonia, “El Ministerio Fiscal”, en *Introducción al Derecho Procesal*, GIMENO SENDRA, Vicente, DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, CALAZA LÓPEZ, Sonia. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020.
- CALAZA LÓPEZ, Sonia, “La fase de instrucción”, en *Derecho Procesal Penal*, GIMENO SENDRA, Vicente, DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, CALAZA LÓPEZ, Sonia. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021.
- DORESTE ARMAS, Delia Carolina. *La responsabilidad del Ministerio Fiscal*. Las Palmas de Gran Canaria: Universidad de las Palmas de Gran Canaria, Servicio de Publicaciones y Difusión Científica, 2019.
- FUENTES SORIANO, Olga, “La fase de instrucción. Principios generales”, en *Derecho Procesal Penal*, VV. AA. ASENCIO MELLADO, José María (Dir.). Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019.
- GARCÍA-PANASCO MORALES, Guillermo. *El fiscal investigador: ¿un verdadero riesgo para las garantías?* Madrid: La Ley, Wolters Kluwer, 2020.
- GIMENO SENDRA, Vicente. *El Ministerio Fiscal-director de la instrucción*. Madrid: Ministerio de Justicia, Iustel, 2006.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “La instrucción del proceso: Su estructura esencial”, en *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, VV. AA. MONTERO AROCA, Juan. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019.
- HERMOSA MARTÍNEZ, Ana María, NIETO MORALES, Concepción, ESCANCIANO SÁNCHEZ, Felipe. *Intervención con menores en conflicto con la Ley*. Madrid: Dykinson, 2016.
- LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo. *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su estatuto orgánico*. Madrid: La Ley, Wolters Kluwer, 2008.

- MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “Las partes acusadoras”, en *Procesal Penal. Derecho Procesal III*, VV. AA. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis y BARONA VILAR, Silvia (Coord.). Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021.
- MONTERO AROCA, Juan, “El Ministerio Fiscal”, en *Introducción al Derecho Procesal*, MONTERO AROCA, Juan y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021.
- MONTERO AROCA, Juan, “El personal auxiliar y el colaborador”, en *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, BARONA VILAR, Silvia. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019.
- MORENO CATENA, Víctor, “El Ministerio Fiscal” en *Introducción al Derecho Procesal*, MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021.
- ZARZALEJOS NIETO, Jesús, “La instrucción penal: incoación y diligencias de investigación”, en *Aspectos fundamentales de Derecho procesal penal*, BANACLOCHE PALAO, Julio, ZARZALEJOS NIETO, Jesús. Madrid: La Ley, Wolters Kluwer, 2018.

2. Revistas

- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. “El Fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal”. *TEORDER*, núm. 1, 2007.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María. “Siete tesis sobre la idea de fiscal investigador”. *TEORDER*, núm. 1, 2007.
- FUENTES SORIANO, Olga. “El Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma”. *Documento de trabajo*, vol.16, 2003.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José. “¿Fiscal instructor?: pocas ventajas y un enorme inconveniente”. *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 14, 2008.
- GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. “La Fiscalía española, ¿Debe ser una institución independiente?”. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 41, 2018.
- GONZÁLEZ CANO, María Isabel. “Dirección de la investigación por el Ministerio Fiscal y nuevo modelo procesal penal”. *REJ*, núm.15, 2011.
- MARTÍN PASTOR, José. “Las partes acusadoras en el anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal de noviembre de 2020”. *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, núm. 3, 2021.

- MATEOS GORDILLO, Miguel. “El Ministerio Fiscal, órgano de relevancia constitucional: su autonomía y su papel en el proceso penal”. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 34, 2016-II.
- MONTERO AROCA, Juan. “Investigación e instrucción del proceso penal”. *TEORDER*, núm. 1, 2007.
- MORENO CATENA, Víctor. “El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos”. *TEORDER*, núm. 1, 2007.
- MORENO CATENA, Víctor. “El papel del Ministerio Fiscal en el Estado Democrático de Derecho”. *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 16, 2002.
- MORENO CATENA, Víctor. “El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma”. *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 4, 2002.
- MUERZA ESPARZA, Julio. “La estructura y fases del proceso en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020”. *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, núm. 3, 2021.
- HERRERO-TEJEDOR, Fernando. “Ministerio Fiscal y los derechos fundamentales”. *Cuadernos de Derecho Público*, núm.18, 2002.
- RODRÍGUEZ PADRÓN, Celso. “El anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal: implicaciones orgánicas”. *Diario La Ley*, núm. 9826, Sección Tribuna, 9 de abril de 2021, Wolters Kluwer.

3. Webgrafía

- Boletín Oficial de las Cortes Generales: “*Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual*”. https://www.congreso.es/backoffice_doc/prensa/notas_prensa/90310_16529446_30220.PDF [consulta: 27 mayo 2022].
- Consejo de Europa. *Recomendación (2000)19*. <https://www.fiscal.es/documents/20142/147455/Recomendaci%C3%B3n+%282000%2919+a+los+Estados+Miembros+sobre+el+papel+del+Ministerio+Fiscal+en+el+Sistema+de+Justicia+Penal.pdf/4a2c08ae-e0c0-f248-8e17-7bda77bd5daf?version=1.1> [consulta: 20 febrero 2022].
- Consejo General de la Abogacía Española: “*Observaciones del Consejo General de la Abogacía Española al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal*”. pp.88.

- https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2020/07/Observaciones_LECrim-2.pdf [consulta: 2 mayo 2022].
- Observatorio de Derecho Público: Notas de Actualidad núm. 1/2021: “*El nuevo papel del fiscal investigador en el Anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Dos lecturas*”. pp. 6-7.
http://idpbarcelona.net/docs/public/wp/nota_actualidad2021.pdf [Consulta: 2 mayo 2022].
 - Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia.
<http://www.juecesdemocracia.es/pdf/pactoRefJust.pdf> [consulta: 25 abril 2022].
 - Poder Judicial (España): *Ley provisional sobre organización del Poder judicial, de 15 de Septiembre de 1870*. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Compendio-de-Derecho-Judicial/Normativa-historica/Ley-provisional-sobre-organizacion-del-Poder-judicial--de-15-de-Septiembre-de-1870> [consulta: 18 febrero 2022].
 - Gobierno de España (Ministerio de Justicia): *Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012*.
https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430153214-Propuesta_texto_articulado_L.E.Crim.PDF [consulta: 25 abril 2022].

LEGISLACIÓN Y ANTEPROYECTOS

- Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 27 de julio de 2011.
- Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 24 de noviembre de 2020.
- Constitución de la República Española de 8 de diciembre de 1931
- Constitución Española (27 de diciembre de 1978)
- Decreto del 21 de febrero de 1958 por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de su Estatuto.
- Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882
- Ley provisional sobre organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870.
- Ley Orgánica del Estado, número 1/1967, de 10 de enero.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
- 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.
- Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.
- Real Decreto, de 21 de junio de 1926, disponiendo que desde el día 1º de Julio próximo el Ministerio Fiscal constituya carrera separada de la Judicial y se rija por el Estatuto que se inserta; aprobando la plantilla provisional del personal que se ha de integrar al ministerio Fiscal, y aprobando igualmente la relación de los 204 funcionarios que integrarán el primer Escalafón de la carrera Fiscal.

RESOLUCIONES Y DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

1.Resoluciones

Tribunal Constitucional

- Auto del Tribunal Constitucional núm. 63/1997, de 6 de marzo (ECLI:ES:TC:1997:63A).
- STC 41/1998, de 24 de febrero (ECLI:ES:TC:1998:41).
- STC 60/1995, de 16 de marzo (ECLI:ES:TC:1995:60).
- STC 206/2003, de 1 de diciembre (ECLI:ES:TC:2003:206).
- STC 30/2005, de 14 de febrero (ECLI: ES:TC:2005:30).

Tribunal Supremo

- STS núm. 228/2015, de 21 de abril (ROJ: STS 1516/2015).
- STS núm. 521/2015, de 13 de octubre (ROJ: STS 4342/2015).
- STS núm. 203/2007, de 13 de marzo (ECLI:ES:TS:2007:1479).

2.Doctrina de la Fiscalía General del Estado

- Consulta 2/1995, de 19 de abril, *Acercas de dos cuestiones sobre las Diligencias de Investigación del Fiscal: su destino y la pretendida exigencia de exhaustividad* (FIS-Q-1995-00002). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-Q-1995-00002> [consulta: 22 febrero 2022].
- Circular 4/2013, de 30 de diciembre sobre las diligencias de investigación (FIS-C-2013-00004). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-2013-00004> [consulta: 9 marzo 2022].
- Instrucción 2/2008, de 11 de marzo, sobre las funciones del Fiscal en la fase de Instrucción (Referencia: FIS-I-2008-00002). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-I-2008-00002> [consulta: 22 febrero 2022].
- Circular 1/2021, de 8 de abril, de la Fiscalía General del Estado, sobre los plazos de la investigación judicial del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pp. 45896. <https://www.boe.es/boe/dias/2021/04/21/pdfs/BOE-A-2021-6369.pdf> [consulta: 22 febrero 2022].