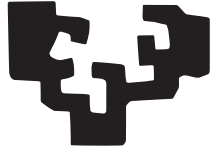


eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

ZUZENBIDE
FAKULTATEA
FACULTAD
DE DERECHO

TRABAJO DE FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

2021-2022

LA INSTRUCCIÓN DEL PROCESO PENAL EN MANOS DEL MINISTERIO FISCAL: VENTAJAS Y DESVENTAJAS

Trabajo realizado por Asier Miranda Sánchez

Dirigido por Francisco Javier Fernández Galarreta

ÍNDICE DE CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN.....	5
1.1. Objeto de investigación.....	5
1.2. Estructura del trabajo.....	5
1.3. Metodología	6
2. LA FASE DE INSTRUCCIÓN EN EL PROCESO PENAL.....	6
2.1. Consideraciones generales	7
2.2. Regulación y significado	9
2.3. Funciones de la fase de instrucción	10
2.4. Contenido	11
3. EL MINISTERIO FISCAL: CONSIDERACIONES GENERALES.....	12
3.1. Principios rectores del ministerio fiscal	13
A. Principios funcionales	14
B. Principios orgánicos.....	15
3.2. Las funciones del fiscal en nuestro Ordenamiento Jurídico	16
3.3. La Función del Ministerio Fiscal en la instrucción.....	17
A. La intervención del MF en la LECrim.....	18
B. Instrucción en el proceso penal de menores.....	19
C. Proceso por aceptación de decreto	22
4. FUNCIONES DEL MINISTERIO FISCAL DESDE EL DERECHO COMPARADO.....	24
4.1. Las funciones del fiscal en los distintos países de la Unión Europea	24
A. Alemania.....	25
B. Italia	27
C. Portugal	29

5. EL ANTE PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE MODIFICACION DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL	31
5.1. Modelo de fiscal instructor: ventajas por las que el legislador ha propuesto este sistema32	
5.2. Desventajas de un fiscal instructor: garantía de imparcialidad del proceso.....	35
5.3. ¿Es constitucional la instrucción por parte del ministerio fiscal?.....	37
6. CONCLUSIONES.....	39
7. DOCUMENTOS CITADOS.....	42
7.1. Bibliografía.....	42
7.2. Jurisprudencia.....	46
7.3. Legislación	46

ABREVIATURAS.

AAVV	: Autores Varios.
Art.	: Artículo.
BOE	: Boletín Oficial del Estado.
CE	: Constitución Española.
CI	: Constitución Italiana.
CPP	: Código Procesal Portugués.
Ed.	: Editorial.
ed.	: Edición.
EOMF	: Estatuto Orgánico Ministerio Fiscal.
LECrím	: Ley Enjuiciamiento Criminal.
LORPM	: Ley Orgánica Responsabilidad Penal del Menor.
MF	: Ministerio Fiscal.
MP	: Ministerio Público.
Núm.	: Número.
STC	: Sentencia Tribunal Constitucional.
StPO	: Código Procesal Alemán, “ <i>Strafprozessordnung</i> ”.
STS	: Sentencia Tribunal Supremo.
TC	: Tribunal Constitucional.
TS	: Tribunal Supremo.
UE	: Unión Europea.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Objeto de investigación

El nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobado por el Consejo de Ministros el pasado 24 de noviembre de 2020, prevé como una de sus mayores novedades, la ya decana idea de la asunción por parte del Ministerio Fiscal (en adelante MF) de la fase de instrucción penal, que hasta ahora es atribuida al denominado Juez de Instrucción. Esta idea y la discusión que en torno a ella se suscita, no es en absoluto nueva, el debate acerca de la pertinencia o no de la atribución de la fase de instrucción al Ministerio Fiscal, ya existía en la década de los 80, siendo que, en la actualidad, la discusión sigue viva. Con el actual Anteproyecto de Ley, parece que poco a poco estamos cada vez más cerca de esa transmisión de funciones, si bien, sigue sin haber una opinión unánime entre los distintos operadores jurídicos sobre la procedencia o no del cambio. Es por ello, que el presente trabajo de fin de grado tiene por objeto el estudio y análisis de los aspectos y cuestiones más relevantes que plantea dicha reforma, así como sus posibles virtudes y carencias. En definitiva, arrojar luz sobre este controvertido cambio en una fase de vital importancia en el proceso penal.

1.2. Estructura del trabajo

En primer lugar, hemos llevado a cabo un estudio sobre la naturaleza, significado y funciones de la fase de instrucción, analizando cuáles son los principios que la rigen, así como los motivos de los mismos. Vista su naturaleza, hemos desarrollado sucintamente tanto las funciones que desempeña la fase de instrucción como el contenido de la misma.

Posteriormente, hemos analizado la figura del MF en el Ordenamiento Jurídico español, haciendo especial hincapié en los principios que rigen su actuación, en tanto configuran como esenciales en el debate central de la materia objeto de estudio. Del mismo modo se ha llevado a cabo un análisis de las funciones encomendadas en la actualidad al mismo, centrándonos en aquellas relativas a los distintos procedimientos establecidos en la legislación penal.

Una vez hemos analizado los elementos nucleares del debate, y expuesto sus características más relevantes y controvertidas, se ha llevado a cabo un estudio de derecho comparado, analizando las figuras afines a las propuestas por el legislador en el derecho europeo tales como Alemania, el cual se configura como uno de los máximos referentes en lo que ha poderes del Ministerio Fiscal se refiere.

Planteado el marco conceptual y abordando las cuestiones más controvertidas que fundamentan los debates existentes acerca de la atribución de la fase de instrucción al Ministerio Fiscal, se ha llevado a cabo un estudio pormenorizado de los argumentos más recurrentes esgrimidos por los diferentes sectores doctrinales, de la adecuación constitucional del referido cambio, así como de las posibles ventajas o desventajas que del mismo se pudiesen derivar.

1.3. Metodología

Planteado el objeto de investigación, se antojaba necesario acudir a fuentes de muy diversa naturaleza para su desarrollo y elaboración, con el objeto no solo de obtener la información necesaria para un correcto estudio, sino de poder contrastar las ideas y opiniones de todos los operadores jurídicos, intrínsecas al debate que suscita tal cambio en el paradigma de instrucción actual. Para ello, este trabajo se ha fundamentado principalmente en monografías de avezados procesalistas, así como en artículos doctrinales de estudiosos de la materia contenidos en las bases de datos de Aranzadi, Vlex o La Ley Digital, entre otras, junto a las de la Universidad del País Vasco, revistas jurídicas, numerosos artículos web y legislación variada. No obstante, aprovechando las prácticas curriculares que he llevado a cabo en la Fiscalía de Bilbao, hemos tenido oportunidad de realizar un profundo trabajo de campo entrevistándome con varios Magistrados y Fiscales, todo ello, con el objeto de contrastar todos los argumentos que se van a analizar a lo largo del trabajo, proporcionándome una visión global de lo que conllevaría esta importante reforma.

2. LA FASE DE INSTRUCCIÓN EN EL PROCESO PENAL

Consideramos adecuado comenzar el presente trabajo ahondando en el significado y naturaleza de la fase de instrucción, llegando a profundizar lo estrictamente necesario,

para posteriormente poder comprender todas las dudas, recelos y debates suscitados en torno a este polémico cambio, que parecía ya zanjado en España a finales de los años 80¹.

2.1. Consideraciones generales

El derecho procesal penal se encuentra sometido a los mandatos constitucionales, siendo de los más relevantes en esta materia los contemplados en el artículo 24 de la Constitución Española² (en adelante CE). Este precepto constitucional y todo su contenido ha sido desarrollado jurisprudencialmente por las resoluciones del Tribunal Constitucional (en adelante TC), que desde la Sentencia del TC 31/1981³ en la que se pronunció sobre el derecho a la presunción de inocencia, ha ido estableciendo las máximas que deben regir el juicio oral, y por ende la fase de instrucción. A partir de ese momento, la interpretación de lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim), no debía ser conforme a la literalidad de la ley, sino que debía ser objeto de una interpretación orientada a los principios constitucionales que se deducían de lo establecido en el artículo 24 CE, y en particular en lo relativo a “un proceso con todas las garantías”.

Fruto del desarrollo de este precepto mediante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en adelante TS), se fueron perfilando una serie de principios que sirven para dotar al proceso penal de legitimación constitucional. Entre estos principios, podemos mencionar el principio de oralidad, de publicidad, de inmediación, de presunción de inocencia, de contradicción, el de imparcialidad judicial o el principio acusatorio entre otros⁴, siendo estos últimos las

¹ ASECIO MELLADO, J.Mª. y FUENTES SORIANO, O., *Nuevos retos de la justicia penal*, Ed. Wolters Kluwer España, S.A., ed. 1ª, Madrid, 2008, p.163.

² Véase, Constitución Española de 6 de diciembre de 1978 (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978), en su artículo 24, que establece: “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. En igual sentido el punto segundo establece: “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”.

³ Léase STC 31/1981, de 28 de julio (BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1981), disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/31>. Última vez visitada el 9 de abril de 2022.

⁴ A este respecto, STC 174/2003 de 29 de septiembre, FJ.8. “La Constitución no menciona por su propio nombre el principio acusatorio, lo que no ha sido óbice para que este Tribunal haya reconocido como

bases sobre las que se creó la fase de instrucción, sin perjuicio del cambio de paradigma que supuso la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 145/1988 de 12 de julio, que declaró la inconstitucional del sistema penal anterior, en el que la instrucción y el enjuiciamiento de la causa, eran llevados a cabo por el mismo órgano judicial⁵.

Por lo tanto, uno de los principios rectores del proceso penal, es el principio acusatorio⁶, cuya fundamentación radica en que el hecho punible sobre el que se formula la acusación, así como la persona a la que se le atribuye, deben determinarse por un sujeto diferente del órgano jurisdiccional⁷. Y esto es así ya que el principio acusatorio se encuentra íntimamente ligado al principio de imparcialidad judicial, en la medida que resulta imprescindible para salvaguardar la misma, que la acusación sea formulada por alguna de las partes acusadoras, habida cuenta que, si le fueren atribuidas al mismo juez las funciones de investigar, acusar y juzgar, esa imparcialidad quedaría totalmente desvirtuada⁸.

En consonancia con el principio acusatorio, y teniendo como pilar argumentativo la imparcialidad judicial, se antoja imprescindible y fundamental, la separación de funciones, por un lado, la instrucción y por otro el enjuiciamiento, garantizando de esta forma, que el órgano juzgador, no se encuentra condicionado por injerencias previas consecuencia de actuaciones llevadas a cabo en la investigación del presunto hecho delictivo, evitando de esta forma un prejuzgamiento temprano⁹.

protegidos en el art. 24 CE ciertos derechos fundamentales que indican los elementos estructurales de este principio nuclear (...) así como con la garantía de imparcialidad de jueces y tribunales”.

⁵ ASECIO MELLADO, J.M^a. y FUENTES SORIANO, O., *Nuevos retos de la justicia penal*, op.cit., p 166.

⁶ Véase, Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, art. 10; así como el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, art. 6, donde a diferencia de nuestro Ordenamiento Jurídico, este principio sí se encuentra contemplado de forma expresa. Del mismo modo, del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, art. 54; o Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, art. 99, se desprende inherentemente el mismo a través de la posibilidad de recusación contemplada.

⁷ En este sentido DIEZ PICAZO, L.M^a., “Siete tesis sobre la idea del fiscal investigador”. *Revista Teoría & Derecho*, nº1, 2007, p. 31, considera que el principio acusatorio también implica otras dos cosas, la primera, que la carga de la prueba recae sobre la acusación la cual debe destruir la presunción de inocencia, y la segunda, que la igualdad de armas debe de estar presente en el proceso penal.

⁸ En sentido contrario, MONTERO AROCA, J., “El principio acusatorio entendido como eslogan político”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 1, n. 1, Porto Alegre, 2015, p. 78, establece que: “La regla de que quien instruye no juzga se deriva de la incompatibilidad de funciones en el proceso y no guarda relación alguna con una pretendida imparcialidad objetiva del juez”.

⁹ Sobre esta idea, BELLIDO PENADÉS, R., *Derecho De Defensa Y Principio Acusatorio En El Juicio Por Faltas: Evolución Jurisprudencial Y Análisis Crítico*. Ed. Dykinson, Madrid, 2013, pp. 145-153.

Para dar solución al problema expuesto, nuestro sistema procesal atribuye desde la ya mencionada STC 145/1988, la fase de instrucción al denominado juez de instrucción¹⁰, sin perjuicio del nuevo proceso de menores, en el cual la fase de instrucción es dirigida por el Ministerio Fiscal bajo la supervisión del denominado “Juez de Garantías”, encargado de velar por el respeto de los derechos fundamentales del investigado, proceso que será objeto de análisis en el presente trabajo.

2.2. Regulación y significado

Regulada en el Libro II, Título IV, Capítulo I de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la instrucción se configura como la primera fase del proceso penal, siendo también conocida como procedimiento sumarial o simplemente sumario en el procedimiento ordinario¹¹. Aunque el legislador le atribuyó una definición legal¹², instituyendo esta primera fase con unos perfiles extraordinariamente claros¹³, estableciendo que son aquellas actuaciones dirigidas a preparar el juicio oral llevadas a cabo para determinar la perpetración del delito junto a las circunstancias que puedan influir en la calificación del delito así como en la culpabilidad del autor, asegurando las responsabilidades civiles que del mismo derivase, ésta no es la única definición que podemos encontrar al respecto¹⁴, si bien nosotros nos suscribimos a la aportada por

¹⁰ Véase, Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Art. 303.

¹¹ Sobre este término, GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ed. Colex, ed. 4ª, Madrid, 2014, p. 182, establece que “es un término impropio, por cuanto proviene del proceso penal inquisitivo y en modo alguno puede ser tildado de rápido”.

¹² Véase artículo 299 Ley Enjuiciamiento Criminal: “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”

¹³ MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, 7a ed., Valencia, 2015, p 27.

¹⁴ En estos términos, CATALINA BENAVENTE, Mª. A., en *Manual de Derecho Procesal para Guardias Civiles*, coords. SANCHEZ GOMEZ, R y MONTORO SANCHEZ, J.A., Ed. Dykinson, Madrid, 2021, p. 72, describe la instrucción como “las actuaciones llevadas a cabo bajo la dirección del juez de instrucción para decidir, por un lado, si se debe abrir o no el juicio oral contra una persona determinada, y, por otro, si procede o no la adopción de las medidas de aseguramiento de personas y de las responsabilidades pecuniarias de quienes aparecen racionalmente como presuntos responsables de los hechos objeto de investigación”. También FUENTES SORIANO, O., “La fase de instrucción. Principios generales”, en: ASENCIO MELLADO, J.M. y FUENTES SORIANO, O., *Derecho Procesal Penal*. Tirant lo Blanch, ed. 2ª, Valencia, 2020, p. 141, define la instrucción como “aquella fase del proceso encaminada a preparar el enjuiciamiento mediante la determinación del hecho –aparentemente– delictivo y la persona de su presunto autor”.

GIMENO SENDRA, según la cual, “se entiende por instrucción o fase instructora el conjunto de actos de investigación, practicados por el juez de instrucción, que suceden tras el auto de incoación y se extienden hasta el auto de conclusión o de sobreseimiento y que, mediante la determinación del hecho punible y la de su presunto autor, tienen por objeto, bien la preparación del juicio oral, bien el sobreseimiento de la causa, así como la adopción de medidas cautelares y provisionales, penales y civiles tendentes a garantizar el ulterior cumplimiento de la sentencia”¹⁵. Esta definición, más amplia que la que ofrece el propio artículo 299 LECrim, se antoja como una perspectiva más objetiva que la plasmada por el legislador, dado que no se centra solo en la parte acusadora, sino que contempla también como finalidad, llegar a un sobreseimiento de la causa, lo que en opinión de esta parte, refleja con más exactitud lo que debe de ser la finalidad de la fase de instrucción, que no es otra que el esclarecimiento de lo sucedido para su posterior enjuiciamiento o sobreseimiento en función de las circunstancias concurrentes.

2.3. Funciones de la fase de instrucción

Del tenor del citado artículo 299 LECrim, se puede concluir que las funciones de la fase de instrucción son dos; en primer lugar, llevar a cabo los actos de investigación necesarios para averiguar la verdadera existencia y tipicidad del hecho, así como el grado de autoría del investigado, y, en segundo lugar, adoptar las medidas cautelares, tanto civiles como penales, para asegurar las responsabilidades que del hecho investigado pudiesen surgir¹⁶.

No obstante, GOMEZ COLOMER, en una clara aproximación a la definición de instrucción aportada por GIMENO SENDRA, establece que las funciones de la instrucción son por un lado, coincidente con lo dispuesto por el legislador, preparar el juicio oral con el objeto de poder fundamentar la acusación respecto de una persona concreta y por un hecho punible determinado que le pueda ser atribuido, y por otro, aproximándose ahora si a la tesis suscrita por esta parte, impedir que la fase de juicio oral llegue a abrirse, ya que esto solo debe suceder cuando existan indicios suficientes para determinar la existencia real del hecho criminal, y este le pueda ser imputado al

¹⁵ GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Op. Cit., p. 181.

¹⁶ *Ibidem*, p. 182.

investigado, tratando de evitar de esta manera la denominada “pena de banquillo”, es decir, hacer que una persona sufra los problemas inherentes a la celebración de un juicio sin que se hayan acreditado indicios suficientes para ello, resultando por lo tanto, que la apertura del juicio oral, no puede darse por petición de las partes acusadoras, sino cuando un juez imparcial, constate que hay elementos o indicios suficientes que lo justifiquen¹⁷.

Se trata, en definitiva, tal y como muy sucinta pero eficazmente concreta CORTÉS DOMINGUEZ, en determinar hasta qué punto la *notitia criminis* puede dar lugar a juicio¹⁸.

2.4. Contenido

Como hemos podido constatar en el epígrafe anterior, el artículo 299 LECrim engloba una serie de funciones, las cuales requieren respectivamente de unos determinados actos procesales que podemos agrupar en tres categorías, actos instructorios o de investigación, actos de prueba sumarial y las medidas cautelares, conformado entre todas ellas, el contenido de la fase de instrucción¹⁹.

De todos ellos, los que nos interesan a efectos del presente trabajo, son los actos instructorios o de investigación, los cuales tienen como finalidad en la fase de instrucción introducir los hechos en el proceso con el objeto de que se pueda formular acusación, así como las medidas cautelares, en tanto se pueden conformar como limitadoras de derechos fundamentales, ya que no hay que olvidar, como hemos analizado anteriormente, que esta fase del proceso se encuentra sujeta a los mandatos constitucionales, teniendo por tanto que ajustarse a lo establecido en el artículo 24 CE, es decir, la fase de instrucción tiene que asegurar, “un proceso con todas las garantías”.

En este marco normativo, la doctrina, ha venido distinguiendo en función de la naturaleza del acto procesal, en los denominados actos jurisdiccionales, que son aquellos

¹⁷ MONTERO AROCA, J., GOMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S., ESPARZA LEIBAR, I., y ETXEBERRIA GURIDI, J.F., *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, ed. 28ª, Valencia, 2018, p. 133.

¹⁸ MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMINGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, op.cit., p. 191.

¹⁹ GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Op. Cit., p. 184.

suponen una afeción a derechos fundamentales, y actos de investigación del hecho, que, en sentido contrario, son aquellos que no afectan a derechos fundamentales²⁰.

3. EL MINISTERIO FISCAL: CONSIDERACIONES GENERALES

Fundamentando su existencia en el artículo 124 CE y siguiendo el tenor del mismo, el Ministerio Fiscal también denominado Ministerio Público (en adelante MP), “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”²¹. Por lo tanto, se puede afirmar que es un órgano de relevancia constitucional y con personalidad jurídica propia, ubicado dentro del Poder Judicial, sin perjuicio de su autonomía funcional²².

Conforme al texto constitucional, se creó el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (en adelante EOMF) aprobado por Ley 50/81 de 30 de diciembre y modificado por la Ley 24/2007, de 9 de octubre, en el que se establecen las funciones del mismo, los principios que lo rigen, su organización interna y sus deberes y derechos entre otros, reproduciendo en su artículo primero lo expuesto en el artículo 124.1 CE²³.

En la misa línea, podemos encontrarnos con que la Ley de Enjuiciamiento Criminal también se pronuncia acerca de las funciones del Ministerio Fiscal, siendo que el art 773 se adhiere a lo ya expuesto en la CE y EOMP, estableciendo que “El Fiscal se constituirá en las actuaciones para el ejercicio de las acciones penal y civil conforme a la Ley. Velará por el respeto de las garantías procesales del investigado o encausado y por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito”²⁴.

CALAZA LOPEZ, conjugando los preceptos citados, señala que el cometido del Ministerio fiscal es “vigilar, inspeccionar, controlar o si se prefiere, velar por el correcto

²⁰ FERNANDEZ OLMO, I., “La instrucción en el procedimiento de menores por el Ministerio Fiscal”, Disponible en: <https://www.icamalaga.es/portaMalaga/archivos/ficheros/1254394349963.pdf>, 2007, p. 6.

²¹ Véase, CE art. 124.

²² Visto en: <https://www.fiscal.es/Órgano-constitucional>, visitado por última vez el 10 de abril de 2022.

²³ El propio artículo 124.3 CE establece, “La ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal”.

²⁴ Véase LECrim., art. 773.

funcionamiento de los tribunales y de las restantes instituciones del Estado, así como promover la acción de la justicia, en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público”²⁵.

De todo lo anterior, resulta incontrovertido, que objetivamente la naturaleza del Ministerio Fiscal es la de parte imparcial del proceso, quien, ejerciendo la acción penal, promueve la actividad jurisdiccional y sostiene la acusación en el proceso penal, participando como parte principal en todos los procesos, velando siempre por el interés público tutelado por la Ley. No obstante lo anterior, desde un prisma subjetivo, no resulta tan clara la naturaleza del Ministerio Fiscal, siendo que, en los foros doctrinales, aún pervive el debate sobre si este organismo resulta dependiente del Poder Ejecutivo o perteneciente al Poder Judicial, debate no banal para el objeto de este trabajo, tal y como veremos más adelante²⁶.

3.1. Principios rectores del ministerio fiscal

Teniendo como punto de partida el artículo 124.2 CE²⁷, así como el artículo segundo del EOMF²⁸, que se pronuncian en idénticos términos, podemos sistematizar los principios rectores del MF. en dos grandes bloques, de un lado los principios funcionales, donde se ubicarían los principios de legalidad e imparcialidad, y de otro los principios orgánicos, conformados por el principio de unidad de actuación y el principio de dependencia jerárquica²⁹.

Resulta interesante observar, como ambos grupos no ostentan la misma relevancia para el legislador, dado que respecto los principios funcionales se exige *sujeción en todo*

²⁵ CALAZA LOPEZ, S., “Las partes en el proceso penal (I). Partes acusadoras”, en: ASENCIO MELLADO, J.M. y FUENTES SORIANO, O., *Derecho Procesal Penal*, op.cit., pp. 58 - 59.

²⁶ Sobre esta idea, GIMENO SENDRA, V.: *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Ediciones jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, pp. 245-246.

²⁷ Art. 124.2 CE. “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”.

²⁸ Art. 2 EOMF. “El Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, y ejerce su misión por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad”.

²⁹ GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*. Op. Cit., p 247.

caso, mientras que en los principios orgánicos solo se exige que el ejercicio de las funciones del MF, se ejerzan *conforme* a él, ostentando por tanto los principios funcionales, un rango mayor que los orgánicos³⁰.

A. Principios funcionales

Cuando hablamos de principios funcionales, como hemos mencionado, nos estamos refiriendo a los principios de legalidad e imparcialidad, contemplados en la Constitución Española, y desarrollados por el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Ambos principios se encuentran sistemáticamente ubicados en el Capítulo III EOMF, siendo que el artículo sexto dispone: “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. Si el Fiscal estimare improcedente el ejercicio de las acciones o la actuación que se le haya confiado, usará de las facultades previstas en el artículo 27 de este Estatuto”³¹.

El tenor de este principio, junto con su referencia al artículo veintisiete del mismo texto legal, habilita a un miembro del Ministerio Fiscal a acudir a la Junta de Fiscales en caso de que considere que una orden dada por un superior va en contra del principio de legalidad, circunstancia que ocurre escasamente en la práctica³².

Este principio de legalidad, consagrado igualmente en el artículo 25 CE³³, no es óbice para que pueda actuarse en nuestro ordenamiento jurídico bajo el principio de oportunidad reglada³⁴, el cual encuentra su razón de ser en la necesidad de avenir el

³⁰ GUIBERT OVEJERO BECERRA, S., *El Ministerio Fiscal En El Siglo XXI*. Ed. Tirant lo Blanch, ed. 1ª, Valencia, 2017, p. 32.

³¹ Véase EOMF, art. 6.

³² En este sentido, GIMENO SENDRA, V.: *Introducción al Derecho Procesal*, op.cit., p. 251, quien, en alusión a este punto, señala que el informe emitido por la Junta de Fiscales, no es vinculante, prevaleciendo por lo tanto siempre el principio de dependencia jerárquica.

³³ Véase CE, art. 25: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

³⁴ Sobre esta cuestión, DIEZ PICAZO, L.Mª., “Siete tesis sobre la idea del fiscal investigador”, op.cit., p. 31, establece que se puede discutir si el Ordenamiento Jurídico admite oficialmente el principio de

principio de legalidad con la protección del interés público y los derechos contemplados en el ya mencionado artículo 124.1 CE. Visto lo anterior, el Ministerio Fiscal, ostenta la potestad de no ejercitar la acción penal³⁵ solicitando al juez el sobreseimiento de ciertos procedimientos penales, siempre y cuando concurren determinados presupuestos, como son la escasa gravedad del delito o el poco interés público³⁶.

Respecto del principio de imparcialidad, el cual ocupa un papel importante en el debate sobre la conveniencia de la atribución de la fase de instrucción al Ministerio fiscal, se pronuncia el artículo séptimo del EOMF, estableciendo que “Por el principio de imparcialidad el Ministerio Fiscal actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados”, fruto de ello, según GIMENO SENDRA, es que ello radica en que el Ministerio Fiscal no actúa en defensa de sus propios intereses, sino que vela por intereses ajenos, sin perjuicio del interés público social³⁷.

B. Principios orgánicos

Componen este grupo, tal y como hemos expuesto anteriormente, los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, los cuales se presentan como principios de organización de relevancia constitucional³⁸.

El MF ostenta personalidad jurídica propia, y es un órgano único para todo el Estado que tiene que actuar conforme al principio de unidad de actuación. Así mismo,

oportunidad o no, pero que donde no cabe discusión es en el hecho de que las leyes procesales y penales otorgan cierto margen de discrecionalidad a los operadores jurídicos.

³⁵ En este sentido GUIBERT OVEJERO BECERRA, S., *El Ministerio Fiscal En El Siglo XXI*, op.cit., p. 48, adhiriéndose a la idea planteada por GIMENO SERRA, identifica el principio de oportunidad como la vertiente negativa del principio de legalidad, definiéndolo como “la facultad que al titular de la acción penal asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, con independencia que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado”.

³⁶ Véase LECrim, art. 963.

³⁷ GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, op.cit., p. 252.

³⁸ A este respecto, GUIBERT OVEJERO, S., *El Ministerio Fiscal En El Siglo XXI*, op.cit., p. 140, critica el rango de constitucionalidad del principio de jerarquía, alegando que tal reconocimiento constitucional solo encontraría su fundamento en cuanto pueda servir de instrumento del principio de unidad de actuación, y que por lo tanto no debería ostentar dicho rango constitucional.

sus miembros ostentan la consideración de autoridad, y actúan en todo momento en representación de la institución³⁹.

Para que el principio de unidad de actuación sea eficaz, necesita ser dotado de una estricta dependencia jerárquica que implica inherentemente un actuación compaginada y armonizada de todos los fiscales⁴⁰, impidiendo de esta manera que existan contradicciones de ningún tipo fundadas en la disparidad de criterios ante hechos sustancialmente similares. Dicho esto, el principio de unidad de actuación debe estar siempre dirigido a conseguir una interpretación homogénea del ordenamiento jurídico por parte de todos los integrantes del MF, de ahí, que sea ineludible la conjunción del principio de unidad de actuación con el principio interno de jerarquía⁴¹, ya que solo a través de este puede materializarse aquel⁴².

3.2. Las funciones del fiscal en nuestro Ordenamiento Jurídico

Las funciones del MF, conforme al artículo 124 CE, desarrollado por el artículo tercero del EOMF⁴³, se expanden por la mayoría de los órdenes jurisdiccionales. Partiendo del precepto constitucional mencionado, se pueden sistematizar de forma resumida en dos grandes bloques atendiendo a los mandatos constitucionales en él expuestos; de un lado, “*velar por la independencia de los tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social*”, y de otro, “*promover la acción de la justicia en defensa*”

³⁹ Véase EOMF, artículos 2.1, 22 y 23.

⁴⁰ En la actualidad, el MF está compuesto por más de 2.400 fiscales. Visto en: <https://elderecho.com/la-mayoria-de-fiscales-son-mujeres-pero-los-hombres-copan-las-jefaturas-en-un-65>.

⁴¹ DEL MORAL GARCIA, A., “Ministerio Fiscal y reforma de la justicia”, En *Revista Jueces para la democracia*, nº 43, 2002, p. 23, establece que el principio de jerarquía es un principio “*ad intra*”, es decir, que el M^oF internamente se organiza jerárquicamente, sin perjuicio de que existan mecanismos que atenúen esa estructura (objeción de conciencia, necesidad de consultas a órganos colegiados en determinados casos...) pero que no obstante, es insostenible que la dependencia jerárquica vaya más allá de la propia institución, ya que el M^oF no puede depender de ningún otro poder, dado que ello significaría relegar los principios de imparcialidad y legalidad que, en todo caso, han de regir su actuación.

⁴² MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Introducción Al Derecho Procesal*. Ed. Tirant lo Blanch, Manuales, ed. 9ª, Valencia, 2017. p 136.

⁴³ CALAZA LOPEZ, S. en: ASENSIO MELLADO, J.Mª., FUENTES SORIANO, O., *Introducción al Derecho Procesal*. Ed. Tirant lo Blanch, ed. 1ª, Valencia, 2019. p 134, concreta que Este artículo establece una lista “*numerus apertus*”.

de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley”⁴⁴.

No obstante, a efectos de este trabajo, únicamente haremos alusión a aquellas funciones que se llevan a cabo en el orden penal, las cuales, siguiendo la tesis de CALAZA LOPEZ, se incardinan dentro del segundo bloque, siendo las siguientes: a) ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos (Art. 3.4 EOMF), b) intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos o instruyendo directamente el procedimiento en el ámbito de lo dispuesto en la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, pudiendo ordenar a la Policía Judicial aquellas diligencias que estime oportunas (Art 3.5 EOMF), c) ejercer en materia de responsabilidad penal de menores las funciones que le encomiende la legislación específica, debiendo orientar su actuación a la satisfacción del interés superior del menor (Art. 3.13 EOMF), d) velar por la protección procesal de las víctimas y por la protección de testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas (Art. 3.10 EOMF)⁴⁵.

El elenco de funciones contenidas en el artículo tercero del EOMF a las cuales se ha hecho alusión, sin duda responden a una perspectiva genérica, que posteriormente se concretan y especializan en los diferentes procedimientos o fases penales en los que participa el MF. Habida cuenta lo anterior, y para no perder de vista el objeto del presente trabajo, analizaremos de forma más concreta, aquellas funciones que inciden en la fase de instrucción, de los distintos procedimientos.

3.3. La Función del Ministerio Fiscal en la instrucción

En este punto vamos a analizar de manera sucinta, aquellas funciones que están en la actualidad asignadas al Ministerio Fiscal en la fase de instrucción en los distintos procedimientos penales.

⁴⁴ *Ibidem.* p. 134.

⁴⁵ CALAZA LOPEZ, S., “Las partes en el proceso penal (I). Partes acusadoras”, en: ASECIO MELLADO, J.M. y FUENTES SORIANO, O., Derecho Procesal Penal, op.cit., p. 59.

A. La intervención del MF en la LECrim

Tomaremos como punto de partida el artículo 773 LECrim. El cual se encuentra ubicado sistemáticamente en el Título II, Capítulo III correspondiente al Procedimiento Abreviado o más comúnmente denominado PAB. El punto segundo del referido artículo establece que el MF, tras tener noticia de un hecho que revista el carácter de delictivo, llevará a cabo por sí mismo o a través de la policía judicial las diligencias que considere oportunas en aras de comprobar la existencia del hecho, así como la responsabilidad de los posibles partícipes⁴⁶. La instrumentalización de la policía judicial en manos del MF, encuentra su carta de naturaleza en el artículo 126 de la CE, el cual establece el sometimiento de la misma a los Jueces y Fiscales cuando realicen funciones de investigación del delito⁴⁷.

Estas diligencias que puede llevar a cabo el MF respecto de cualquier tipo de delito salvo los privados, son las denominadas diligencias de investigación, y se realizan con anterioridad a la fase de instrucción, por lo que se enmarcan fuera del proceso penal, es decir, con carácter previo al auto de incoación.

Resulta necesario, en vista de lo anterior, mencionar algunas diferencias que se suscitan entre las diligencias de investigación llevadas a cabo por el MF respecto de las llevadas a cabo en la fase de instrucción por el juez de instrucción. En primer lugar, haremos alusión a la naturaleza de las mismas, dado que las diligencias de investigación tienen carácter administrativo, mientras que las llevadas a cabo en la instrucción tienen naturaleza mixta. Por otro lado, mientras que la fase de instrucción es preceptiva en el proceso penal, las diligencias de investigación no, dado que éstas últimas, se podrán llevar a cabo si la denuncia la recibe el MF directamente, o resulta ser conocedor de la posible comisión de un hecho delictivo directamente o a través de atestado⁴⁸.

⁴⁶ Léase LECrim, art. 773.2.

⁴⁷ Véase CE, art. 126: “La policía judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca”.

⁴⁸ MORALES BRAVO, J.M., *La reforma del proceso penal: pasado, presente y futuro del Ministerio Fiscal*, tesis doctoral dirigida por GUTIERREZ BARRENENGOA, A. y defendida en la Universidad de Deusto, 2021, pp. 274-275.

Esta potestad investigadora del MF, se concreta en las siguientes diligencias, a) la declaración del sospechoso, diligencia que no deberá de volver a llevarse a cabo en la fase de instrucción por parte del juez instructor si llega a abrirse la misma, b) declaraciones testificales, resultando que la citación para declarar realizada por el MF es obligatoria para todas las personas, c) ruedas de reconocimiento, d) inspecciones oculares, e) ciertas diligencias que pueden limitar el derecho a la intimidad, como el acceso a la agenda telefónica o vigilancia de personas en lugares públicos, f) recabar información patrimonial de entidades bancarias, g) autorizar entregas vigiladas de estupefacientes, así como la actuación del agente encubierto, h) recabar datos de entidades oficiales⁴⁹.

Así las cosas, puede parecer que el MF ostenta unas amplias facultades de investigación, empero, esa idea queda desvirtuada habida cuenta de que el mismo deberá cesar de todas aquellas investigaciones que esté llevando a cabo, en el momento que sea conocedor de que existe un proceso penal abierto sobre esos mismos hechos⁵⁰.

B. Instrucción en el proceso penal de menores

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante LORPM), así como su posterior desarrollo por el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, establecen, como ámbito subjetivo del procedimiento en ellas establecido, el enjuiciamiento de los delitos recogidos en el Código Penal (en adelante CP) y leyes especiales, cometido por menores de 18 años y mayores de 14 años⁵¹. Este procedimiento, tiene una característica de vital relevancia para el presente trabajo, ya que la incoación del asunto así como la fase de instrucción, les son encomendadas al Ministerio Fiscal⁵², siendo que ésta debe de circunscribirse a la práctica de aquellas

⁴⁹ *Ibidem*. pp. 280-283.

⁵⁰ Véase LECrim., art. 773.2: “Cesará el Fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos”.

⁵¹ Artículo 1 LORPM: “Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales”.

⁵² Artículo 6 LORPM: “Corresponde al Ministerio Fiscal la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, así como la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento, para lo cual dirigirá personalmente la investigación de los hechos y ordenará que la policía judicial practique las actuaciones necesarias para la comprobación de aquéllos y de la participación del menor en los mismos, impulsando el procedimiento.”

diligencias imprescindibles para decidir el sobreseimiento o la acusación, que sean distintas de las producidas por la policía judicial en el atestado o el propio fiscal en la fase preliminar⁵³, una clara referencia a la necesidad de simplificar y agilizar dicha fase procedimental⁵⁴.

No obstante, lo anterior, FERNANDEZ OLMO, alude a la poca claridad con la que está definida la posición del MF en la fase de instrucción, ya que no solo interviene en la fase de investigación, siendo que participa en competencias de naturaleza jurisdiccional, pudiendo admitir o no a trámite una denuncia, o como se ha expuesto, decidir sobre la incoación o no de un expediente⁵⁵.

Respecto de la incoación del proceso, el artículo 16.3 LORPM establece que el MF tras recibir la denuncia acordará lo oportuno, practicando los actos de investigación que por sí mismo considere oportuno, si acuerda la incoación del expediente, deberá dar cuenta de tal circunstancia al juez correspondiente, dando este inicio a las diligencias de trámite correspondientes. Del mismo modo, con base en el artículo 18 LORPM⁵⁶, el fiscal podrá optar por el desistimiento del expediente en el caso de que los hechos sean

Artículo 16 LORPM: “Corresponde al Ministerio Fiscal la instrucción de los procedimientos por los hechos a los que se refiere el artículo 1 de esta Ley”.

Artículo 23 LORPM: “La actuación instructora del Ministerio Fiscal tendrá como objeto, tanto valorar la participación del menor en los hechos para expresarle el reproche que merece su conducta, como proponer las concretas medidas de contenido educativo y sancionador adecuadas a las circunstancias del hecho y de su autor y, sobre todo, al interés del propio menor valorado en la causa”.

⁵³ Circular 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores. CirVI.3.B) Las diligencias de instrucción ordenadas por el Fiscal: “El objeto de la instrucción del proceso de reforma de menores debe circunscribirse a la práctica de aquellas diligencias que el Fiscal estime absolutamente imprescindibles para una formulación bien fundada del escrito de alegaciones o para obtener un criterio razonable de terminación anticipada del proceso y derivación del asunto hacia soluciones extraprocesales”. Así mismo se establece que: “No se deben reiterar diligencias que la Policía haya practicado en el atestado correspondiente o que el Fiscal haya verificado en fase preliminar, pues tanto unas como otras quedan incorporadas al Expediente tan pronto se acuerda su incoación”.

⁵⁴ FERNANDEZ OLMO, I., “La instrucción en el procedimiento de menores por el Ministerio Fiscal”, op.cit., p. 7.

⁵⁵ FERNANDEZ OLMO, I., “La instrucción en el procedimiento de menores por el Ministerio Fiscal”, op.cit., p. 7.

⁵⁶ Léase LORPM, art. 18: “El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley. Asimismo, el Ministerio Fiscal comunicará a los ofendidos o perjudicados conocidos el desistimiento acordado”.

constitutivos de delitos menos graves y sin violencia, lo cual supone claramente la aplicación del principio de oportunidad.

La dirección de la instrucción por parte del MF, no solo se limita a llevar a cabo las diligencias de investigación que considere oportunas, sino que también es el encargado de decidir sobre la procedencia o no de las diligencias solicitadas por la acusación particular o por las propuestas por el abogado defensor del menor, salvo aquellas que por su incidencia en derechos fundamentales correspondiesen adoptar al juez competente⁵⁷.

Las resoluciones acordadas por el MF, deberán llevarse a cabo bajo la forma de Decreto, y estas no son recurribles⁵⁸, lo cual supone importantes problemas⁵⁹, si bien, algunas de estas resoluciones podrán ser revisadas indirectamente a través de la reiteración de la petición al juez competente⁶⁰, mientras que otras, el Decreto determina la decisión judicial, siendo que en estos casos, el objeto de recurso será la propia decisión judicial, no el Decreto del fiscal que dio origen a la misma⁶¹.

Una vez concluida la instrucción, el MF trasladará el expediente completo al Juez de menores, proponiendo el sobreseimiento de la causa o la celebración de la vista solicitando los medios de prueba que considere necesarios⁶².

⁵⁷ CUESTA ARZAMENDI, J.L. y CORDERO BLANCO, I., *Menores infractores y Sistema Penal*. Instituto Vasco de criminología, San Sebastián, 2010, p 146.

⁵⁸ Circular 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores.

X.1. Inadmisibilidad de recurso frente a los Decretos del Ministerio Fiscal: “Ha de tenerse presente, en primer lugar, que las decisiones que en el curso del procedimiento adopte el Fiscal, ya sea en la fase de Diligencias Preliminares o en el Expediente de reforma, que revestirán siempre la forma de Decretos, no son susceptibles de recurso alguno”.

⁵⁹ FERNANDEZ OLMO, I., “La instrucción en el procedimiento de menores por el Ministerio Fiscal”, Op. Cit. p 7.

⁶⁰ Véase LORPM, art. 26: “Las partes podrán solicitar del Ministerio Fiscal la práctica de cuantas diligencias consideren necesarias. El Ministerio Fiscal decidirá sobre su admisión, mediante resolución motivada que notificará al letrado del menor y a quien en su caso ejercite la acción penal y que pondrá en conocimiento del Juez de Menores. Las partes podrán, en cualquier momento, reproducir ante el Juzgado de Menores la petición de las diligencias no practicadas”.

⁶¹ Circular 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero. Op. Cit. Apartado X.1 párrafo tercero.

⁶² CASTAÑÓN ÁLVAREZ, M^a.J.; ECHARRI CASI, F. y ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X., *Práctica Procesal Penal; Deontología Profesional Del Abogado*, Ed. Dykinson, Madrid, 2019, p 222.

C. Proceso por aceptación de decreto

El proceso por aceptación de decreto, fue establecido por la Ley 41/2015, de 5 de octubre para la agilización de la justicia penal, la cual, lo describe en su exposición de motivos como un “procedimiento monitorio penal”⁶³, similar a otros procedimientos europeos como el proceso por orden penal alemán o el juicio por decreto italiano entre otros⁶⁴.

Este proceso, regulado del artículo 803.Bis.a hasta el 803.Bis.j de la LECrim, tiene como finalidad permitir que una propuesta de sanción que haya sido realizada por el MF sea convertida en sentencia firme, siempre y cuando concurren todos los elementos subjetivos y objetivos preceptivos, y el encausado muestre su conformidad en concurso con la voluntad de su letrado, es decir, es un proceso que se articula como alternativa a los juicios rápidos por delitos menos leves⁶⁵.

Puede ser incoado en cualquier momento desde iniciadas las diligencias de investigación hasta la finalización de la fase de instrucción incluso si no ha sido llamado a declarar el imputado, no obstante, han de cumplirse ciertos requisitos establecidos en el

⁶³ Véase, GIMENO SENDRA, V.; DÍAZ MARTÍNEZ, M. y CALAZA LÓPEZ, S.: *Derecho Procesal Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Manuales, ed. 1ª, Valencia, 2021, p 625, donde se difiere de esta terminología, ya que se niega la naturaleza monitoria basando su argumentación en la necesidad de la emisión de una orden penal por parte del magistrado competente, en la cual se concrete la sanción, sosteniendo de ese modo que es necesario que el decreto nazca de la voluntad del Juez, quien debe ostentar la potestad de dictarlo, no dictarlo o incluso modificarlo. Continúa definiéndolo como un proceso especial que se desarrolla ante la Autoridad judicial y que puede terminar en una sentencia de conformidad.

⁶⁴ ASENCIO MELLADO, J.Mª., *El Proceso Por Aceptación De Decreto*, Ed. Tirant lo Blanch, ed. 1ª, Valencia, 2016, p. 10.

⁶⁵ En sentido contrario, MORENO CATENA, en: MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, op.cit., p 517, para quien el proceso de aceptación por decreto, no deja de ser una mera aplicación del principio de conformidad tal y como desde el siglo XIX se concibe en el sistema procesal penal español.

803 bis. a LECrim⁶⁶, relativos entre otros a la naturaleza y duración de las penas o la no existencia de acusación particular, ni popular en la causa⁶⁷.

Habida cuenta lo expuesto, se antoja como un proceso donde cobra especial protagonismo el MF, dirigido a reducir el enjuiciamiento de los delitos menos graves, dada la sencillez de su tramitación⁶⁸.

La clave de este procedimiento se asienta en el Decreto dictado por el Ministerio Fiscal. En el referido decreto, el MF se limita a realizar una propuesta de pena a un encausado por la comisión de un delito, si bien, tiene que contener todos los elementos formales de un escrito de acusación⁶⁹. Posteriormente, será remitido al juez competente, quien comprobará que se cumplen los requisitos establecidos para la aplicación de dicho procedimiento, y lo rechazará o admitirá en función de su adecuación legal. Una vez admitido el decreto, el juez citará al encausado quien debe acudir junto a su letrado, quien decidirá si aceptar íntegramente o no lo expuesto por el MF. De ser aceptado, el juez dotará al decreto del MF carácter de resolución judicial firme sin posibilidad alguna de recurso⁷⁰.

⁶⁶ Véase LECrim, artículo 803 bis.a, que establece los requisitos del proceso por aceptación de decreto: “En cualquier momento después de iniciadas diligencias de investigación por la fiscalía o de incoado un procedimiento judicial y hasta la finalización de la fase de instrucción, aunque no haya sido llamado a declarar el investigado, podrá seguirse el proceso por aceptación de decreto cuando se cumplan cumulativamente los siguientes requisitos:

1.º Que el delito esté castigado con pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad o con pena de prisión que no exceda de un año y que pueda ser suspendida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 del Código Penal, con o sin privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

2.º Que el Ministerio Fiscal entienda que la pena en concreto aplicable es la pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad y, en su caso, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

3.º Que no esté personada acusación popular o particular en la causa”.

⁶⁷ Tal y como señala BARONA VILAR en: MONTERO AROCA, J., GOMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S., ESPARZA LEIBAR, I. y ETXEBARRIA GURIDI, J.F., *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, ed. 25ª, Valencia, 2017, p 605, “la intervención de acusador popular o acusador particular en la causa obstaculizaría el objetivo finalista de este procedimiento, que es el de alcanzar una extrema agilidad y concentración de actuaciones que lleve a prácticamente poner fin al mismo de forma tan breve”.

⁶⁸ CASTAÑÓN ÁLVAREZ, Mª.J.: ECHARRI CASI, F. y ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X.: *Práctica Procesal Penal; Deontología Profesional Del Abogado*. Op. Cit. p 218.

⁶⁹ Véase artículo 803.Bis.C LECrim.

⁷⁰ MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*. Op. Cit. págs. 519 - 520

4. FUNCIONES DEL MINISTERIO FISCAL DESDE EL DERECHO COMPARADO

Uno de los argumentos más usados entre los defensores de la atribución de la fase de instrucción al MF, se fundamenta en las crecientes reformas que se han llevado a cabo en los distintos países de europeos, los cuales han ido atribuyendo la dirección de la fase de instrucción a la fiscalía, sin perjuicio de los diferentes sistemas de control en función del sistema procesal del que se trate, tendencia que se debe a una indiscutible influencia de los sistemas anglo-germánicos⁷¹.

Habida cuenta lo anterior, haremos un análisis de derecho comparado, incidiendo en las semejanzas y diferencias existentes en los distintos países de la Unión Europea, con el objeto de dilucidar aquellos aspectos clave que pueden influir en la atribución de la fase de instrucción al MF conforme a la regulación actual del mismo.

4.1. Las funciones del fiscal en los distintos países de la Unión Europea

EL sistema procesal penal español, por lo tanto, tal y como está configurado en la actualidad, se presenta como una de las escasas excepciones al principio general establecido en el resto de países europeos que comparten con España elementos jurídicos análogos⁷². Si bien es cierto, en ellos encontramos ciertos factores que en una u otra medida difieren de nuestro sistema procesal, tales como la posición institucional del Ministerio Público o los diferentes sistemas judiciales en los que actúan, empero, sí podemos encontrar en ellos un factor común, ya que, en todos, el Ministerio Público ostenta el ejercicio de la acción penal, así como la representación pública y el interés general⁷³.

⁷¹ ARMENTA DEU, T., “El Fiscal Instructor ¿es necesario?” en *Cuadernos de Derecho Público* núm. 16, 2002, pp. 195-196.

⁷² GARCIA-PANASCO MORALES, G., La reforma del proceso penal: hacia un verdadero modelo de Fiscal investigador, tesis doctoral dirigida por OSORIO ACOSTA, E., y defendida en la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2016, pp. 28-29.

⁷³ PACHECO CARVE, L.: “El Fiscal en el Derecho comparado” en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI*, Madrid, 2001, p. 133.

A. Alemania

En Alemania, la instrucción de las causas penales, está atribuida al Ministerio Público (en adelante MP), siendo que el Juez denominado “Juez Investigador”, solamente puede actuar en la adopción de aquellas resoluciones que impliquen restricciones a derechos fundamentales. Del mismo modo, el Ministerio Público que se configura como la columna vertebral del sistema procesal penal⁷⁴, es el dueño de la investigación, ya que ostenta en exclusiva el ejercicio de la acción penal, siendo por lo tanto la única parte acusadora del proceso⁷⁵.

Dicho lo anterior, y en lo que a las diligencias de investigación se refiere, el MP alemán, como responsable de las mismas, puede llevarlas a cabo por sí mismo, o mandar oficio a las distintas autoridades o funcionarios de policía, si bien, le corresponde la inspección ocular del cadáver o el interrogatorio de testigos e inculpado entre otras, pudiendo requerir la presencia del juez⁷⁶.

Como hemos apuntado anteriormente, le corresponde al juez investigador la adopción de aquellas medidas que puedan suponer limitación de derechos fundamentales, siendo que, para ello, el MP deberá solicitar la aprobación de dicha medida concreta al juez, el cual dictará lo pertinente, atendiendo exclusivamente a la legalidad de la diligencia solicitada, no a la oportunidad de la misma. No obstante, el MP, en el caso de que existiese un posible perjuicio para el éxito de la investigación por causa del retraso que pudiese originar la solitud de la diligencia⁷⁷, podrá ordenar que se practiquen una serie de diligencias que legítimamente corresponden al juez, las cuales deberán ser solicitadas y ratificadas por el juez de la investigación⁷⁸, pudiendo destacar entre otras,

⁷⁴ RITTER, A., “El Ministerio Fiscal Alemán”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI*, Madrid, 2001, p. 36.

⁷⁵ GÓMEZ COLOMER, J. L.: “La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado” en *La reforma de la justicia penal (Estudios homenaje al Profesor Klaus Tiedemann, (AAVV, coords. GÓMEZ COLOMER, J. L. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.), Publicacions de la Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 1997. p 3.*

⁷⁶ GIMENO SENDRA. V.: *El Ministerio Fiscal, director de la instrucción*. Ed. Iustel Monografías, Madrid, 2006, p. 83.

⁷⁷ Al respecto RITTER, A.: “El Ministerio Fiscal Aleman”. Op. Cit. p 37, define “Gefahr im Verzug” (“Peligro de una actuación no inmediata”).

⁷⁸ A este respecto, se antoja necesario preguntarse, ¿qué sucedería en el caso de que la medida limitativa de derechos por orden del MF en caso de urgencia, no fuese aprobada posteriormente por el juez de instrucción? Respondiendo a esta cuestión señala GIMENO SENDRA. V., *El Ministerio Fiscal, director*

ordenar la investigación corporal del encausado (extracción de sangre), la intervención de comunicaciones postales o telefónicas, decretar registros domiciliarios así como dictar una orden de detención⁷⁹.

Los principios que rigen su actuación son el de objetividad, el cual es definido por el artículo 160 del código procesal penal⁸⁰ (*Strafprozessordnung*, de ahora en adelante StPO), y el de legalidad, consagrado en el artículo 152 párrafo segundo del citado texto legal⁸¹. Si bien es cierto, el art 170 StPO exige al Ministerio Público que formule acusación en el caso de que existan sospechas suficientes, en la actualidad, dispone de un amplio margen de discrecionalidad, en aplicación del principio de oportunidad, el cual se concreta en aspectos como la no persecución de asuntos cuya relevancia sea escasa, la posibilidad de archivo provisional de la causa en delitos castigados con pena de prisión inferior a un año, llegando incluso a la no persecución por motivos políticos si dicho proceso supondría un perjuicio grave para Alemania⁸².

En lo que a organización interna se refiere, el MF alemán, se rige al igual que el español por los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica. Esta dependencia gubernamental se antoja ligeramente mayor a la española, en tanto el Fiscal General, así como todos los Fiscales Federales, son nombrados por el Presidente Fiscal, pero a propuestas del Ministerio Fiscal de Justicia, que a su vez ejerce las funciones de inspección y dirección de la institución. El sistema de instrucción alemán es utilizado de forma recurrente como modelo a seguir, y ello, habida cuenta de que nuestro sistema, que

de la instrucción, op.cit., p. 82, que la realidad imperante en la práctica, es que la aprobación de las diligencias acordadas por el MF, son aprobadas casi de manera automática, ya que como se ha mencionado, el juez de la investigación, solo se limita a observar la legalidad de la misma, no la oportunidad de su solicitud. A mayor abundamiento, todo ello se da en un marco funcional en el que no existe un juez asignado a cada proceso y por lo tanto con conocimiento exhaustivo del mismo, sino que la decisión recaerá sobre el juez que corresponda en cada momento.

⁷⁹ *Íbidem*, pp. 83-84.

⁸⁰ Véase StPO, art. 160.2: “Die Staatsanwaltschaft hat nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln und für die Erhebung der Beweise Sorge zu tragen, deren Verlust zu besorgen ist” (“El Ministerio Público debe determinar no sólo las circunstancias que sirven para incriminar, sino también las que sirven para exculpar”).

⁸¹ Véase StPO, art. 150.2: “Sie ist, soweit nicht gesetzlich ein anderes bestimmt ist, verpflichtet, wegen aller verfolgbaren Straftaten einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen” (“A menos que la ley estipule lo contrario, está obligado a intervenir en todos los delitos penales perseguibles si hay suficientes indicios de hecho”)

⁸² Respecto al principio de oportunidad, véase StPO, art. 153.

comparte los mismos principios orgánicos y funcionales, es plenamente comparable con el alemán⁸³.

Esa facultad de inspección y dirección que ostenta el Ministro de Justicia puede ser usada por el poder ejecutivo para instrumentalizar al MP con el objeto de conseguir sus fines, poniendo en entre dicho la separación de poderes, ya que aun siendo que cada Fiscal decide sobre como instruir cada caso a su cargo así como cuando y por qué formular acusación, debe de respetar dentro del orden jerárquico las instrucciones impartidas por sus superiores, quien en última instancia resulta ser el Ministro de Justicia, de ahí, que este derecho de instrucción, sea considerado como uno de los aspectos más controvertidos del sistema establecido para el Ministerio Público⁸⁴.

B. Italia

El sistema procesal penal italiano, fue modificado por el nuevo Código de Procedimiento Penal (*Codice de Procedura Penale*), en 1988. A partir de esa modificación, se le atribuyó al Ministerio Público la instrucción de los procesos penales⁸⁵.

Esta fase de investigación, dirigida por el MP con el auxilio de la policía judicial⁸⁶, se rige por el principio de legalidad plasmado en el artículo 112 de la Constitución Italiana⁸⁷ (en adelante CI), teniendo por objeto la realización de las investigaciones necesarias para poder llevar a cabo la acción penal⁸⁸.

⁸³ CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “Sobre la conveniencia de atribuir la dirección penal al Ministerio Fiscal” en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 14, 2008, p. 190.

⁸⁴ RITTER, A., “El Ministerio Fiscal Alemán”. Op. Cit. págs. 45-46.

⁸⁵ Al respecto GIMENO SENDRA. V., *El Ministerio Fiscal, director de la instrucción*. Op. Cit. pág. 98 establece que, en puridad, en el derecho italiano se utiliza el término instrucción para referirse a la fase de practica de la prueba que se lleva a cabo en el acto del juicio (*Instruzione dibattimentale*), en su lugar, a lo que nosotros conocemos como instrucción, la denominan “investigaciones preliminares” (*Indagini preliminar*).

⁸⁶ *Ibidem*, p. 98.

⁸⁷ Véase Constitución Italiana de 27 de diciembre de 1947, art. 112, que establece: “Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale”.

⁸⁸ GARCIA-PANASCO MORALES, G., La reforma del proceso penal: hacia un verdadero modelo de Fiscal investigador, op.cit., p. 61.

Así mismo, ostenta, el monopolio de la acción penal⁸⁹, lo cual encuentra su justificación en el principio de obligatoriedad de la acción penal, siendo que en este sistema no rige el principio de oportunidad. Por tanto, la víctima o el perjudicado por el delito, tienen la posibilidad de realizar las alegaciones que consideren oportunas y exponer los medios de prueba de los que sean conocedores, pero no se conforman como partes procesales⁹⁰.

A efectos de este trabajo, dentro del derecho italiano, resulta de especial interés la posición que este ostenta respecto del resto de poderes del Estado, y ello es así, habida cuenta de que sus miembros gozan de un status análogo al de los miembros del Poder Judicial, conferido por el artículo 104 y siguientes de la CI. Se puede observar por lo tanto en el derecho italiano, como el MP se configura como funcional y orgánicamente independiente del Poder Ejecutivo⁹¹.

Entrando ahora en la fase de la “Indagini preliminar”, cabe mencionar que ésta, se encuentra, tal y como hemos aludido anteriormente, encomendada al MP, sin perjuicio de la existencia del denominado Juez de investigaciones preliminares, que si bien tiene una naturaleza análoga al juez investigador alemán, ambos tienen una diferencia clara y de vital importancia, y esto es así, porque en el derecho italiano, será precisamente el Juez de investigaciones preliminares el órgano encargado de acordar si procede el archivo de la causa⁹².

Respecto de las potestades que tiene atribuidas el MP italiano a la hora de investigar la posible comisión de un delito, podemos observar que el mismo, en el ejercicio de las diligencias de investigación, las cuales llevará a cabo a través de la colaboración de la policía judicial, podrá llevar a cabo medidas limitativas de derechos fundamentales, como puede ser la entrada y registro, intervenciones corporales o la intervención de la correspondencia postal, sin necesidad de pedir autorización al Juez de

⁸⁹ DE OÑA NAVARRO, J.M., “Investigación e instrucción en el Proceso Penal. La posición del Fiscal”, en Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI, Madrid, 2001, p 215.

⁹⁰ GARCIA-PANASCO MORALES, G., La reforma del proceso penal: hacia un verdadero modelo de Fiscal investigador, op.cit., p. 62.

⁹¹ COMPTE MASSACH, T.: *Profundizando en el modelo constitucional del Ministerio Fiscal*. Jueces para la democracia, nº 23, 1994. P 30.

⁹² CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “Sobre la conveniencia de atribuir la dirección penal al Ministerio Fiscal”. Op. Cit. p 194.

investigaciones preliminares. Esta característica del MP italiano, encuentra su fundamentación en la naturaleza pseudo-judicial del mismo, que le aporta el reconocimiento de tales facultades⁹³.

Otro aspecto distintivo del Derecho Italiano, consiste en lo denominado “investigaciones de la defensa”, a través de las cuales, se le reconocen a los defensores del investigado, la capacidad de llevar a cabo ciertas actuaciones de investigación, pudiendo solicitar declaraciones, obtener documentación perteneciente a la Administración Pública, inspeccionar determinados lugares relacionados con la investigación y recabar los objetos y pruebas necesarias en aras de formar su defensa. Estas facultades de investigación atribuidas a la defensa, están sujetas a los principios de legitimidad y legalidad⁹⁴.

C. Portugal

Portugal es otro de los muchos Países de la Unión Europea que optó por la atribución de la fase de investigación al MP, concretamente fue con la aprobación del Código de Proceso Penal de 1988 (de ahora en adelante CPP), el cual derogó el anterior de 1929⁹⁵. Al igual que en los casos anteriores, en Portugal, el MP también ostenta el monopolio del ejercicio de la acción penal,

Observando la Constitución Portuguesa 1976, encontramos que el artículo 32.4⁹⁶ de la misma, establece que la fase de instrucción será competencia del Juez, esto puede dar lugar a confusión desde nuestra perspectiva, llegando incluso a considerar la posible inconstitucionalidad de la atribución al MP de la fase investigación, pero nada más lejos de la realidad. Esta aparente contradicción, encuentra su explicación y legitimación, en la forma en la que se articula el proceso penal portugués, el cual divide la etapa preliminar

⁹³ *Íbidem*, p. 194.

⁹⁴ *Íbidem*, págs. 147-148.

⁹⁵ GÓMEZ COLOMER, J. L., “La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado”. *op.cit.*, págs. 5-6.

⁹⁶ Véase constitución de Portugal de 2 abril de 1976, art. 32.4, la cual establece “Toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos actos instrutórios que se não prendam directamente com os direitos fundamentais”. (Toda la instrucción es competencia del juez, el cual podrá, en los términos de la ley, delegar en otras entidades la práctica de actos de instrucción que no guarden relación directamente con los derechos fundamentales).

en dos fases plenamente diferenciadas, en primer lugar está la de investigación denominada “inquérito” dirigida por el MP y que se antoja obligatoria, y posteriormente se encuentra la de instrucción “instrução” que es eventual y está a cargo del Juez de instrucción, encontrando así por tanto el sistema, acomodación constitucional⁹⁷.

Por mandato legal, el MP debe de abrir investigación siempre que tenga conocimiento de un delito⁹⁸, excepto en los delitos semi-públicos y privados, los cuales requieren de la denuncia del ofendido (en Portugal no se contempla la acusación popular). En esta fase de investigación, el MP no se postula como parte, sino como un órgano de la Administración de Justicia cuya función consiste en la búsqueda de todas las pruebas que conduzcan a la acusación o no acusación del investigado. Ahora bien, en esta fase, el MP ostenta la dirección absoluta, llevando a cabo todos los actos de investigación que considere oportunos salvo aquellos que requieren la autorización del Juez de Instrucción, que, siguiendo la tónica general de lo expuesto en este trabajo, son aquellos actos que puedan suponer limitación de derechos fundamentales⁹⁹.

Una vez finalizada la fase de investigación, si existen indicios de la comisión del delito, se solicitará por el MP la apertura de la fase de instrucción, que como se ha comentado anteriormente es facultativa, ya que, de no existir indicios suficientes de existencia de delito, el MP, puede decidir archivar el proceso. En esta fase, la cual se encuentra presidida por el Juez de Instrucción, y cuya finalidad es según las circunstancias concurrentes, la imputación y consiguiente apertura de juicio oral o el sobreseimiento del proceso, el MP sí se constituye como parte del proceso, en tanto que, como es sabido, ejercita la acción penal¹⁰⁰.

En relación con su posición orgánica, el MP portugués se antoja como autónomo frente a el resto de poderes del Estado, la cual resulta imprescindible para que pueda llevar a cabo la investigación con la necesaria protección de los derechos fundamentales del

⁹⁷ GIMENO SENDRA. V.: El Ministerio Fiscal, director de la instrucción. Op. Cit. págs. 209-210.

⁹⁸ Véase Código Procesal Penal Portugués, aprobado mediante Decreto Ley 78/87 de 17 de febrero de 1987, art. 262.2: “Ressalvadas as exceções previstas neste Código, a notícia de um crime dá sempre lugar à abertura de inquérito”. (Salvo las excepciones previstas en este Código, la noticia de un delito siempre da lugar a la apertura de una investigación).

⁹⁹ GOMES FERREIRA, J.: “El Ministerio Público Portugués”, en Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI, Madrid, 2001, págs. 74-75.

¹⁰⁰ GIMENO SENDRA. V.: El Ministerio Fiscal, director de la instrucción. Op. Cit. págs. 213-214.

investigado. Del mismo modo, en su esfera interna, se rigen por una estructura jerarquizada, y por el sometimiento a las normas contenidas en su propio estatuto, lo cual ha llevado a algunos autores a referirse a ella como “la independencia del MP”¹⁰¹.

5. EL ANTE PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE MODIFICACION DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

La LECrim, ha sufrido desde su promulgación, setenta y nueve modificaciones parciales, siendo que, más de cincuenta se han llevado a cabo desde la aprobación de nuestra carta magna. Es opinión mayoritaria, que la vigente legislación procesal penal se antoja caduca y desfasada para hacer frente a los problemas actuales de la sociedad, por ello se presenta como necesario una reforma total de la misma, que concluiría con un texto normativo completamente nuevo¹⁰². Dentro de este marco reformador, la atribución de la dirección de la fase de instrucción se configura como uno de los elementos nucleares, pero esta idea no encuentra un respaldo mayoritario¹⁰³.

La más reciente propuesta de reforma de la LECrim Apuesta por un modelo de instrucción en manos del ministerio público, en aras de asegurar la imparcialidad del juez, lo cual, en palabras del legislador “presenta una clara dimensión garantista”, adoptando la idea ya analizada del denominado “juez de garantías”, destinado a vigilar el devenir de las diligencias llevadas por el MF, hasta el punto que, solo el MF puede ser el conocedor directo de la *notitia criminis* dando comienzo a la investigación de la misma, puesto que en coherencia con lo anteriormente expuesto, el juez únicamente ostentará un rol de garantías y no implicarse en la persecución del hecho delictivo¹⁰⁴.

¹⁰¹ Íbidem. págs. 215-216.

¹⁰² Sobre esta idea, CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “Sobre la conveniencia de atribuir la dirección penal al Ministerio Fiscal”, op.cit., p. 187. En la misma línea GIMENO SENDRA. V., El Ministerio Fiscal, director de la instrucción, op.cit., pp. 23-24, califica de decimonónica nuestra legislación procesal, siendo que la misma no admite más remiendos que conducirían en un futuro a resultados contraproducentes. De igual manera, NOREÑA SALTO, J.R., “Instrucción por el Fiscal: razones en contra”, en Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI, Madrid, 1998, p.163, establece que, aunque nuestro sistema procesal resultó muy avanzado para su época, necesita una profunda reforma.

¹⁰³ En este sentido, MORALES PRATS, F., “La investigación penal: ¿Jueces o fiscales?”, en *Revista del Poder Judicial*, nº 92, 2011, p. 40, ya advierte que la propuesta legislativa ha sido respaldada por la casi totalidad del cuerpo Fiscal, mientras que en el ámbito judicial el apoyo no es mayoritario.

¹⁰⁴ Léase, Memoria del Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de enero de 2021, p. 27.

Así mismo, a diferencia de otros sistemas de instrucción en los que el MP ostenta el monopolio de la acción penal, en la propuesta de reforma, se articula la posibilidad del ejercicio de la misma por parte de la acusación popular, suponiendo esta, un contrapeso a concretas actuaciones controvertidas del MF¹⁰⁵.

En los siguientes epígrafes, y tras haber delimitado el marco conceptual de la fase de instrucción, así como su relevancia en el proceso penal, y la organización sistemática, orgánica y funcional del MF en nuestro ordenamiento jurídico, analizaremos todos aquellos aspectos tanto positivos como negativos que influyen en la decisión sobre la adopción o no, del sistema propuesto.

5.1. Modelo de fiscal instructor: ventajas por las que el legislador ha propuesto este sistema

Abordaremos en este punto, aquellos argumentos esgrimidos por los partidarios de instaurar una fase de instrucción en manos del MF, y que en definitiva son en los que se apoya el legislador para avalar y defender su propuesta.

En primer lugar, se afianzaría el sistema acusatorio, el cual, como se ha explicado anteriormente, supone la necesidad de escindir la actividad acusatoria de la decisoria, siendo que, de este modo, las funciones de los órganos judiciales se limitarían a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado¹⁰⁶. Si bien es cierto que el sistema actual cumple con los requisitos del principio acusatorio, no se puede negar que la atribución de la instrucción al MF fortalecería el mismo, habida cuenta que la acusación y la solicitud de apertura de juicio oral, se llevaría a cabo por el mismo órgano que ha recabado los elementos y pruebas para ello¹⁰⁷. Para MORENO CATENA, en el sistema actual, el juez ostenta poderes que sobrepasan las funciones que le vienen impuestas por mandato constitucional, dado que, siguiendo el tenor del artículo 117.3 y 4 CE¹⁰⁸, se desprende

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 27.

¹⁰⁶ DEL MORAL GARCIA, A., “El Ministerio fiscal en el proceso penal”, en ASECIO MELLADO, J.Mª. y FUENTES SORIANO, O., *Nuevos retos de la justicia penal*, op.cit., p. 216.

¹⁰⁷ MORALES BRAVO, J.M., *La reforma del proceso penal: pasado, presente y futuro del Ministerio Fiscal*, op.cit., pp. 326-327.

¹⁰⁸ Véase CE, art. 117,3 y 4: “3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan. 4. Los Juzgados

que su cometido es únicamente, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, funciones que se alejan de las llevadas a cabo por el mismo en la fase de instrucción, y que no permiten reconocer la figura natural del juez¹⁰⁹.

En conjunción con el argumento anterior, adoptar el sistema propuesto, otorgaría al juez una posición de imparcialidad plena que le permitiría llevar a cabo su genuina función de tutela de derechos fundamentales, dado que le correspondería aprobar aquellas medidas cautelares o diligencias que limiten derechos fundamentales, impidiendo que se vulneren los derechos del investigado¹¹⁰. En la actualidad, el juez de instrucción lleva a cabo dos funciones que se antojan casi incompatibles, investigar la posible comisión de los delitos y vigilar que sus propias decisiones cumplan la legalidad. Ésta doble función le conduce indubitadamente a destruir su imparcialidad, dado que no es posible que tome determinadas decisiones relativas a derechos fundamentales del investigado, como puede ser la prisión provisional, sin verse influenciado, es por ello, que resulta más adecuado que sea el MF quien dirija la investigación, decidiendo cuales son las diligencias apropiadas en aras de poder ejercer la acusación, y el juez, plenamente imparcial, ostentaría la función de control, verificando únicamente la adecuación legal de las diligencias solicitadas por el Ministerio Fiscal¹¹¹.

Del mismo modo, se arguye que, se agilizaría la fase de instrucción, dotándola por tanto de mayor eficacia y reduciendo así la carga de los Tribunales, todo ello, habida cuenta de la excesiva burocratización y la exhaustividad de las diligencias en virtud de su valor probatorio, así como la complejidad de instrucción de los delitos más complejos, a saber, la corrupción política o los delitos de terrorismo¹¹². Entrando en la exhaustividad de las diligencias, resulta que de ser el propio MF el encargado de ejercer la acusación,

y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”.

¹⁰⁹ MORENO CATENA, V., *Nuevos retos de la justicia penal*, op.cit., p. 202.

¹¹⁰ Léase Anteproyecto Ley Enjuiciamiento Criminal, p. 18.

¹¹¹ MORALES BRAVO, J.M., *La reforma del proceso penal: pasado, presente y futuro del Ministerio Fiscal*, op.cit, p. 330. Así mismo, léase, Memoria del Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, op.cit., p. 14, donde se establece como objetivo de la reforma procesal: extender al proceso penal en su totalidad la noción del juez imparcial, situado “supra partes”, en el genuino ejercicio, exclusivo y excluyente, del Poder Judicial”.

¹¹² GARCIA-PANASCO MORALES, G., *La reforma del proceso penal: hacia un verdadero modelo de Fiscal investigador*, tesis doctoral dirigida por OSORIO ACOSTA, E., y defendida en la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2016.

pondría fin a la misma en el momento que tuviese argumentos suficientes para llevar a cabo la acción penal, lo cual supone la simplificación de la instrucción, ya que en la actualidad, en juez de instrucción, no lleva a cabo la instrucción para sí mismo, sino que la realiza para que las partes puedan manifestar sus pretensiones, y ello hace que el juez actúe de forma minuciosa, ya que su objetivo en esta fase es el éxito de la instrucción, dilatando el proceso¹¹³. A mayor abundamiento, el juez de instrucción, tiene potestad para mantener abierta la instrucción siempre y cuando siga llevando a cabo diligencias pertinentes, sin mayor limitación que la petición de alguna de las partes en la que se inste al juez a que finalice el procedimiento, lo que hace que los límites establecidos en la LECrim para la fase de instrucción, queden vacíos de contenido¹¹⁴.

En último lugar, y no por ello menos importante, ahondaremos en el argumento más esgrimido por aquellos que abogan por este sistema de instrucción, y que viene fundamentado por la armonización con el derecho comparado, realzando la modernidad de las corrientes reformistas que rigen en los países que han adoptado esta figura¹¹⁵. Algunos de esos modelos de instrucción a los que hacen alusión los profiscalistas, se han abordado en el presente trabajo, y aunque podamos observar que no son muy coincidentes entre sí¹¹⁶, las particularidades de cada sistema, permite encontrar una nota común en todos ellos, un sistema equilibrado en el que cada una de las partes desarrolla sus potestades dentro de un marco funcional que permite una mayor efectividad¹¹⁷.

No podemos poner fin a este argumento de armonización, sin hacer alusión al Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. Esta institución, supone

¹¹³ MORALES BRAVO, J.M., La reforma del proceso penal: pasado, presente y futuro del Ministerio Fiscal, op.cit, p. 332.

¹¹⁴ MORENO CATENA, V., *Nuevos retos de la justicia penal*, op.cit., pp. 207-208.

¹¹⁵ En este sentido, NARVAEZ RODRIGUEZ, A., “La investigación penal por el Ministerio Fiscal: argumentos a favor”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI*, Madrid, 1998, p. 135, argumenta que este acercamiento a los sistemas europeos, resulta imprescindible para una integración plena de nuestro país a la Unión Europea.

¹¹⁶ Sobre esta idea, CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “Sobre la conveniencia de atribuir la dirección penal al Ministerio Fiscal”, op.cit., p. 190, se presenta especialmente crítico, denominando a tal argumento, “argumento incomparado”.

¹¹⁷ MORALES BRAVO, J.M., La reforma del proceso penal: pasado, presente y futuro del Ministerio Fiscal, op.cit, p. 310.

un nuevo mecanismo de cooperación entre los Estados Miembros, cuya finalidad se fija en investigar y llevar a juicio a todos aquellos que cometan hechos delictivos que vayan en contra de los intereses de la UE. Esta cooperación se concreta en la obligación de apoyo e información entre la Fiscalía Europea y las autoridades competentes en el ámbito nacional. El referido Reglamento, supone un argumento importante a favor del cambio de modelo de instrucción propuesto por el legislador. Si bien es cierto, el mismo no establece ninguna exigencia de reforma de nuestro sistema procesal, lo cierto es, que con su aprobación, se resaltó la necesidad de someter a nuestro sistema procesal a una reforma encaminada a la armonización del mismo con el resto de los sistemas procesales imperantes en los Estados de nuestro entorno¹¹⁸.

El problema viene determinado por la estructura orgánica de la Fiscalía Europea, la cual se ha configurado escindiendo la misma en dos marcos territoriales de actuación, teniendo de un lado, a nivel comunitario, el Fiscal General Europeo junto a un Fiscal Europeo por cada Estado Miembro, y de otro lado, a nivel estatal, los Fiscales Europeos Delegados, que son los encargados de llevar a cabo la instrucción en el Estado Miembro que resulte de su competencia aplicando el derecho interno de dicho Estado. En consecuencia, nos encontramos con la incompatibilidad de la actuación del Fiscal Delegado con nuestro sistema vigente de instrucción asignado al juez, circunstancia que crea una necesidad real de cambio en nuestro sistema¹¹⁹.

5.2. Desventajas de un fiscal instructor: garantía de imparcialidad del proceso

Vistos los argumentos que avalan el cambio de paradigma propuesto por el legislador, es necesario poner en contraposición a los mismos, aquellos que son esgrimidos por los detractores de dicho cambio.

Uno de los primeros motivos a los que se hace referencia, se enmarca dentro de la imposibilidad material de llevar a cabo tal cambio de competencias, en primer lugar, por escasez de medios, tanto materiales como personales, así como por la necesidad de un cambio total en la estructura penal, comenzando por el estatuto orgánico del MF y

¹¹⁸ Sobre esta idea, JAMARDO LORENZO, A., “Visión constitucional del fiscal instructor en el nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020”, en *Revista Jurídica de la Universidad de León*, nº 8, 2021, pp. 410-411

¹¹⁹ *Íbidem*. p. 412.

terminando por todo el sistema penal¹²⁰. Las enormes modificaciones legislativas que deberían llevarse a cabo para la implementación correcta de este modelo de instrucción, no están suficientemente justificadas por el cuestionado funcionamiento de la justicia en nuestro país¹²¹.

Así mismo, debido a la dependencia jerárquica a la que se encuentra sometido el organigrama del MF, atribuir la instrucción a dicho órgano, supondría un desequilibrio en los poderes del Estado, siendo por ello necesario, tal y como se acaba de mencionar, una modificación estructural que dote al Ministerio Fiscal de independencia respecto del Poder Ejecutivo¹²². MONTERO AROCA es claro en este punto, al establecer que “es inútil querer convencernos de que el fiscal, órgano dependiente del poder ejecutivo va a tirar piedras contra su propio tejado realizando *motu proprio* los actos de investigación que sean contrarios a los intereses que defiende”¹²³. No obstante, en sentido contrario, BASTERRECHE BENGOA, establece que, con este cambio de modelo de instrucción, los poderes de Jueces y Fiscales se verían redistribuidos, a la vez que el proceso gozaría de una mayor coherencia¹²⁴.

Íntimamente ligado al argumento anterior, se encuentra el referente a la imparcialidad del MF a la hora de llevar a cabo la instrucción. Anteriormente hemos llevado a cabo un análisis acerca de la función de la fase de instrucción, que en definitiva y bajo nuestro criterio, debe ser, establecer lo sucedido de manera objetiva, recabando tanto las pruebas de cargo como las de descargo. Esta función, debe llevarse a cabo por un órgano imparcial, y siendo el MF el encargado de ejercer la acusación, tal extremo, resulta cuanto menos cuestionable, dado que éste, podría orientar su investigación a

¹²⁰ En este sentido, la Memoria del Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, op.cit., p.98, ya contempla que: “el nuevo papel del Ministerio Fiscal en la investigación penal requiere una profunda revisión del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, al que se remite el artículo 124 de la Constitución, que adapte su organización a los nuevos cometidos que le atribuye la presente ley”.

¹²¹ DEL MORAL GARCIA, A., “El Ministerio Fiscal en el Proceso penal”, en ASECIO MELLADO, J.Mª. y FUENTES SORIANO, O., Nuevos retos de la justicia penal, op.cit., p.217.

¹²² *Íbidem.* p.218.

¹²³ MONTERO AROCA, J., “La investigación penal: ¿Jueces o fiscales?”, op.cit., p. 32. En este mismo sentido, y con la misma clareza, DIEZ PICAZO, L.Mª., “Siete tesis sobre la idea del fiscal investigador”, op.cit., p. 37, establece que “el principal riesgo, es más bien, que el Ministerio Fiscal otorgue, de manera más o menos encubierta, inmunidad a ciertas personas en determinados momentos”.

¹²⁴ BASTERRECHE BENGOA, T., “Jueces y fiscales ante la instrucción. Cuestiones constitucionales”, en Revista de Estudios Políticos, nº 160, 2013, p. 112.

preparar la acusación en vista del juicio oral, en lugar de buscar el esclarecimiento real de los hechos. Ésta circunstancia, podría verse paliada, si a las investigaciones llevadas a cabo por el MF no se les dotase de fuerza probatoria de cara al pronunciamiento de la sentencia¹²⁵. Sobre este asunto, DIAZ PICAZO, establece que “es imprescindible que el fiscal que tiene a su cargo la investigación criminal carezca de poderes exorbitantes, no debiendo ostentar facultades distintas de las que tiene un particular”¹²⁶.

En línea con lo anterior, se añade, que atribuir la instrucción al MF es un error, dado que ciertas diligencias que se llevan a cabo en dicha fase, son potestades del ejercicio jurisdiccional, y habida cuenta que el MF no se encuentra incardinado en tal institución, otorgarle dichas facultades, le convertiría al mismo tiempo en parte y juez, quebrando el principio “ne eat iudex ex officio”¹²⁷.

5.3. ¿Es constitucional la instrucción por parte del ministerio fiscal?

Hasta ahora, hemos visto algunos de los argumentos a favor y en contra de la atribución de la instrucción al MP, empero, todos ellos carecerían de sentido, si dicho cambio no se adecuase a las exigencias constitucionales, por ello, vamos a analizar si la referida propuesta encuentra encaje constitucional.

Huelga decir, que no encontramos ningún mandato constitucional por el que la fase de instrucción deba de ser encomendada al MF, no obstante, tampoco encontramos ninguna exigencia constitucional por la que la fase de instrucción deba de ser llevada a cabo por el Juez de instrucción. A tenor del ya mencionado art. 124 CE, el MF, se presenta como el promotor de la justicia y defensor de la legalidad, lo cual, claro está, no legitima de manera clara al mismo para dirigir la fase de instrucción, pero tampoco le deslegitima. Otros principios rectores del MF, como ya se ha estudiado en el presente trabajo, son los de unidad de actuación y dependencia jerárquica, íntimamente relacionados, en tanto aquel es consecuencia de este. Dicho esto, el sometimiento jerárquico de una institución, no conlleva *per se* la imparcialidad, lo que vulneraría los principios constitucionales, sino

¹²⁵ Léase, ARMENTA DEU, T., “La investigación penal: ¿Jueces o fiscales?”, op.cit., pP. 38-39.

¹²⁶ Léase, DIEZ PICAZO, L.M^a, “Siete tesis sobre la idea del fiscal investigador”, op.cit., pp. 32-33.

¹²⁷ Véase, GOMEZ COLOMER, J.L., “La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado”, en Revista Peruana de Derecho Procesal I, 1997, p. 354.

que fomenta la unificación de los criterios de actuación de los miembros de la institución, evitando así dispersiones interpretativas, resultando, por tanto, que ambos modelos de instrucción, encajarían en el marco constitucional¹²⁸.

Del mismo modo, de las garantías constitucionales plasmadas en el art. 24 CE, tampoco se infiere un determinado paradigma de instrucción, habida cuenta, que este artículo, más que establecer unas obligaciones positivas, viene a establecer unas obligaciones negativas, es decir, establece que límites no se pueden rebasar, por lo que se pueden respetar todas las exigencias constitucionales indistintamente de qué órgano ostente la dirección de la fase de instrucción, o del sistema que se utilice para la misma¹²⁹. En estos términos se pronunció el Tribunal Constitucional de forma indirecta en la sentencia ya analizada en este trabajo STC 145/1988, estableciendo que, en nuestro sistema procesal, el modelo de instrucción vigente, no es el único que ostenta encaje constitucional¹³⁰.

A la luz de todo lo anterior, podemos afirmar que no existe impedimento constitucional en que la fase de instrucción sea dirigida por el Ministerio Fiscal, sino que la decisión del modelo de instrucción a seguir, se trata de una decisión de sesgo político¹³¹.

¹²⁸ Sobre esta idea, JAMARDO LORENZO, A., “Visión constitucional del fiscal instructor en el nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020”, op.cit., p. 403.

¹²⁹ DIEZ PICAZO, L.M^a., “Siete tesis sobre la idea del fiscal investigador”, op.cit., pp. 30-31.

¹³⁰ Léase STC 145/1988, FJ. 5º: “Esta causa de abstención y recusación se encuadra en el sistema de procedimiento penal regulado por la LECrim, en la que para los casos de delito se preveían dos fases distintas: La sumarial, en la que un Juez lleva a cabo la instrucción, y la vista oral, en la que un Tribunal conoce y falla la causa. Naturalmente, no es éste el único sistema procesal que sería posible en nuestro marco constitucional, pero siendo el establecido en la actualidad, resulta claro que deben respetarse en él y en los demás vigentes, de acuerdo con sus peculiaridades, las garantías constitucionales que impone la Norma suprema”.

¹³¹ Véase, MONTERO AROCA, J., “La investigación penal: ¿Jueces o fiscales?”, op.cit., p. 28.

6. CONCLUSIONES

1.- La entrada en vigor de la CE en 1978, supuso un punto de inflexión en el sistema procesal español, el cual data de 1882. Hasta ese momento, la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se venía aplicando de manera errática, llegando al punto de no cumplirse lo en ella establecido. Dicho texto legislativo, fue perfilándose mediante el acervo jurisprudencial del TC, así como del TS, ajustándose de ese modo a las exigencias constitucionales, de forma y manera, que el proceso penal, respetase todos los derechos fundamentales de nuevo cuño, tales como la presunción de inocencia o el derecho a un proceso con todas las garantías o el derecho a un juez imparcial.

En ese marco de transformación, se consolidó el principio acusatorio, el cual exige que, ante la existencia de un hecho delictivo, la acción penal tiene que ser ejercida por un órgano diferente al juzgador, circunstancia que se antoja necesaria para garantizar la imparcialidad judicial, la cual no se conseguiría, si la función de acusar y de juzgar recayesen sobre el mismo órgano. Esto, dio lugar a la escisión del proceso en dos partes diferenciadas, a saber, la instrucción y el enjuiciamiento.

2.- No cabe duda de la relevancia de la fase de instrucción en el proceso penal, habida cuenta que su función, es, ante la existencia de un posible hecho delictivo, recabar todas las pruebas necesarias en aras de esclarecer lo realmente acontecido, y, en consecuencia, ejercer la acción penal o sobreseer la causa. Huelga decir que, durante esta fase, se pueden llevar a cabo diligencias limitativas de derechos fundamentales, de ahí, que esta fase debe de contar con todos los mecanismos que garanticen los derechos del imputado.

3.- Sin perjuicio de aquellos casos, ya analizados, en los que el MF ejerce funciones de dirección de la instrucción, lo cierto es que, nuestro ordenamiento jurídico, ha optado por un modelo en el que la dirección de la instrucción de las causas penales quede en manos del juez de instrucción.

4.- El actual modelo de instrucción, quiere ser reformado por el legislador, atribuyendo la dirección del mismo al Ministerio Fiscal. El MF, que se presenta como un órgano de relevancia constitucional, cuya función es promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, debe regir su actuación por los principios de legalidad, imparcialidad y unidad de actuación. Estos principios se antojan claves a la hora de

determinar si es posible o no, el cambio de competencias planteado por el legislador. No obstante, desde hace tiempo, parece que se va allanando el camino para la entrada en nuestro ordenamiento jurídico de la figura del Fiscal Instructor, y esto se desprende de las potestades que se le ha ido atribuyendo al mismo, en relación con la fase de instrucción, llegando a ser el verdadero protagonista de la misma en el proceso penal de menores.

5.- Este modelo de instrucción propuesto por el legislador, no es nuevo en nuestro entorno, dado que son numerosos los países de la Unión Europea que ya lo tienen implementado en sus respectivos sistemas procesales, si bien cada uno con sus matices tanto en el ámbito funcional como en el orgánico, pero todos con una máxima común, el fiscal director de la instrucción. Entre los Estados que tienen este sistema instaurado, Alemania se presenta como el modelo a seguir por el legislador español, en tanto es el país que ostenta mayores similitudes con el nuestro. En este sentido, la creación de la Fiscalía Europea, y su acervo normativo, ha aumentado la necesidad de armonización de los sistemas procesales europeos, impulsando a nuestro legislador a definir un nuevo modelo de instrucción que se cohesione funcional y orgánicamente, con los preponderantes en el ámbito europeo.

6.- En el Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal, el legislador apuesta por un modelo de instrucción en manos del Ministerio Fiscal, transformando al juez de instrucción en el denominado “juez de garantías”, el cual tendría como función, supervisar las diligencias practicadas por el fiscal, y autorizar o denegar aquellas diligencias limitativas de derechos fundamentales que fuesen planteadas por el Ministerio Fiscal, atendiendo a la legalidad y oportunidad de las mismas.

Este cambio en el paradigma de instrucción penal, no encuentra un respaldo completo entre los distintos operadores jurídicos, siendo que, sobre el mismo, planean tantas luces como sombras. Aquellos que se postulan a favor del cambio, esgrimen argumentos de diversa índole, entre ellos, que de esta manera se consolidaría plenamente el sistema acusatorio, eliminando los tintes inquisitoriales que aún perviven en el modelo de instrucción actual, otorgando de esta manera al juez, un estado de imparcialidad total, amén de que se centraría en sus genuinas funciones, que no son otras que juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Del mismo modo, aseguran, que se agilizaría la fase de instrucción, descongestionando los tribunales, ya que se evitarían la duplicidad de diligencias y la

excesiva exhaustividad en la investigación llevada a cabo por el juez de instrucción, ya que el fiscal, concluiría la misma, en el momento en el que dispusiese de las pruebas necesarias para ejercer la acusación, evitando así dilaciones en el procedimiento. Por el contrario, aquellos que se pronuncian en contra de la reforma, argumentan entre otras, que el Ministerio Fiscal, al ser parte del proceso y ser dependiente jerárquicamente del poder legislativo, no va a poder garantizar la imparcialidad que debe de regir en la fase de instrucción.

7.- En relación con las garantías establecidas en nuestra carta magna, ambos modelos pueden encajar perfectamente en el marco constitucional, si bien es cierto, el modelo que otorga al MF la dirección de la fase de instrucción, requeriría una profunda reforma en distintos textos legales, en particular, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Para finalizar, baste añadir que, Bajo nuestro punto de vista, la atribución al Ministerio Fiscal la dirección de la fase de instrucción, no carece de sentido, e incluso podría resultar conveniente, siempre y cuando la actuación del mismo se encuentre estrechamente controlada por el “juez de garantías”. Este control, podría articularse de dos maneras, la primera de oficio, lo cual se antoja como excesivamente oneroso, y la segunda, a petición de parte, donde serían las partes quien, ante una posible vulneración de derechos o improcedencia de ciertas diligencias, podría poner en conocimiento tal circunstancia al juez, para que fiscalizase las mismas, dictando lo consecuente. Así mismo, resultaría necesario establecer un sistema por el que la parte acusada pueda proponer que se llevan a cabo ciertas diligencias de investigación que considere beneficiosas para sus intereses, de suerte que, éste las solicitase al Juez de garantías, y tras las comprobaciones pertinentes de legalidad y oportunidad, de ser aceptadas, fuesen practicadas por el Ministerio Fiscal. De esta forma, se vería fortalecido el principio de igualdad de armas, y por ende, se estaría ante un procedimiento dotado de todas las garantías, tal y como constitucionalmente se exige.

7. DOCUMENTOS CITADOS

7.1. Bibliografía

ARMENTA DEU, T., “El Fiscal Instructor ¿es necesario?” en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 16, 2002.

ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Ed. Marcial Pons, ed. 2ª, Madrid, 2004.

ASENCIO MELLADO, J.M. y FUENTES SORIANO, O., *Derecho Procesal Penal*. Ed. Tirant lo Blanch, ed. 2ª, Valencia, 2020.

ASENCIO MELLADO, J.Mª. y FUENTES SORIANO, O., *Introducción Al Derecho Procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, ed. 1ª, Valencia, 2019.

ASENCIO MELLADO, J.Mª. y FUENTES SORIANO, O., *Nuevos retos de la justicia penal*, Ed. Wolters Kluwer España, S.A., Madrid, 2008.

ASENCIO MELLADO, J.Mª., *Derecho Procesal Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, ed. 2ª, Valencia 2003.

ASENCIO MELLADO, J.Mª., *El Proceso Por Aceptación De Decreto*. Ed. Tirant lo Blanch, ed. 1ª, Valencia, 2016.

BASTERRECHE BENGEOA, T., “Jueces y fiscales ante la instrucción. Cuestiones constitucionales”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 160, 2013.

BELLIDO PENADÉS, R., *Derecho De Defensa Y Principio Acusatorio En El Juicio Por Faltas: Evolución Jurisprudencial Y Análisis Crítico*. Ed. Dykinson, Madrid, 2013.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “Sobre la conveniencia de atribuir la dirección penal al Ministerio Fiscal” en *Sobre la reforma de la Justicia penal*, *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 14, 2008.

CASTAÑON ÁLVAREZ, Mª.J., ECHARRI CASI, F. y ETXEARRIA ZARRABEITIA, X., *Práctica Procesal Penal; Deontología Profesional Del Abogado*, Ed. Dykinson, Madrid, 2019.

COMPTE MASSACH, T., “Profundizando en el modelo constitucional del Ministerio Fiscal”, en *Jueces para la democracia*, nº 23, 1994. disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2552609> visitado última vez el 30 de abril de 2022.

CRESPO BARQUERO, P., “La igualdad de armas y la asimetría acusación defensa en un proceso penal basado en la presunción de inocencia (Referencia al anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y la propuesto de Código Procesal Penal de 2013)”, en *Revista Teoría & Derecho*, nº 16, 2014.

CUESTA ARZAMENDI, J.L. y CORDERO BLANCO, I., *Menores infractores y Sistema Penal*. Instituto Vasco de criminología, San Sebastián, 2010.

DE OÑA NAVARRO, J.M., “Investigación e instrucción en el Proceso Penal. La posición del Fiscal”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI*, 2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001.

DEL MORAL GARCIA, A., “Ministerio Fiscal y reforma de la justicia”, En *Revista Jueces para la democracia*, nº 43, 2002, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=232230>, (visitado última vez el 14 de abril de 2022)

DÍEZ PICAZO, L.M., *El Poder De Acusar: Ministerio Fiscal Y Constitucionalismo*; Ed. Ariel, Barcelona, 2000.

DIEZ PICAZO, L.M^a., “Siete tesis sobre la idea del fiscal investigador”, en *Revista Teoria & Derecho*, nº1, 2007.

FERNANDEZ OLMO, I., “La instrucción en el procedimiento de menores por el Ministerio Fiscal”, 2007, Disponible en: <https://www.icamalaga.es/portalMalaga/archivos/ficheros/1254394349963.pdf>, visitado última vez el 17 de abril de 2022.

GARCIA-PANASCO MORALES, G., *La reforma del proceso penal: hacia un verdadero modelo de Fiscal investigador*, tesis doctoral dirigida por OSORIO ACOSTA, E., y defendida en la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2016.

GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estado De Derecho Y Ley Penal*. Ed. La Ley, ed. 1ª, Las Rozas, Madrid, 2009.

GIMENO SENDRA, V., DÍAZ MARTÍNEZ, M. y CALAZA LÓPEZ, S., *Derecho Procesal Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Manuales, ed. 1ª, Valencia, 2021.

GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Ediciones jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015.

GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ed. Colex, ed. 4ª, Madrid, 2014.

GIMENO SENDRA, V., *El Ministerio Fiscal, director de la instrucción*. Ed. Iustel, Monografías, Madrid. 2006.

GOMES FERREIRA, J.: “El Ministerio Público Portugués”, en Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI, Madrid, 2001.

GOMEZ COLOMER, J.L., “La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado”, en *Revista Peruana de Derecho Procesal* I, 1997. Disponible en: <https://teoriayderecho.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/issue/view/28>

GÓMEZ COLOMER, J.S. y BARONA VILAR, S., *Introducción Al Derecho Procesal: Derecho Procesal I*, Ed. Tirant lo Blanch, Manuales, ed. 1ª Valencia, 2021.

GUIBERT OVEJERO BECERRA, S., *El Ministerio Fiscal En El Siglo XXI*, Ed. Tirant lo Blanch, ed. 1ª, Valencia, 2017.

JAEN VALLEJO, M. y PERRINO PÉREZ A.L., *La Reforma Procesal Penal De 2015*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015.

JAMARDO LORENZO, A., “Visión constitucional del fiscal instructor en el nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020”, en *Revista Jurídica de la Universidad de León*, nº 8, 2021.

Memoria del Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de enero de 2021, disponible en:

<https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/210126%20MAIN%20LECRIM%202020%20INFORMACION%20PUBLICA.pdf>

MONTERO AROCA, J., “El principio acusatorio entendido como eslogan político”, en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 66-87, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.4>. (Visitado última vez el 2 de abril de 2022)

MONTERO AROCA, J., “La investigación penal: ¿Jueces o fiscales?”, en *Revista del Poder Judicial*, nº 92, 2011.

MONTERO AROCA, J., GOMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S., ESPARZA LEIBAR, I. y ETXEBERRIA GURIDI, J.F., *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, ed. 25ª, Valencia, 2017.

MONTERO AROCA, J., GOMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S., ESPARZA LEIBAR, I. y ETXEBERRIA GURIDI, J.F., *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, ed. 28ª, Valencia, 2018.

MONTORO SÁNCHEZ, J. A. y SÁNCHEZ GÓMEZ, R., *Manual De Derecho Procesal Penal Para Guardias Civiles*, Ed. Dykinson, Madrid, 2021.

MORALES BRAVO, J.M., *La reforma del proceso penal: pasado, presente y futuro del Ministerio Fiscal*, tesis doctoral dirigida por GUTIERREZ BARRENENGOA, A. y defendida en la Universidad de Deusto, 2021, pp. 274-275.

MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, ed. 6ª, Valencia, 2012.

MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho Procesal Penal*. Ed. Tirant lo Blanch, Manuales, ed. 7ª, Valencia, 2015.

MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Introducción Al Derecho Procesal*. Ed. Tirant lo Blanch, Manuales, ed. 9ª, Valencia, 2017.

MORENO CATENA, V., RUIZ LÓPEZ, C. y LÓPEZ JIMÉNEZ, R., *Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal. Reflexiones Sobre El Nuevo Proceso Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Reformas, Valencia, 2015.

NARVAEZ RODRIGUEZ, A., “La investigación penal por el Ministerio Fiscal: argumentos a favor”, en Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI, Madrid, 1998.

NOREÑA SALTO, J.R., “Instrucción por el Fiscal: razones en contra”, en Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI, Madrid, 1998.

PACHECO CARVE, L., “El Ministerio Público francés” en Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI, Madrid, 2001.

RITTER, A., “El Ministerio Fiscal Alemán”, en Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI, Madrid, 2001.

VILLEGAS FERNÁNDEZ, J.M., *Fiscal Investigador Contra Juez Instructor: (La Lógica De La Investigación Criminal)*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012.

7.2. Jurisprudencia

Sentencia Tribunal Constitucional 31/1981, de 28 de julio, publicada en el BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1981.

Sentencia Tribunal Constitucional 145/1998, de 12 de julio, publicada en el BOE núm. 189, de 8 de agosto de 1998.

Sentencia Tribunal Constitucional 174/2003 de 29 de septiembre, publicada en el BOE núm. 254 de 23 de octubre de 2003.

7.3. Legislación

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *Ministerio de Gracia y Justicia*, núm. 260 de 17 de septiembre de 1882.

Constitución italiana de 21 de diciembre de 1947.

Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948.

Código Procesal Penal Alemán de 12 de septiembre de 1950.

Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

Constitución de Portugal de 2 abril de 1976.

Constitución Española, publicada en el BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

Código Procesal Penal Portugués de 1987.

Código Procesal Penal Italiano de 1998.

Reglamento (UE) 2017/1939 DEL CONSEJO de 12 de octubre de 2017.

Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal de enero de 2021.