



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

Hacia un nuevo papel del Ministerio Fiscal en la
investigación penal

Towards a new role of the District Attorney in
criminal investigation

Autora

Claudia Domínguez Gajate

Director/es

María Rosa Gutiérrez Sanz

Facultad de Derecho
2017



Hacia un Nuevo papel del Ministerio Fiscal en la investigación penal

ÍNDICE

I.	Introducción	3
II.	Algunos aspectos de la instrucción penal actual en los que interviene el Ministerio Fiscal: el proceso juvenil y el proceso penal de adultos	6
	1. La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso penal	6
	2. La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso penal juvenil	8
III.	La función instructora del Ministerio Fiscal en España y en otros ordenamientos jurídicos	11
	1. Problemas entorno a la figura del Ministerio Fiscal en España	11
	2. Análisis de la función instructora del fiscal en algunos países:	12
	1.1. Alemania	12
	1.2. Italia	16
	1.3. Reino Unido	18
	1.4. EEUU	20
IV.	La fallida reforma de la LECr y la figura del Ministerio Fiscal en la investigación penal	23
	1. El Ministerio Fiscal como investigador en nuestro proceso penal: beneficios y peligros..	26
	2. Elementos de control del fiscal investigador en España. La razón de la creación de un tribunal de garantías	28
V.	Conclusiones	30
VI.	Bibliografía	32



Hacia un nuevo papel del Ministerio Fiscal en la investigación penal

ABREVIATURAS

BCPP	Borrador del Código Procesal Penal
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
CPI	Código Penal Internacional
CPP	Código Procesal Penal
DDFF	Derechos Fundamentales
DPP	Director of Public Prosecutors
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
G.I.P	Juez de Garantías Italiano
LECr	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LORPM	Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor
LPPA	Ley Procesal Penal Alemana
MF	Ministerio Fiscal
CPS	The Crown Prosecution Service
TEDH	Tribunal Europeo de los Derechos Humanos
The Code	Code for Crown Prosecutors
TS	Tribunal Supremo



Hacia un nuevo papel del Ministerio Fiscal en la investigación penal

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo vamos a abordar de una forma descriptiva pero también crítica, el papel que el Ministerio Fiscal (de aquí en adelante MF) desempeña en el seno de la investigación penal, tanto en el panorama actual, como en una futura reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (de aquí en adelante LECr).

El MF tiene una posición constitucional regulada en el artículo 124 Constitución Española (de aquí en adelante CE). Además, en nuestra CE se hacen otras referencias a dicha figura: en el artículo 127 CE¹, donde impone tanto a los jueces como a los fiscales un régimen de incompatibilidad con otros cargos públicos, así como su afiliación a partidos políticos; en el artículo 162 CE² al referirse a la legitimación activa del MF en el recurso de amparo. Por ello, el MF es objeto de una garantía institucional³, es decir, la figura del MF es protegida constitucionalmente y debe garantizarse. Actualmente, el MF es una figura cuya misión es 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. Además tiene que velar por la independencia de los Tribunales y satisfacer el interés social.

El MF es una figura con personalidad jurídica propia, integrado autónomamente en el Poder Judicial, y ejerce su misión conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y siempre estará sujeto a los principios de legalidad e imparcialidad.

En lo que se refiere al principio de legalidad⁴, actuará siempre sujeto a la CE, a las leyes y demás normas que integren el ordenamiento jurídico vigente.

¹ Artículo 127 CE “**I.** Los Jueces y Magistrados así como los Fiscales, mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos. La ley establecerá el sistema y modalidades de asociación profesional de los Jueces, Magistrados y Fiscales.”

² Artículo 162 CE “**I.** Están legitimados: **b)** Para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.”

³ DIEZ - PICAZO, L.M., *El Poder de acusar*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 159

⁴ En segundo lugar, los principios de legalidad e imparcialidad, se encuentran regulados en el Capítulo III del Título Primero

Respecto del principio de imparcialidad, actuará con objetividad plena e independencia en la defensa de los intereses que le son encomendados, ya que siempre busca la satisfacción de los intereses sociales.

En aras de los principios de unidad y de dependencia jerárquica⁵, el MF será único para todo el Estado, sin dejar al margen que dentro del MF hay una estructura en la que dependen jerárquicamente unos de otros.

En la cúspide nos encontraremos la figura del Fiscal General del Estado sobre el que recae la jefatura superior de dicho Ministerio. Dicha figura podrá delegar en sus inferiores, los Fiscales de Sala, las funciones que considere convenientes, debiendo estos últimos obedecer a su superior jerárquico en todo momento. Asimismo, aparecen también los Fiscales Generales de las Comunidades Autónomas (de aquí en adelante CCAA), los cuáles dirigirán su fiscalía y actuarán en la CCAA que les corresponda, obedeciendo a su superior jerárquico. Del mismo modo, dentro de cada órgano habrá un Fiscal Jefe que ejercerá sus funciones bajo la dependencia de sus superiores jerárquicos, así como del Fiscal General del Estado. También, aparece la figura Teniente Fiscal, que asumirá las funciones que le delegue el Fiscal Jefe y lo sustituirá en los casos estrictamente necesarios. Los Fiscales Jefes de las Fiscalías Provinciales estarán jerárquicamente subordinados al Fiscal Superior de la CCAA. En un escalón inferior estarán los Fiscales Jefes de las Fiscalías de Área, los cuales se encuentran a las órdenes de los Fiscales Jefes de las Fiscalías Provinciales. Finalmente estarán subordinados a las instrucciones del Fiscal Jefe Provincial y en su caso al Fiscal superior de la CCAA, los Fiscales Decanos.

MOTIVO DE ELECCIÓN DEL TEMA

El motivo de elección de este tema es el interés que viene despertando en la doctrina la atribución, en mayor o menor medida de la dirección de la investigación criminal al MF. Son muchos los argumentos que se desgranar tanto a favor como en contra de otorgar esta competencia a un órgano sobre el que, desde siempre, ha existido una serie de reticencias sobre su independencia. La propuesta de reforma de la LECr que nunca llegó a consolidarse realizaba un novedoso planteamiento que supone un acercamiento a la práctica de otros países y que merece, nuestra dedicación.

⁵ Capítulo II del Título II del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (en adelante EOMF)

Aunque somos conscientes de que la actualidad no es un criterio para seleccionar un tema sobre el que realizar un trabajo académico, sí que es cierto que el papel del MF y su independencia, está siendo muy cuestionada debido a algunos casos mediáticos en los que se ha puesto en duda la oportunidad de atribuir al MF la competencia de instruir determinadas causas.

Efectivamente existe un temor a la falta de independencia del MF y tal temor ha podido influir en que ninguno de los proyectos de reforma de la LECr (2011 y 2013) en los que se atribuía al MF la dirección de la instrucción, hayan llegado a consolidarse. En nuestro entorno y también en EEUU, el Fiscal Investigador ha sido la opción recogida y es que responde a una concepción más actual de lo que es la investigación criminal realizada por la Policía Judicial y supervisada por el MF.

METODOLOGÍA

Partiendo de una exposición de la figura del MF y su papel en el proceso penal actual, hemos realizado un recorrido por su papel en otros ordenamientos, ya que ello nos ha permitido comparar las distintas concepciones y el diverso papel que se le otorga en el proceso penal en otros países, así como los métodos de control que se aplican.

Estudiamos también la fallida reforma de la LECr y expusimos una serie de argumentos a favor y en contra de atribuir al MF la dirección de la instrucción en nuestro país.

Para el desarrollo del trabajo hemos realizado una selección de fuentes documentales y de aquellas bases de datos que nos proporcionarán la información necesaria.

En lo referente a las fuentes documentales, tanto las monografías, como los artículos de revistas especializadas, serán citados a pie de página a lo largo del trabajo, así como detallados en la bibliografía final.



Hacia un nuevo papel del Ministerio Fiscal en la investigación penal

II. ALGUNOS ASPECTOS DE LA INSTRUCCIÓN PENAL ACTUAL EN LOS QUE INTERVIENE EL MINISTERIO FISCAL: EL PROCESO JUVENIL Y EL PROCESO PENAL DE ADULTOS

1. La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso penal

Como hemos venido poniendo de relieve, el MF promueve la acción de la justicia en defensa de la legalidad. Precisamente para desarrollar esta misión interviene en el proceso penal, pero esa intervención no se centra precisamente en la fase sumarial.

La intervención en la fase de instrucción del MF en el procedimiento ordinario es escasa. Durante el sumario, el MF puede instar al Juez Instructor para que éste acuerde la práctica de una serie de diligencias, en concreto las previstas en los artículos 283, 284 y 287 a 290 de la LECr. Hay que destacar que mientras que el resto de las partes no van a tener acceso a las diligencias que se vayan realizando y a su resultado, el fiscal si será informado, ya que lo que se pretende es que el MF pueda en todo momento salvaguardar los derechos del investigado. En este sentido encontramos la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2008 en la que se dice que “Desde la dimensión del Fiscal como inspector de las causas, el ordenamiento regula la titularidad, el ejercicio de la acción penal y el desempeño de la función instructora realzando su relevancia constitucional, en tanto afecta de modo directo a las relaciones entre el Estado y los ciudadanos y en cuanto supone una distribución de facultades orientada a la instauración de un sistema de control del poder dentro del aparato estatal: así, si el Juez es investido de la potestad de instruir, al Fiscal le corresponde, además de la promoción de la acción penal, la inspección de esa instrucción y el control de legalidad de la misma”.

En la llamada fase intermedia, concluida por tanto la instrucción de la causa, el MF adopta la función de mantenimiento o no de la acción penal, de tal forma que en este punto valorará si las diligencias practicadas en la fase sumarial son de tal entidad que debe o no abrirse el juicio oral.

Es en el procedimiento abreviado, concretamente en el artículo 773 de la LECr en sus dos apartados, donde encontramos la atribución al MF por parte del legislador de funciones instructoras.

Precisamente, una de las novedades más relevantes que presentaba el Anteproyecto de la Ley Orgánica 7/1988, era aumentar las funciones de los miembros del MF, configurándolo como un instructor paralelo, pero con ciertos límites, como la prohibición de que esta nueva figura decretara la prisión o libertad provisional⁶.

En lo referido a las funciones establecidas en el artículo 773.1 LECr, podemos observar la existencia de ocho competencias atribuidas al MF⁷.

- En cuanto a la primera de estas atribuciones, encontramos una función genuina como es la de conformar las actuaciones necesarias para el ejercicio de las acciones penal y civil.
- Asimismo, se preocupa del cumplimiento y respeto de los derechos y otras garantías procesales del imputado.
- También, tiene conferida la competencia de velar por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito.
- Especialmente se encarga de impulsar y simplificar la tramitación procesal, ahora bien, sin que este impulso pueda suponer una merma del derecho de defensa de las partes, o del carácter contradictorio del proceso penal.
- En aras a garantizar el cumplimiento de las funciones del MF, éste, puede dar las instrucciones generales o particulares que estime pertinentes a la Policía Judicial.
- Del mismo modo, asume la función de aportación de los medios de prueba de que dispone, o solicitar del Juez la práctica de los mismos.
- Para garantizar la investigación de la persona del imputado, podrá solicitar medidas cautelares destinadas a asegurar la presencia física del mismo, así como sus bienes, o solicitar el levantamiento de las ya acordadas.
- Finalmente, instará la conclusión de la investigación tan pronto como estime que se han practicado las actuaciones necesarias para resolver sobre el ejercicio de la acción penal.

En lo referente a la segunda de las funciones del MF, las diligencias informativas del MF o la llamada investigación preliminar⁸, acudiremos al artículo 773.2 LECr⁹.

⁶ MUERZA ESPARZA, J.J., *El Proceso Penal Abreviado*, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 43

⁷ MUERZA ESPARZA, J.J., *El Proceso... op. cit.*, p. 44

En este sentido, cuando el MF tenga noticia de que se ha producido un ilícito penal, puede practicar todos los actos de investigación que considere relevantes para determinar quién o quiénes son los responsables del hecho delictivo, así como la comprobación del mismo. Para ello, deberá tener en cuenta las limitaciones recogidas en el artículo 5.2 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (de aquí en adelante, EOMF)¹⁰.

2. La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso penal juvenil

En lo que se refiere a la intervención del MF en el proceso penal juvenil, tenemos que acudir a la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (de aquí en adelante LORPM), que en su artículo 6 determina: “*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.*”

Asimismo, la cuestión fundamental de la intervención del MF en el proceso penal de menores, se recoge en el artículo 23 de la misma ley, prevé que “*I. 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.*”

⁸ GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, Civitas, Pamplona, 2015, p. 963

⁹ Art 773.2 LECr “*Cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado, informará a la víctima de los derechos recogidos en la legislación vigente; efectuará la evaluación y resolución provisionales de las necesidades de la víctima de conformidad con lo dispuesto en la legislación vigente y practicará él mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo. El Fiscal decretará el archivo de las actuaciones cuando el hecho no revista los caracteres de delito, comunicándolo con expresión de esta circunstancia a quien hubiere alegado ser perjudicado u ofendido, a fin de que pueda reiterar su denuncia ante el Juez de Instrucción. En otro caso instará del Juez de Instrucción la incoación del procedimiento que corresponda con remisión de lo actuado, poniendo a su disposición al detenido, si lo hubiere, y los efectos del delito. El Ministerio Fiscal podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en la ley para la citación judicial, a fin de recibirle declaración, en la cual se observarán las mismas garantías señaladas en esta Ley para la prestada ante el Juez o Tribunal. Cesará el Fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos.*”

¹⁰ Que no suponga restricción de los derechos fundamentales; No adopten medidas cautelares

De ambos preceptos, podemos extraer la conclusión de que la Ley Penal del Menor, ha rediseñado los papeles del MF y del Juez, encargando al MF la dirección de la instrucción. Este texto legal puede que sea un avance de lo que en un futuro podría ser una reforma completa de la LECr.

Según la LORPM, al MF le corresponde acordar la práctica de las diligencias instructoras dirigidas a investigar el hecho punible y la participación en él del menor, es decir, le corresponde preparar el juicio oral o proponer al Juez el sobreseimiento. Por tanto, el MF asume el ejercicio de dos atribuciones importantes: convertirse en instructor del procedimiento, debido a que la función jurisdiccional debe quedar constreñida a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; asumir la función de parte acusadora en el juicio oral, ejercitando el *ius puniendi* como defensor del interés social¹¹.

Desde el punto de vista de la legalidad, la atribución al MF, de la función de investigación en el proceso penal dota al proceso de una mayor coherencia interna y refuerza el principio acusatorio, es decir, que si la función principal de la fase instructora consiste en la realización de todas aquellas actividades tendentes a preparar la acusación y dicho papel ha de ser asumido por el MF, parece razonable que sea este órgano imparcial quien lleve a cabo el propósito de recopilar el material probatorio en el que fundamentar dicha pretensión¹².

El MF desempeña otro papel esencial dentro de este tipo de procesos, y es el de asumir los fines procesales penales de reinserción del imputado y protección de la víctima, con la finalidad de ser un “mediador”, a fin de obtener una pronta solución. Para que tal función sea efectiva, el MF tiene que estar interesado desde el inicio de la instrucción en conocer al menor en todos sus aspectos, así como los daños que ha ocasionado en el terreno moral y patrimonial del perjudicado, con la intención de proponer a la partes y al Juez cuál será la sanción adecuada al caso concreto.

Hay que destacar que esta medida también contribuye a agilizar la tramitación de la fase de investigación penal. Si asignamos al MF las facultades de dirección y coordinación de la Policía Judicial, unificaremos en un mismo órgano la instrucción y el ejercicio de la pretensión acusatoria evitando la práctica de actuaciones irrelevantes.

La distribución de competencias que lleva a cabo la LO 5/2000, que otorga al MF la investigación, y al Juez de Menores la función de garantizar y proteger los derechos fundamentales (de aquí en adelante DDF) de las partes, además de asegurar la imparcialidad del Juzgador, pretende evitar el peligro de convertir los actos de investigación en actos de prueba.

¹¹GIMENO SENDRA, V., *El Ministerio Fiscal – Director de la Instrucción*, Iustel, Madrid, 2006, p. 52

¹²GIMENO SENDRA, V., *El Ministerio Fiscal – Director...op. cit.*, p. 55

Finalmente, otro beneficio que tiene la atribución al MF de la instrucción, reside en la cooperación y colaboración de las fiscalías de otras provincias cuando se trate de delitos complejos que requieren la práctica de pruebas o investigación en otros territorios. En estos casos, el principio de jerarquía y el hecho de considerar al MF como una unidad, facilita la colaboración e implicación de otros sujetos que se encuentran en lugares diferentes y logran una mayor eficiencia¹³.

Con el propósito de fijar la organización del MF, se ha modificado la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el EOMF, reforma que ha tenido lugar por la Ley 12/2000 de 28 de diciembre, en cuya Exposición de Motivos justifica la doble condición que se le atribuye al MF en este procedimiento: por un lado, como institución, que en virtud de la CE, tiene encomendada la función de 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; por otro lado, como institución a la que se le encomienda la iniciativa procesal, concediéndole facultades para acordar el fin del proceso.

Con esta nueva redacción del artículo 3 apartado 5 del EOMF, se pretende que el MF instruya directamente el procedimiento en el ámbito de lo dispuesto en la LORPM, ordenando a la Policía Judicial aquellas diligencias que estime oportunas.

La LORPM siguiendo los pasos de los textos internacionales sobre dicha materia, ha querido que la tramitación de los expedientes de menores se realice de forma expedita y sin dilaciones indebidas, por ello, ha encomendado al MF la misión de impulsar el procedimiento, con una simple tramitación, que da lugar a la desaparición de trámites y diligencias innecesarias a los fines del proceso, y evitar la práctica de la reiteración de diligencias ya practicadas. Por lo tanto, como consecuencia, el objeto de la instrucción del proceso penal de los menores debe reducirse a la práctica de aquellas diligencias que sin ser reproducción de diligencias policiales, el Fiscal estime imprescindibles para una formulación bien fundada en el escrito de alegaciones.

¹³GIMENO SENDRA, V., *El Ministerio Fiscal – Director... op. cit.*, p. 56



Hacia un nuevo papel del Ministerio Fiscal en la investigación penal

III. LA FUNCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN ESPAÑA Y EN OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

1. Problemas en torno a la figura del Ministerio Fiscal en España

Uno de los aspectos más problemáticos de esta institución es la relación existente entre el MF y el Gobierno. La doctrina viene manteniendo diferentes posiciones acerca de esta cuestión, pero resulta innegable, que el hecho de que el nombramiento del Fiscal General del Estado proceda del Gobierno da lugar a no pocas suspicacias que afectan directamente al principio de imparcialidad.

Pero los problemas en torno a esta figura residen también en la configuración de su régimen jurídico¹⁴:

a) En primer lugar, el diseño organizativo del MF radica en el principio de unidad y jerarquía. En el principio de unidad, el principal problema viene dado por querer crear los “MF autonómicos”, los cuales no se puede llevar a cabo, ya que los miembros del MF tienen la finalidad de que dicha institución actúe conforme a unos criterios uniformes en todo el territorio nacional, y no de diversas formas en cada CCAA. En el principio de jerarquía, aunque se reconozca cierta cercanía entre la fiscalía y la judicatura, la previsión constitucional de “ejerce sus funciones por medio de órganos propios” significa que es una institución orgánicamente diferente de la judicatura.

b) El rasgo que más destaca desde la perspectiva constitucional, es la falta de exactitud de las funciones del MF. El precepto 124 CE permite atribuir al MF cometidos de un genuino *amicus curiae*¹⁵.

c) No hay que dejar al margen la función de acusador público, porque es complicado psicológicamente complementarse con la figura del defensor imparcial de la legalidad y de los derechos.

¹⁴ DÍEZ - PICAZO, L.M., *El Poder... op. cit.*, p. 152, 157 a 160, 163 a 167

¹⁵ *Amicus curiae*, es un informe escrito que puede ser presentado por una persona natural o jurídica que, a pesar de no tener un interés directo en el caso, interviene en él para defender un interés de trascendencia general, como cuando está en juego la defensa de los derechos fundamentales. De este modo, el sistema judicial permite que aquellos que no son parte de un proceso aporten al juez argumentos en lo que poseen una reconocida experiencia o conocimiento.

d) Otro rasgo característico constitucionalmente, es la inadecuación entre los fines proclamados y los medios propuestos, es decir, si lo que se pretendía era dar vitalidad a una institución que estaba destinada a defender la legalidad y los derechos, lo más conveniente habría sido ponerla en situación de actuar independientemente, y para ello es necesario una desvinculación total del Poder Ejecutivo. Así pues, con vista en el artículo 124 CE, no cabe esperar, que el MF actúe al margen de la orientación política general del Gobierno que esté en ese momento.

e) Finalmente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 124.2 CE¹⁶ las actuaciones llevadas a cabo por el MF han de estar en todo momento presididas por dos principios, el de legalidad y el de imparcialidad. Teniendo en cuenta el principio de legalidad, no es necesaria la obligación del ejercicio de la acción penal, siempre que estemos ante una *noticia criminis*. No obstante, a efectos constitucionales, no es adecuado equiparar la legalidad con la obligatoriedad de la acusación pública, puesto que es posible que la legalidad prevea márgenes de discrecionalidad en el ejercicio de esta acción penal. Asimismo, dichos principios han de ser vistos como un límite constitucional a su dependencia del Gobierno. Concluyendo, que el MF ha de gozar de un grado de autonomía operativa, como único medio de discriminar qué decisiones quedan excluidas por estos principios.

2. El análisis de la función inspectora del Fiscal en algunos países: Alemania, Italia, Reino Unido y Estados Unidos

1. El Ministerio Fiscal en el ordenamiento alemán¹⁷:

Con la Ley de Reforma del Proceso Penal alemán, de 9 de diciembre de 1974 (de aquí en adelante LPPA), se sustituyó el sistema de investigación judicial a cargo del Juez Instructor por la del Ministerio Público. Por lo tanto, al Ministerio Público en Alemania le corresponde la dirección de la fase de investigación o procedimiento preliminar en el proceso penal.

La Fiscalía, igual que sucede en España, cuando averigüe las circunstancias de un posible hecho punible se tendrá que sujetar al principio de legalidad. Además, la investigación que deben llevar a cabo será objetiva, por lo que el Fiscal estará obligado a descubrir las circunstancias que favorecen o perjudican al imputado en cuestión.

¹⁶ Artículo 124.2 CE “2. *El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.*”

¹⁷ GIMENO SENDRA, V., *El Ministerio Fiscal - Director... op. cit.*, p. 79 - 90

En la función de investigación de los delitos, el MF actúa en todo momento reforzado por la Policía Criminal y por el Juez Investigador (*Ermittlungsrichter*). En este momento, es cuando la Policía debe realizar las averiguaciones que le solicite la Fiscalía, así como investigar los delitos por sí misma y remitir las actuaciones a la Fiscalía.

Aquí reside una cuestión de la que se ocupa la doctrina alemana, que pone su atención en las actuaciones de la Policía y su coordinación con la actuación del Fiscal.

Por otro lado, en el sistema alemán la dirección de la investigación le corresponde al MF, pero en aquellos casos en los que haya peligro de retraso, el Juez Investigador, tiene la posibilidad de realizar los actos de investigación que considere necesarios, sin necesidad de solicitud previa al Fiscal, no obstante, desaparecidos estos motivos de urgencia le corresponde al Fiscal las ulteriores disposiciones.

Asimismo, el Juez Investigador debe intervenir, a instancia del Ministerio Público, cuando éste no pueda actuar por sí mismo, por ejemplo, para la autorización de medidas restrictivas de DDFD del inculcado u otras personas, como, la prisión provisional, el control de las telecomunicaciones, registros y secuestros... En estos casos, siempre será necesaria la aprobación del Juez, pero corresponde al MF decidir sobre la oportunidad de presentar la solicitud de autorización de una medida concreta.

No obstante, la Ley prevé determinadas limitaciones a estas funciones que tiene el MF, a parte de la autorización previa del Juez para adoptar las medidas cautelares, algunas limitaciones son: *el inculcado debe ser interrogado antes de la finalización de las investigaciones; tanto el inculcado como su defensor tienen derecho a participar en la investigación; en los casos de defensa necesaria, el MF está obligado a solicitar el nombramiento de un defensor al Tribunal competente*¹⁸.

En las diligencias de investigación del Derecho Alemán, el Fiscal es el órgano competente para realizar las actuaciones propias del procedimiento de averiguación, por ello, en estas diligencias el Ministerio Público las podrá practicar por sí mismo, u ordenar su práctica a autoridades o funcionarios de la Policía, los cuales deben acatar las peticiones del Ministerio Público. Por tanto, le corresponde: la inspección ocular del cadáver y estar presente en la autopsia, dándose la posibilidad de solicitar la presencia del Juez; ordenar la comparecencia de los testigos y peritos, así como interrogar a los mismos.

¹⁸ Cfr. GIMENO SENDRA, V., *El Ministerio Fiscal - Director...op. cit.*, p. 82

Sin embargo, en el caso de que exista peligro por el retraso que pudiera perjudicar el éxito de la investigación, el Fiscal puede ordenar una serie de diligencias, cuya competencia ordinaria se reserva para el Juez.

SCHROEDER¹⁹ afirma que al Fiscal le corresponden en la fase de instrucción del proceso penal, tanto las funciones de investigación y aseguramiento de las pruebas, como garantizar la viabilidad del procedimiento, garantizar la ejecución de la condena o la prevención de los delitos.

Por último, en la clausura de la fase de investigación, el MF tiene las facultades de disposición más relevantes:

El principio de legalidad, con carácter general consiste en que una vez recopilado todo el material necesario, si realizadas todas las investigaciones, existen motivos suficientes para ejercitar la acción pública, la Fiscalía presentará escrito de acusación ante el Tribunal competente, ante el que se solicitará la apertura del procedimiento principal. *A sensu contrario*, esto es, si con las investigaciones realizadas no hubiera motivos suficientes para ejercer la acción pública, la Fiscalía archivará el proceso, cuya decisión le será comunicada al solicitante, que en caso de ser el ofendido, podrá impugnarla ante el Tribunal competente, previo recurso de queja ante el Fiscal General Federal. Dicho Tribunal, podrá, o bien rechazar o estimar dicha solicitud. En caso de que se estime, el Tribunal podrá obligar al Fiscal al ejercicio de la acción presentando un escrito de acusación, mientras que si desestima la solicitud, se archivará el procedimiento.

A través de la solicitud de orden penal se introduce un primer matiz al principio de legalidad. Esto es, se trata de un procedimiento abreviado y escrito, que tendrá lugar para los supuestos de delitos leves con pena de multa o privativa de libertad no superior a un año, siempre que se acuerde la libertad condicional. En el caso de que se den estos requisitos, el MF puede solicitar una orden penal al Tribunal competente de manera discrecional, el cual a través de un examen de los autos decidirá si se estima o no dicha solicitud. Si la estima, se promulga la orden penal, con la debida conformidad del inculpado. Si existe conformidad por parte de éste, tendrán lugar los efectos de una Sentencia firme. Mientras que si se opone, dicha orden se transforma en un escrito de acusación ordinaria.

¹⁹ SCHROEDER, *Strafprozessrecht*, 3 Auflage, Verlag C.h. Beck München, 2001, p. 88. Véase en nota al pie en GIMENO SENDRA, V., *El Ministerio fiscal ... ob. cit.*, p. 85

El principio de oportunidad se ha ido formando tras diversas reformas. De esta manera el Ministerio Público posee hoy facultades relevantes conforme a la disponibilidad de la acción penal. Las principales manifestaciones de dicho principio²⁰:

- No perseguir asuntos que carezcan de importancia.
- Proceder al archivo provisional de aquellos delitos tipificados con una pena privativa de libertad inferior a un año, y cuando el inculpado cumpla las reglas de comportamiento establecidas por el Fiscal.
- Tendrá la posibilidad de archivarlo o abstenerse, cuando concurran los presupuestos que dan la posibilidad a que el Tribunal prescinda de la pena.
- Los actos cometidos en el extranjero no podrán ser perseguidos.
- Tampoco se podrán perseguir por motivos políticos.
- El Fiscal podrá abstenerse del ejercicio de la acción penal cuando el autor del hecho punible haya mostrado un arrepentimiento activo y haya contribuido a evitar un peligro para la integridad del país, Alemania, u orden constitucional.
- Asimismo, podrá abstenerse cuando no sea sospechoso ningún alemán, de perseguir los hechos penales tipificados en los artículos 7 a 15 del Código Penal Internacional (de aquí en adelante CPI).
- También, el Fiscal podrá evitar la persecución de un hecho delictivo, si la pena susceptible de ser impuesta o la medida de seguridad no se puede comparar con otra pena o medida, que se le haya impuesto al inculpado, o bien, si no se espera que el juicio se celebre en un plazo adecuado, y la pena que se le imponga resulte suficiente para influir sobre el autor del mismo y la defensa del ordenamiento jurídico alemán.

Este principio merece ser objeto de especial atención en aquellos delitos castigados con una pena inferior a un año, en estos casos, el MF puede elegir entre dos posibilidades: por un lado, archivar el proceso para aquellos supuestos de culpabilidad ínfima, por otro lado, se procederá al archivo del proceso que consiste en el pago de una cantidad de dinero.

²⁰ GIMENO SENDRA, V., *El Ministerio Fiscal - Director...op. cit.*, p.87, 88

Por lo expuesto, podemos concluir que una vez finalizada la investigación, la LPPA ofrece al MF diferentes posibilidades: acusación normal; solicitud de orden penal; archivo del proceso con condiciones; archivo del proceso bajo el principio de oportunidad sin condiciones; y archivo por falta de sospecha suficiente.

2. El Ministerio Fiscal en el ordenamiento italiano²¹:

En primer lugar, debemos preguntarnos quién ejerce las funciones del Ministerio Público en cada uno de los diferentes procesos que existen en Italia. En virtud del artículo 51.1 *Codice di Procedura Penale* (de aquí en adelante CPP), existe una distribución de atribuciones por planos horizontales, en el sentido de que tanto en las investigaciones preliminares como en los procedimientos de primer grado, las funciones del MF las ejercen a través de la Fiscalía del Tribunal (*magistrati della procura della Repubblica*), mientras que los juicios de impugnación, son ejercidos por la Fiscalía General del Tribunal de Apelación o del Tribunal Supremo (*magistrati della procura generale presso la corte d'appello o presso la corte di cassazione*²²).

No obstante, conforme a lo dispuesto en el artículo 51. 3 CPP, el reparto de las funciones del Ministerio Público en territorio italiano, se regirá por las mismas reglas que para la distribución de la competencia territorial entre los Jueces.

En la instrucción del proceso penal italiano, la primera fase del proceso la ocupa la *indagine preliminari*, que consiste en *una fase preprocesal en la que falta la presencia de un órgano jurisdiccional, siendo las partes las que activan esta fase para buscar los elementos probatorios que les servirán posteriormente en el juicio para fundamentar y defender sus posiciones*²³. Por ello, la investigación preliminar tiene como finalidad decidir sobre el ejercicio de la acción penal, con base en el artículo 326 CPP. Además, tienen el *Giudice per le indagini preliminari* (G.I.P.), que es un Juez de garantías, cuya función en este momento de la instrucción consiste en dar garantía a la legalidad de las actuaciones. Por lo que se refiere al principio de igualdad de las partes, visible a lo largo de todo el juicio, desaparece durante la *indagini preliminari* en la que no se puede negar que el Ministerio Público tiene una posición de superioridad, por consiguiente se sirve de la Policía Judicial, y también por las facultades que puede ejercer durante la investigación y que no permite ser realizada por la otra parte.

²¹ GIMENO SENDRA, V., *El Ministerio Fiscal... op. cit.*, p. 100, 129 - 149

²² GIMENO SENDRA, V., *El Ministerio Fiscal...op. cit.*, p. 101

²³ Cfr. GIMENO SENDRA, V., *El Ministerio Fiscal...op. cit.*, p.129

En la investigación preliminar nos encontramos con la figura del Juez de las Investigaciones Preliminares (G.I.P.), es decir, un Juez de Garantías, que se ha creado con la finalidad de supervisar las actividades de los protagonistas de esta fase, la Policía Judicial y el Ministerio Público o Fiscal, y cuya función consiste en intervenir esporádicamente en concretas hipótesis recogidas en el CPP.

Este órgano (*G.I.P.*) controla las actividades del Ministerio Público y de la Policía Judicial, así como la actuación en garantía de los derechos de las partes, particularmente, decide sobre la petición del Ministerio Público de prorrogar el plazo de las investigaciones; tiene una función de juzgar en el caso en que las partes decidan elegir alguno de los juicios especiales.

También, en la función de investigación, el Fiscal tiene unas funciones que realiza para tomar las decisiones necesarias sobre el ejercicio de la acción penal. Para realizar la investigación, el Fiscal se sirve de la Policía Judicial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 109 de la Constitución Italiana. Del mismo modo, el Fiscal tiene la opción de recibir la *noticia criminis* por parte de la Policía Judicial, o de buscarla él mismo directamente. Cuando la *noticia criminis* es tomada por la Policía Judicial ésta tiene que ser enviada al Fiscal inmediatamente, y es en ese momento cuando el Fiscal dirige las investigaciones, que la Policía Judicial realiza bajo las órdenes de éste.

El fin que se pretenden alcanzar con las investigaciones, es recopilar todos los elementos que nos permitan elegir al Fiscal entre ejercitar la acción penal o pedir el archivo, con base en el artículo 326 CPP. Ídem, el Fiscal es obligado a recoger todos los elementos que estén relacionados con el imputado, tanto los que le perjudican como los que le favorecen. Por lo tanto, el Fiscal es independiente en el ejercicio de la función investigadora, simplemente observa las indicaciones del *Procuratore della Repubblica*.

El Fiscal, en el desarrollo de las investigaciones puede realizar diferentes actos de investigación²⁴, como: oír al imputado; Realizar las verificaciones técnicas que considere urgentes sobre lugares, cosas y personas que puedan ser modificadas en cualquier momento; Hacer uso del careo entre aquellas personas que previamente hayan hecho declaraciones contradictorias.

Sin embargo, pese a todo lo anterior, el Fiscal no tiene la potestad para privar al imputado de su libertad, ni siquiera para limitársela, algo que únicamente le corresponde al Juez de las investigaciones, que aparece como un Juez de garantías, el cual que no decide sobre la culpabilidad del imputado en este momento, sino que toma las decisiones que el Fiscal y las demás partes solicitan.

²⁴ GIMENO SENDRA, V., *El Ministerio Fiscal...op. cit.*, p. 138

Una vez finalizadas las investigaciones, el Fiscal tiene que elegir entre el ejercicio de la acción penal (*richiesta di rinvio a giudizio*), o la petición de que ser archive (*archiviazione*).

En caso de elegir la segunda opción, el Fiscal únicamente hace una solicitud, siendo el Juez de las investigaciones el que tome la decisión final, examinando los actos de investigación realizados por el primero.

A *sensu contrario*, si al finalizar las investigaciones el Fiscal entiende que hay elementos suficientes para mandar a juicio, éste le presentará al Juez una petición de envío a juicio, la cual obliga al Juez a fijar una audiencia preliminar, que puede terminar, o bien con la apertura del juicio oral o bien, con una sentencia que declara que no existe razón para seguir con el juicio.

3. El Ministerio Fiscal en el ordenamiento inglés²⁵:

La acusación pública en Inglaterra ha quedado confiada casi exclusivamente a los “prosecutors”, es decir, profesionales que inicialmente conformaron un grupo de letrados al servicio del gobierno y cuya función era asesorar a los particulares y a la policía cuando se proponían ejercitar la acción penal. Así pues, al ser pública, podía hacerse valer por cualquier ciudadano.

Con el paso del tiempo, por delegación y sustitución de los ciudadanos, la policía asumió el ejercicio de este derecho a perseguir (*prosecute*). Es a partir de este momento, cuando a finales del siglo XIX se consideró que se debía crear un órgano que se responsabilizara del ejercicio de esta función, siendo éste la oficina de *Public Prosecutions*, la cual sustituiría a la Policía del control de la acción penal. Al frente de esta agencia se encuentra el *Director of Public Prosecutors* (de aquí en adelante DPP).

En el derecho inglés está prohibida la acumulación de la acción civil junto con la penal, aunque no se descarta que el Juez pueda acordar una compensación como parte de la sanción penal.

En cuanto a los rasgos generales del proceso penal en Inglaterra debemos hacer especial hincapié en, cuántos tipos de procedimientos penales existen y quiénes conocen de ellos. Por una parte, estará el procedimiento para el enjuiciamiento de delitos graves, el cual conocerán a los Crown Courts, por otra parte, un juicio sumario para las infracciones de escasa entidad, los cuales serán conocidos por los Magistrates’ Courts, y finalmente junto a ellos, un procedimiento por el que pue-

²⁵ DAMIÁN MORENO, J., *Un estudio a la luz del sistema acusatorio inglés*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 40 - 49

den ser enjuiciados indistintamente a través de uno u otro procedimiento, atendiendo a determinadas circunstancias.

En la mayor parte de los casos, el conocimiento de los juicios penales corresponde a los Magistrates' Courts, principalmente las infracciones leves son resueltas directamente por éstos a través de un procedimiento muy rápido, similar a nuestro anterior juicio de faltas, mientras que los delitos de mayor gravedad son conocidos por la Crown Court.

Las actuaciones, se inician una vez que el delito es denunciado a la policía, ya sea por la propia víctima o por cualquier persona que haya tenido conocimiento de su existencia. Entendemos, que la denuncia es el resultado de una investigación previa, ya que la mayor parte de ellas provienen de la propia Policía, es decir, una investigación preprocesal.

Ante dicha denuncia, la policía cuenta con varias alternativas: no llevar a cabo actuación alguna porque no existe ningún tipo de infracción penal; puede archivar el caso si carece de información suficiente; o puede dar traslado a CPS, solicitando que prosiga con el procedimiento y ejercite en su caso la acción penal.

Finalmente, en el ejercicio de la acción penal (*commencing a prosecution*), antes de que se produzca el enjuiciamiento, existen unos trámites con la finalidad de verificar la base de las sospechas sobre las que se fundamentará la acusación.

La fase previa a la acción penal es muy estándar, por lo que una vez que la policía remite el atestado, el *prosecutor* es el que tiene que ver si existen elementos para ejercitar la acción penal e iniciar el procedimiento, o por el contrario, no continuar con la investigación.

La actividad del acusador público inglés se ha relacionado con una función procesal de no investigar, así pues, no es un *fact-finder*, ya que esta actividad ha quedado reservada a la policía.

En el momento de la investigación, la policía no depende ni del fiscal ni de los jueces, sin embargo, debe conseguir la autorización judicial o de sus superiores para adoptar medidas coercitivas o limitativas de DDFF. En este sentido, para ejercitar la acción penal, el material lo proporciona la propia policía, aunque la decisión de perseguir penalmente un delito no le corresponde a estos.

En el proceso penal inglés los acusadores públicos observan protocolos que proporcionan unos criterios, procedentes de *Code for Crown Prosecutors* (de aquí en adelante The Code), sobre cómo deberá ser la actuación de éstos en cada caso, con la finalidad de decidir si acuerdan o no la apertura de un procedimiento ejercitando la acción penal. El contenido de estos criterios es revisado conti-

nuamente por el Parlamento inglés para adecuarlo al Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (de aquí en adelante TEDH).

Las normas que contiene *The Code*, no tienen rango legal, pero sirven para regular el proceso, a través del cual se forma la voluntad del *prosecutor* en orden a la determinación de cómo, cuándo y de qué manera se toma la decisión de ejercitar la acción penal, es decir, es una verdadera guía para la prevención de imputaciones injustas o sin fundamentación jurídica.

Igualmente, los *prosecutors* están obligados a respetar dichas normas, con el propósito de evitar la posibilidad de poder obtener una sentencia de condena a cualquier precio.

En el sistema judicial inglés el procedimiento ante los tribunales se rige por el principio contradictorio, esto es, se trata de un sistema en el que prevalece el principio del debido proceso de ley (*due process of law*)²⁶.

La acusación es representada en la mayoría de los casos por el *prosecutor*, mientras que el acusado, cuenta con una igualdad en cuanto a los medios de ataque y defensa, puesto que el tribunal tiene que extraer de las pruebas practicadas en el juicio su decisión para no cometer injusticias. Siendo este momento, en el que los encargados de la acusación deben obrar con la máxima neutralidad, sin intimidaciones, ni resentimiento, y deben ser siempre objetivos y desapasionados.

4. El Ministerio Fiscal en el ordenamiento norteamericano²⁷:

Especial importancia trae el caso de la relación entre el MF y la policía. El derecho norteamericano no se rige por un principio de separación en virtud del cual quien investiga no debe de acusar. Es cierto, que en la mayoría de los casos la función del fiscal se limita a recibir las pruebas aportadas por la policía y a actuar en consecuencia con los hechos, aunque si lo cree conveniente, puede adoptar otro tipo de iniciativas en la investigación. Por consiguiente, *la actividad de la investigación es compartida entre la policía y el MF, tanto en la esfera estatal como en la esfera federal*²⁸.

²⁶ Es un principio legal procedente del derecho anglosajón, concretamente de la cláusula 39 de la “Magna Carta Libertatum”, que se dejó de aplicar en Inglaterra. Dicho principio consistía en que toda persona tenía derecho a ciertas garantías mínimas, tendentes a asegurar un resultado justo e igualitario dentro del proceso, así como permitirle ser oído y hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juez.

²⁷ DIEZ - PICAZO, L.M., *El poder... op. cit.*, p.72 - 80

²⁸ Cfr. DIEZ – PICAZO, L.M., *El poder...op. cit.*, p. 76

A pesar de esto, existen diferencias entre los Estados y la Federación. A nivel Federal, las relaciones existentes entre la policía y el MF no suelen ser muy conflictivas, a causa de que ambas están compuestas por un personal que no ha sido elegido, y que dependen de un superior jerárquico, el *Attorney - General*, y al Presidente. En cambio, a nivel Estatal, la relación entre la policía y el MF se basa en una constante tensión entre dos organizaciones políticamente responsables ante el electorado local.

De esta manera, es conveniente señalar que estas tensiones entre la policía y el MF se deben, en tanto, al hecho de que ambos deben responder políticamente, en cuanto, a los diferentes criterios que la legalidad les impone en su actuación, entre ellos, que la policía opera sobre la base de indicios fiables y el MF debe probar la culpabilidad del imputado superando cualquier tipo de duda razonable.

Por estas razones, el equilibrio entre la policía y el MF tiende a ser inestable.

En el derecho norteamericano pese a existir en cada Estado distintos sistemas jurídicos penales, existe un único proceso penal norteamericano, que se debe a la existencia de una única cultura jurídica de ámbito nacional. Este proceso, presenta una estructura y unos principios rectores muy similares entre los distintos ordenamientos estatales, y entre éstos y el ordenamiento federal.

En el ordenamiento federal las normas principales del proceso penal se encuentran codificadas en las *Federal Rules of Criminal Procedure*. La llamada *incorporation* de los derechos constitucionales ha contribuido a la homogeneización de este proceso penal, que consiste en una doctrina jurisprudencial ante la que el Tribunal Supremo (de aquí en adelante TS) ha ido declarando aplicables en el interior de los ordenamientos estatales muchos de los derechos proclamados en el *Bill of Rights*, es decir, en las 10 primeras enmiendas de la Constitución.

De esta manera, en el proceso penal norteamericano existen dos rasgos heredados del derecho inglés, por un lado, se trata de un proceso penal basado en el principio acusatorio puro, mientras que por otro lado, existe la disponibilidad entre ambas partes, el acusador y el imputado.

Por tanto, una vez que se han fijado las normas aplicables y cuando no exista acuerdo con los hechos señalados, se abre un juicio, cuya finalidad es la fijación de los mismos. Esta operación se les encomienda a los legos en derecho, en cambio en la tradición anglosajona vienen dados por el jurado.

A la sazón, la garantía básica viene determinada por el concepto de *probable cause* regulado en la enmienda IV de la Constitución²⁹.

Al contrario, hemos de tener en cuenta que salvo en supuestos concretos, para la intromisión en la libertad, propiedad y vida privada de las personas es necesaria una autorización judicial previa, cuya competencia recae en el juez que ha sido convencido de la existencia de tales hechos.

En fin, el instituto del gran jurado tiene un significado de garantía. La participación de esta institución representa un arma extraordinaria en manos del fiscal, porque la defensa no tiene derecho a llamar a sus propios testigos ni a interrogar a los de la acusación, y porque existe un deber de testificar bajo juramento cuando se es citado por un gran jurado. Por ello, el testimonio que se ofrece ante esta figura si se considera que no tiene valor de prueba, servirá para obtener legalmente elementos probatorios que luego serán usados en el juicio. Por lo que, como es de suponer, el falso testimonio ante el gran jurado también es constitutivo de un ilícito penal, al igual que sucede en el procedimiento penal español.

²⁹ Si no existen indicios fiables, no es lícito llevar a cabo una investigación criminal, y por tanto no es posible ejercer la acción penal.



Hacia un nuevo papel del Ministerio Fiscal en la investigación penal

IV. LA FALLIDA REFORMA DE LA LECR Y LA FIGURA DEL MINISTERIO FISCAL EN LA INVESTIGACIÓN PENAL

Como ya hemos indicado, nuestra LECr ha sufrido un buen número de reformas, casi siempre tardías, y que no llegan a satisfacer necesidades actuales. En tal contexto, cabe preguntarnos si nuestro sistema penal necesita superar las reformas “parciales” de la LECr o si por el contrario, es necesario que elaboremos una nueva norma que regule en su totalidad el proceso penal del siglo XXI.

Si lo que se pretende es conseguir la consolidación del sistema acusatorio, el fortalecimiento del derecho de defensa, y dotar de celeridad y eficacia a nuestra justicia penal, deberemos renunciar a las reformas “parciales” que dicha ley ha estado sufriendo, porque genera una gran inseguridad jurídica, por la poca homogeneidad existente en sus materias. Por consiguiente, deberemos emprender la elaboración y promulgación de un nuevo CPP que sustituya a nuestra antigua LECr de 1882.

Principalmente, la reforma procesal penal debería fundamentarse en la fase instructora, confiándole al Ministerio Público la dirección de la investigación, con el consiguiente mantenimiento del Juez de Instrucción como un Juez de Garantías, cuya función estaría limitada a conocer los actos jurisdiccionales: supuestos de prueba sumarial anticipada, conocimiento fase intermedia...³⁰

Hasta el momento se han presentado dos propuestas: el Anteproyecto de reforma de la LECr de 2011 y el borrador de 2013 (de aquí en adelante BCPP). Ambos proyectos, tienen como principal innovación, la conversión del MF en el Director de la Investigación, siendo el Juez de Instrucción sustituido por un Juez de Garantías.

Hemos de reconocer que la LECr de 1882, tal y como indicaba en su exposición de motivos, coincide con el proyecto de reforma de 2013 en su finalidad que, no es otra, que encontrar al sujeto

³⁰ GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal... op. cit.*, p. 77

penalmente responsable del hecho delictivo, esto es, descubrir la verdad formal, que nada tiene que ver con la verdad en sentido propio³¹, así como la verdad material.

Veamos el tratamiento que cada uno de los proyectos antedichos dedica a la figura del MF comenzando el Anteproyecto de 2011³². En él, el fiscal podrá realizar sin autorización judicial, las diligencias de investigación para comprobar la existencia del ilícito penal y quién es el responsable del mismo, ordenando a la Policía judicial la detención del sospechoso. Asimismo, podrá ordenar que se realice la autopsia del cadáver, que se obtengan muestras de ADN, que se solicite ante el Juez de Garantías que se aplique alguna medida cautelar... También, el fiscal según el anteproyecto, tenía la obligación de solicitar al Juez de Garantías la aprobación de determinadas actividades: investigación del correo electrónico, intervención de las comunicaciones, la entrada y registro en el domicilio...

No podemos dejar al margen, que el MF debe actuar con imparcialidad, salvaguardando los intereses de ambas partes.

En lo que respecta al control judicial, el Anteproyecto da lugar a la creación del Juez de Garantías, el cual actúa de manera paralela a la investigación que realiza el fiscal, es decir, el fiscal investiga pero necesita el curso y la aprobación del Juez de Garantías para practicar las siguientes diligencias³³:

- *Las que afectan al derecho corporal del art 15 CE o a la intimidad personal del art 18.1 CE.*
- *Los que afectan al derecho del secreto de las comunicaciones, art 18.3 CE.*
- *Las que afectan al derecho a la inviolabilidad del domicilio, art 18.2 CE y al derecho a la intimidad.*

Otra reforma a la que hace referencia el Anteproyecto de 2011, es la referente a que el MF puede llegar a archivar el procedimiento penal abierto contra una persona para así facilitar la investigación de una organización criminal; o por colaboración activa contra una organización criminal. Del mismo modo, establece una serie de supuestos de archivo del procedimiento, en aquellos casos

³¹ BENAVENT CUQUERELLA, D., *La dirección de la investigación criminal por el Ministerio Fiscal en España: Situación actual y reformas proyectadas*, Fe d'erratas, Madrid, 2014, p. 45, 48

³² LEAL MEDINA, J., Un estudio sobre el Anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal. Un nuevo proceso penal, p. 17. <http://www.doctaignoranciadigital.com/index.php/temática/derecho/29-anteproyecto-ley.html>

³³ Cfr. LEAL MEDINA, J., Un estudio sobre...op. cit.

que exista grave riesgo o peligro para la seguridad nacional, correspondiendo aplicar el principio de oportunidad al Fiscal General del Estado³⁴.

Para terminar, en esta propuesta el tratamiento que se formula del principio de oportunidad, a través de la creación de la figura de la mediación penal, que tiene como objetivo, paliar la doble victimización y conseguir un resarcimiento no solo material de la víctima del delito a partir del arrepentimiento del victimario³⁵.

Para concluir, mencionaremos brevemente las pretensiones perseguidas por el BCPP³⁶ que se hizo en 2013, el cual nos ofrece una panorámica del problema que nace en la dirección de la investigación del ilícito penal, con la posible existencia de contaminación subjetiva del investigador. Para evitar la misma, deberían establecerse unos mecanismos de garantías, con la intención de evitar que injustamente se aleje de sus propuestas.

Su principal novedad, recogida en su exposición de motivos, es la configuración de un nuevo sistema de investigación, atribuyendo la dirección de la instrucción en la figura del MF, tal y como propone el Anteproyecto de 2011. Con esta modificación, el Fiscal asume la función de investigador, mientras que el Juez de Instrucción pasa a ostentar un papel de garantizador de los derechos durante esta fase procesal, convirtiéndose en un Juez de Garantías no implicado en la investigación³⁷.

Otra novedad que proponía el BCPP de 2013³⁸, era una modificación respecto a la institución de la conformidad, cuya institución permite la posibilidad de emitir una sentencia condenatoria, con independencia del delito, sin necesidad de juicio, siempre que el inculpado se haya mostrado conforme con la pena más grave que se haya solicitado. Una vez que se alcance la conformidad en la fase de investigación, le corresponderá al Tribunal de Garantías, su control y el dictado de la sentencia. Mientras que si la conformidad se alcanza en un momento posterior, le corresponderá al Tribunal de Juicio.

Cabe añadir, que el ámbito de actuación de la conformidad superaría a otros modelos de Derecho comparado, concretamente el italiano, que en un primer momento éramos muy afines, pero, actualmente nos asimilamos al sistema norteamericano.

³⁴ LEAL MEDINA, J., Un estudio sobre...op. cit.

³⁵ LEAL MEDINA, J., Un estudio sobre...op. cit.

³⁶ BENAVENT CUQUERELLA, D., *La dirección de la investigación... op. cit.*, p. 45

³⁷ <http://www.abogacia.es/2014/01/30/para-cuando-la-nueva-ley-de-enjuiciamiento-penal-analisis-de-la-tension-secreto-publicidad-en-la-futura-instruccion/>

³⁸ Capítulo III del Título IV del Borrador del Código Procesal Penal

También, en este mismo anteproyecto de 2013³⁹, se hace mención a la mediación penal⁴⁰, una gran manifestación de la oportunidad en el ámbito procesal penal, que de manera voluntaria, busca hacer uso de un mecanismo para solucionar el o los conflictos entre el infractor y la víctima, con la intención de que esta última obtenga una explicación del hecho en cuestión, la petición del perdón y una rápida reparación. Es decir, la mediación, se concibe como un sistema de gestión de conflictos, en los que la aparición de una nueva figura, el mediador penal, con los conocimientos adecuados, ayuda a las partes implicadas en una infracción penal, a comprender el origen de dicho conflicto y a intercambiar sus puntos de vista y poder llegar a un acuerdo.

Finalmente, los efectos que derivan de la mediación, es que se le otorga al MF, cuando tenga la certeza de la existencia de un procedimiento de este tipo, la potestad de suspender las Diligencias de Investigación mediante decreto. Seguidamente, ninguna institución encargada de este proceso, ni MF ni Tribunales, podrá ofrecer beneficios a ninguna de las partes, principalmente al inculcado, por haber decidido someterse a este procedimiento de mediación, salvo los acordados con la víctima, finalidad de tal procedimiento.

En definitiva, con este BCPP de 2013 adquiere importancia la figura del MF en la fase investigadora, aunque con la supervisión de un Tribunal de Garantías. Con ello, se consigue un avance en la salvaguarda de las garantías del proceso penal respecto del encausado, como de los derechos de la víctima⁴¹.

1. El Ministerio Fiscal como investigador en nuestro proceso penal: Beneficios y peligros⁴²

En primer lugar, los **peligros o desventajas** que pueden conllevar alguna de estas reformas.

La más problemática de ellas es la instauración del modelo del “MF - Director de la Investigación”, pues como ya hemos expuesto antes, existe un número muy escaso de miembros del Ministerio Público en toda España, concretamente en torno a unos 1.500. Del mismo modo, existe una excesiva agrupación de esta institución en las capitales de provincia, así como una sobrecarga de trabajo debido a la asunción de nuevas competencias adquiridas.

³⁹ Título VI del Libro II del Borrador del Código Procesal Penal

⁴⁰ CHOZAS ALONSO, J.M., “Otro avance de la justicia penal negociada: la conformidad y la mediación en el borrador de Código Procesal Penal de 2013” en *Diario La Ley*, nº 8129, Sección Tribuna, 18 de Julio 2013, p. 7, 9

⁴¹ BENAVENT CUQUERELLA, D., *La dirección de la investigación... op. cit.*, p. 50, 51

⁴² En este punto seguimos a GIMENO SENDRA, V., “La reforma de la LECRIM y la posición del Ministerio Fiscal en la investigación penal”, en *El Juez y la cultura jurídica contemporánea*, Vol. 2, 2009, p. 221 - 222

Del mismo modo, otra situación complicada será la escasa preparación de esta figura en las funciones de investigación, su pasividad en la instrucción, así como el miedo por una parte de la doctrina, de que el aumento de las funciones pueda perjudicar en algún momento el principio de legalidad, el de arbitrariedad y el de oportunidad.

Tampoco debemos dejar al margen el destacado papel que ha de desempeñar el Centro de Estudios Jurídicos en la formación de los nuevos Fiscales de nuestro país, ni de la existencia de la acusación popular y privada que tenemos en España, que se fundamenta, *según dijo SILVELA⁴³ en el siglo XIX, en la garantía más destacable, frente a una burocratización del MF en el ejercicio de la acción penal, por lo que no parece que pueda incrementarse la rapidez y agilidad de la instrucción, sin antes haber incrementado el “rol” del MF como Director de la investigación sumarial⁴⁴.*

Así pues, para prevenir estas carencias de infraestructura, sería conveniente seleccionar una de estas alternativas: o bien, instituir un sistema provisional e inmediato, donde se le atribuya al MF una investigación preliminar, en el que éste pueda calificar la “*noticia criminis*” y le diera el curso a seguir, así como donde pudiera asumir en los delitos leves, aptitudes de mediación, con la finalidad de una pronta satisfacción de las pretensiones, tanto penales como civiles, que se encontraran en conflicto; o bien, se debería establecer el modelo del MF instructor plenamente, pero con la adecuada suspensión de la Ley de reforma, la cual diera la posibilidad al Ministerio de Justicia de atribuir convenientemente a la Fiscalía de los medios personales y materiales necesarios para asumir adecuadamente, la función de Director de la Investigación Penal.

En segundo y último lugar, los **argumentos a favor⁴⁵** son:

1. Cuando la Justicia no funciona, existe la alternativa de que la instrucción recaiga sobre el Fiscal, con la finalidad de repartir el trabajo de los órganos jurisdiccionales y así poder dar celeridad al proceso penal.

2. El Juez, como su nombre indica, debe limitarse a ejercer la función jurisdiccional, es decir, a juzgar y no a instruir, lo que solo se produce en el juicio oral en virtud de la CE.

⁴³ FRANCISCO SILVELA y de LE VIELLEUZE fue un político y académico español presidente del Consejo de Ministros durante el reinado de Alfonso XIII.

⁴⁴ Cfr. GIMENO SENDRA, V., “La reforma de la LECRIM...op, cit., p. 221

⁴⁵ GÓMEZ COLOMER, J.L., *El Ministerio Fiscal ¿Eje de la reforma procesal penal?*, 2001 en Pico i Junoy, J. (Coord) *Problemas actuales de la justicia penal: los juicios paralelos, la protección de los testigos, la imparcialidad de los jueces, los juicios rápidos, la pena de multas*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 31 - 33

3. Con este nuevo avance, el MF agilizaría la Justicia, y además se evitaría la duplicación o reiteración de actuaciones procesales.

4. Asimismo, si la dirección de la investigación se encuentra en manos del MF se conseguirá salvaguardar la imparcialidad de los Jueces de Instrucción, ya que al asumir el Juez de la función de investigación, y posteriormente dictar la sentencia, da lugar a la pérdida de su imparcialidad.

5. Otra ventaja que comportaría la atribución al MF de la investigación en el proceso penal, sería la de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes recogidas en la CE, puesto que el artículo 24 CE es un DDFP, con la consiguiente resocialización del reo y la rápida reparación del daño a la víctima del delito⁴⁶.

6. El argumento más a favor de que instruya el MF, desde el punto de vista de GÓMEZ COLMER, es que no puede ser la misma persona la que crea necesario realizar los actos de instrucción y que también valore su legalidad. En definitiva, el MF debe asumir la instrucción, atribuyéndole el poder de investigar el delito, mientras que el Juez debe quedar como controlador de la legalidad de los actos procesales que ha realizado el Fiscal, a través de la resolución de peticiones y de los recursos. Todo ello con la finalidad de reforzar el principio de la imparcialidad judicial.

2. Elementos de control del fiscal investigador en España. La razón de la creación de un Tribunal de Garantías

El artículo 24 de la CE regula el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, que da lugar a una conexión con ciertas garantías procesales⁴⁷ que afectan al desarrollo del procedimiento criminal y a los derechos que tienen las personas que intervienen en él.

Como bien sabemos, uno de los motivos por los que se quería introducir una nueva LECr, estaba basado en la atribución de la dirección del proceso de investigación penal a un órgano constitucional como es el MF, en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 CE. Dicho órgano, pasaría a ocuparse de las tareas que hasta entonces se había venido ocupando el Juez Instructor. No obstante, este último no desaparecería, sino que se constituiría como un Juez de Garantías, cuya obligación

⁴⁶ LANZAROTE MARTINEZ, P., *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su Estatuto Orgánico*, La ley, Madrid, 2008, p. 150

⁴⁷ Las garantías procesales son: derecho al Juez 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.

pasaría a ser, la salvaguarda de las garantías del investigado, además de ser un órgano jurisdiccional que garantizara la imparcialidad y el control sobre la investigación que lleva a cabo el MF.

Es cierto, que el MF con este proyecto de reforma, se va a ocupar de la investigación penal, aunque cuando este ante diligencias que afecten a los DDFD del investigado, por ejemplo, los del artículo 18 CE⁴⁸, deberá obtener la aprobación por parte del Juez de Garantías, ya que una de sus funciones principales es salvaguardar las garantías del investigado.

Otra razón de la creación de esta nueva figura, es la relacionada con el control de la legalidad de las diligencias de investigación llevadas a cabo por el MF, debido a que, recae sobre el Juez de Garantías el control sobre dichas diligencias, adquiriendo la figura de observador imparcial y ajeno a la instrucción, el cual comprobará si las investigaciones llevadas a cabo por el MF operan bajo el principio de la legalidad y constitucionalidad, además de tener la potestad para resolver al MF todas las dudas que se le planteen mientras está instruyendo.

Asimismo, le corresponde con exclusividad al Juez de Garantías acordar determinadas medidas cautelares⁴⁹:

- Las medidas cautelares de carácter personal, por ejemplo, regularizar la situación personal del detenido en el plazo máximo de 72 horas a contar desde su detención o de autorizar su prórroga; ordenar la orden de protección; acordar la prisión provisional y sus prórrogas...
- Las medidas cautelares de carácter real, por ejemplo, la intervención del vehículo y la retirada del permiso de circulación; el secuestro de una publicación...

En definitiva, se crea la institución del Juez de Garantías, con la finalidad de controlar las diligencias de investigación llevadas a cabo por el MF, necesitando su aprobación cuando estén en peligro los derechos y libertades fundamentales del investigado.

⁴⁸ El art 18 CE establece “1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.”

⁴⁹ LEAL MEDINA, J., Un estudio sobre...op. cit.



Hacia un nuevo papel del Ministerio Fiscal en la investigación penal

V. CONCLUSIONES

1. La idea de que sostenga el MF la función instructora en el seno de la investigación penal puede resultar extraña a nuestro actual proceso penal, no obstante ya se han producido reformas de hondo calado que también en su momento supusieron una verdadera alteración del proceso penal tal y como se concebía, buena muestra de ello es la que dio lugar a la escisión entre el Juez Instructor y el Juez que falla.
2. Se han presentado dos proyectos de reforma, el Anteproyecto de 2011 y el BCPP de 2013, en los cuales se hacía recaer en la figura del MF la instrucción de la investigación penal. No obstante, estas propuestas no llegaron a consolidarse.
3. Actualmente, existen posiciones a favor de que el MF sea el encargado de la instrucción, con la consiguiente abolición de la figura del Juez Instructor. Sin embargo, la institución del Juez de Instrucción tiene un aspecto positivo relevante, y es que es un órgano que actúa con independencia. A sensu contrario, podemos entender que sobre la figura del MF pueda llegar a tener influencia el Poder Ejecutivo. Esta circunstancia se revela como peligrosa y resulta complicado garantizar en todos los supuestos una investigación objetiva e imparcial, especialmente en aquellos supuestos en que se puedan ver comprometidos intereses del partido político gobernante o en el que estén implicados sujetos con relevancia política. Por otra parte, no debemos olvidar que la atribución de la instrucción al MF podría tener el efecto de convertir al Ministerio Público en una especie de Juez y parte, al tener este que sustentar el ejercicio de la acusación al mismo tiempo que lleva a cabo la investigación.
4. Algunos autores han mantenido una postura bastante radical sobre el carácter administrativo que tiene la instrucción del proceso penal. En este sentido, mantienen que no es necesaria la intervención de un órgano jurisdiccional, siendo más adecuada la intervención del MF. Sin embargo, resulta complicado mantener esa naturaleza exclusivamente administrativa de la instrucción. Si bien es cierto que una gran mayoría de las diligencias de investigación se pueden acordar sin que sea preceptiva la intervención del Juez, mientras que hay algunas diligencias que por su carácter limitativo de DDFP no pueden

acordarse sin la intervención jurisdiccional. Lo mismo debemos afirmar de aquellas medidas cautelares sobre las personas que suponen la pérdida de su libertad o disponibilidad de sus bienes. En este sentido, creemos que la instrucción participa de un carácter que podríamos denominar híbrido y no absolutamente administrativo.

5. La desaparición del Juez Instructor como encargado de la instrucción, supondría la desaparición de nuestro sistema penal mixto para pasar a un sistema acusatorio puro. Es cierto que, en países como Alemania e Italia, funcionan adecuadamente otros modelos penales en los cuales el MF lleva a cabo la investigación penal, pero cada país posee unas situaciones y prioridades diferentes, por lo que no puede ser comparado en su totalidad.



Hacia un nuevo papel del Ministerio Fiscal en la investigación penal

IV. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y REVISTAS

BENAVENT CUQUERELLA, D., *La dirección de la investigación criminal por el Ministerio Fiscal en España: Situación actual y reformas proyectadas*, Fe d'erratas, Madrid, 2014

CHOZAS ALONSO, J.M., “Otro avance de la justicia penal negociada: la conformidad y la mediación en el borrador de Código Procesal Penal de 2013” en *Diario La Ley*, nº 8129, Sección Tribuna, 18 de Julio 2013

DAMIÁN MORENO, J., *Un estudio a la luz del sistema acusatorio inglés*, Dykinson, Madrid, 2014

DIEZ - PICAZO, L.M., *El Poder de Acusar*, Ariel, Barcelona, 2000

GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, Civitas, Pamplona, 2015

GIMENO SENDRA, V., “La reforma de la LECRIM y la posición del Ministerio Fiscal en la investigación penal”, en *El Juez y la cultura jurídica contemporánea*, Vol. 2, 2009

GIMENO SENDRA, V., *El Ministerio Fiscal - Director de la Investigación*, Iustel, Madrid, 2006

GÓMEZ COLOMER, J.L., *El Ministerio Fiscal ¿Eje de la reforma procesal penal?*, 2001 en Pico i Junoy, J. (Coord) *Problemas actuales de la justicia penal: los juicios paralelos, la protección de los testigos, la imparcialidad de los jueces, los juicios rápidos, la pena de multas*, Bosch, Barcelona, 2001

LANZAROTE MARTINEZ, P., *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su Estatuto Orgánico*, La ley, Madrid, 2008

MUERZA ESPARZA, J.J., *El Proceso Penal Abreviado*, Aranzadi, Navarra, 2002

LEGISLACIÓN

Constitución Española

Constitución Italiana

Decreto del Presidente della repubblica 22 settembre 1988, n. 447

Instrumento de Ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998

Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

Ley de Reforma del Proceso Penal alemán, de 9 de diciembre de 1974

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores

Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado

Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal

RECURSOS DE INTERNET

LEAL MEDINA, J., Un estudio sobre el Anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal. Un nuevo proceso penal, <http://www.doctaignoranciadigital.com/index.php/temática/derecho/29-anteproyecto-ley.html> 10 de mayo de 2017

<http://www.abogacia.es/2014/01/30/para-cuando-la-nueva-ley-de-enjuiciamiento-penal-analisis-de-la-tension-secreto-publicidad-en-la-futura-instruccion/> 15 mayo de 2017