

FACULTAD
DE CIENCIAS
JURÍDICAS



ZIENTZIA
JURIDIKOEN
FAKULTATEA

TRABAJO FIN DE GRADO / GRADU AMIERAKO LANA

**EL MINISTERIO FISCAL ESPAÑOL
FUNCIONES Y POTENCIAL EVOLUCIÓN**

Nombre y Apellidos del estudiante: MARTA RÁNDEZ GIL

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Marta Rández Gil', is centered on a light gray background.

**Directores: Dr. D. IÑAKI RIAÑO BRUN y
Dr. D. MANUEL RICHARD GONZÁLEZ**

Pamplona / Iruñea

A viernes, 6 de junio de 2014

PALABRAS CLAVE

La independencia y la imparcialidad exigida a Jueces y Fiscales (artículos 124.2 CE, 2 y 7 del EOMF) en su actuación responden al mismo tipo de exigencias: tratan de proteger el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho y tratan de preservar la credibilidad de las decisiones y las razones jurídicas. Para ello pretenden controlar los móviles por los cuales la autoridad actúa.

La independencia, el deber de independencia, trata de controlar los móviles de la autoridad frente a influencias extrañas al Derecho provenientes desde fuera del proceso jurisdiccional, del sistema social en general. Por tanto, la autoridad debe ser independiente frente a otras autoridades del mismo orden, frente a otros poderes del Estado, frente a la prensa, frente a organizaciones sociales, frente a la Iglesia, etc.

La imparcialidad, el deber de imparcialidad, por el contrario, trata de controlar los móviles de la autoridad frente a influencias extrañas al Derecho provenientes desde dentro del propio proceso jurisdiccional. En este sentido, el deber de imparcialidad puede definirse como un deber de independencia frente a las partes en conflicto y/o frente al objeto de litigio.

Por su parte, la autonomía constituye un punto intermedio entre la independencia absoluta y la subordinación. La autonomía permite conciliar, en el funcionamiento de determinados órganos e instituciones, ámbitos de competencia exclusivos con mecanismos de colaboración en líneas políticas comunes y generales.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
I. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL MINISTERIO FISCAL.....	2
II. PRINCIPIOS RECTORES DEL MINISTERIO FISCAL	3
III. FUNCIONES, EN LA ACTUALIDAD, DEL MINISTERIO FISCAL	8
1. FUNCIONES DE CARÁCTER GENERAL	9
2. FUNCIONES EN EL ORDEN PENAL	10
2.1 FUNCIONES EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN	10
2.2 FUNCIONES EN LA FASE INTERMEDIA	12
2.3 FUNCIONES EN EL JUICIO ORAL.....	13
2.4 RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES.....	14
IV. PROPUESTA DE REFORMA EN TORNO AL PAPEL DEL MINISTERIO FISCAL EN PROCESO PENAL.....	15
1. ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DEL ANTERIOR GOBIERNO SOCIALISTA	16
2. PROPUESTA POPULAR DE TEXTO ARTICULADO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL, ELABORADA POR LA COMISIÓN INSTITUCIONAL CREADA POR ACUERDO DE CONSEJO DE MINISTROS DE 2 DE MARZO DE 2012.....	19
V. VALORACIONES SOBRE LA INDEPENDENCIA DEL MINISTERIO FISCAL.....	22
VI. CONCLUSIONES.....	26

INTRODUCCIÓN

A lo largo de este trabajo, pretendo analizar la figura del Ministerio Fiscal, diseñada principalmente por la Ley 50/1981, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal que obedece al mandato constitucional del artículo 124 CE. Esta Ley ha sido objeto de posteriores modificaciones entre la que destaca la Ley 24/2007 que pretende reforzar la autonomía de la institución. Asimismo, las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal atribuyen al MF múltiples funciones en las diferentes fases de diversos procedimientos jurisdiccionales, especialmente del orden penal, ámbito dónde más destaca la presencia del MF.

Trato, asimismo, de poner de manifiesto la problemática, tanto doctrinal como práctica, que plantea la propia naturaleza jurídica del MF ante el silencio del legislador, que ha elaborado una convenientemente flexible institución y las eventuales incompatibilidades que surgen entre los principios que según la propia Constitución, han de informar la actuación y organización de la institución.

En el panorama jurídico-político en el que hoy nos encontramos, es necesario atender a los movimientos que llaman a la transformación, a la evolución de esta institución que hasta hoy juega un papel muy claro y determinado y cuyas funciones y estructura, parece claro que en un futuro no muy lejano, comenzarán a desdibujarse para que esta institución evolucione. Precisamente en esta cuestión encuentra sentido el presente trabajo: Existen hoy dos propuesta de reforma que afectan al papel del Ministerio Fiscal en el proceso penal, dos textos normativos elaborados por los dos partidos mayoritarios españoles, de opuesto signo político, mientras se encuentran en el Gobierno: el Anteproyecto socialista de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, posteriormente, la propuesta de Anteproyecto de reforma de la misma Ley del Partido Popular de 2012.

La evolución de la figura del Ministerio Fiscal, que entiendo próxima y viable basándome el panorama político (pues ambos partidos mayoritarios abogan por reformar esta institución en la misma línea) plantea, entre otras, una controversia sobre el fondo, sobre los principios rectores de la institución. El problema radica en que la función que el ejecutivo pretende atribuir de forma novedosa al MF, pone todavía más en cuestión la ya disputada compatibilidad entre los principios que han de regir la

organización y la actuación del MF, establecidos por la propia Constitución y, se abre una vez más, la discusión sobre si la reforma del EOMF operada en 2007, realmente garantiza adecuadamente la autonomía e independencia del Ministerio Fiscal del Poder Ejecutivo. Autonomía e independencia que entiendo imprescindible para el ejercicio de la próxima función que en un futuro cercano le será atribuida al MF.

I. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL MINISTERIO FISCAL

El Ministerio fiscal es un órgano de relevancia constitucional y con personalidad jurídica propia (art. 124 CE). Afirmado esto, ante la indeterminación por parte del legislador de la naturaleza del mismo, existe un debate doctrinal acerca de si el Ministerio fiscal es un órgano dependiente del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial:

Por un lado, el Gobierno es quien propone al Rey el nombramiento y cese (por causas, en todo caso, objetivas gracias a la reforma del EOMF de 2007) del Fiscal General del Estado (art. 124.4 CE) y puede interesar de éste que promueva las actuaciones necesarias ante los Tribunales para la defensa del interés público. Estos argumentos son los que defenderían aquellos que entienden que el MF es dependiente del Gobierno.

Sin embargo, el Ministerio Fiscal aparece regulado en el Título VII de la Constitución “Del Poder Judicial” y no en su título IV referente al Gobierno y la Administración. No dicta actos administrativos sino actos procesales, pero tampoco es un órgano jurisdiccional, porque aunque provoque la actividad jurisdiccional, ni ejercita la potestad jurisdiccional (art. 117.3CE) ni goza plenamente de la independencia judicial. Fuera de la detención preventiva, el Ministerio fiscal no puede dictar resoluciones limitativas de los derechos fundamentales.

Considero que todas estas son razones de peso que han de llevarnos a la conclusión de que el MF no puede ser dependiente jerárquicamente del Gobierno. Ello sin perjuicio de que, como poder que ostenta la función de orientación de la política criminal, el Gobierno pueda influir, a través de los mecanismos que posteriormente serán analizados y negativamente criticados, en la actuación del MF.

La doctrina aboga por configurar al Ministerio Fiscal como un órgano imparcial, promotor y colaborador de la Jurisdicción, perteneciente al Poder Judicial, aunque no se encuentre orgánicamente en él integrado y sea funcionalmente independiente (art. 21 EOMF).

La misión para la que esta institución ha sido creada e incluida en el ordenamiento jurídico español es la de promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y de los intereses públicos tutelados por la ley. Como la propia Carta Magna ha querido aclarar, hay que tener presente que no es el único medio a través del cual defender la legalidad y los intereses públicos, pues la defensa de los mismos no es una atribución exclusiva al MF.

II. PRINCIPIOS RECTORES DEL MINISTERIO FISCAL

Reza el artículo 2.1 EOMF, conforme al artículo 124 CE *“El Ministerio Fiscal (...) conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.”*

Lejos de tratarse de un asunto meramente teórico y simple como podría parecer en un primer acercamiento a los principios que han de informar la actuación y organización del Ministerio Fiscal, en adelante MF, nos encontramos en presencia de una contradicción que ensombrece la figura del Ministerio Fiscal y que está presente a lo largo de todo este trabajo: la existencia de una contraposición entre la exigencia de imparcialidad y legalidad, y entre los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica. Veremos a continuación como el cumplimiento de los principios de imparcialidad y legalidad (rectores de la actuación del MF) puede verse dificultado por el principio de unidad de actuación y –sobre todo- por el principio de dependencia jerárquica (informadores del funcionamiento u organización del MF).

Entrando ya a analizar el contenido de estos cuatro principios informadores, podemos clasificarlos entre principios de actuación y de organización; En la actuación del MF rige el principio de legalidad¹, principio sancionado por el art. 105 LECrim², y

¹ Según establece el artículo 6 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal –en adelante EOMF-, *“Por el principio de legalidad el Ministerio Fiscal actuará con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás*

que a mi parecer, no se opone a que pueda instaurarse en nuestro ordenamiento un principio de oportunidad reglada. Este principio de “oportunidad reglada”, inspira la Ley Procesal del menor (LO 5/2000). Encuentra su fundamento en la necesidad de conciliar el principio de legalidad con la protección del interés público y los derechos de los ciudadanos que la CE le encomienda al MF. De esta manera, atendiendo a otros fines además del *ius puniendi* del derecho penal (como la pronta reparación de la víctima, la reinserción social del imputado o la lucha contra la criminalidad organizada y el terrorismo) el MF está legitimado para no incoar un determinado procedimiento penal bajo el previo cumplimiento de determinados presupuestos o incluso para adoptar o instar el sobreseimiento de un determinado proceso a condición del cumplimiento del imputado de las eventuales prestaciones inmediatas o futuras.

Una variable importante es pues, la de la *obligatoriedad o discrecionalidad de la acción penal*³. En los ordenamientos donde rige el principio de obligatoriedad, por ejemplo Italia, el *Pubblico ministero* debe ejercitar la acción penal cada vez que tenga noticia de un delito. El público ministerio tiene el deber de sostener y perseverar en la persecución penal de todo delito del cual tome conocimiento, sin que pueda suspenderla, interrumpirla o hacerla cesar a su discreción. Sin embargo, donde rige el principio de oportunidad, como en los ordenamientos de common law y otros como Francia, el Ministerio fiscal decide si persigue o no el delito del que tiene noticia, si suspende o cesa la persecución penal, si promueve una sanción penal devaluada discrecionalmente respecto de la establecida por la ley para el delito acreditado con los antecedentes o pruebas reunidas. Así, el MF está facultado para

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.”

² Artículo 105 LeCrim de 1882: *Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada. También deberán ejercitarlas en las causas por los delitos contra la honestidad que, con arreglo a las prescripciones del Código Penal, deben denunciarse previamente por los interesados, o cuando el Ministerio Fiscal deba, a su vez, denunciarlos por recaer dichos delitos sobre personas desvalidas o faltas de personalidad.*

³ RODRÍGUEZ VEGA, Manuel: “Principios de obligatoriedad y discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal” en *Revista de derecho (Valdivia)* v.26 n.1 Valdivia jul. 2013

elegir entre una u otra opción según su evaluación y política criminal, pudiendo incluso en algunos ordenamientos, imponer determinados deberes al autor del daño, en lugar de ejercer la acción penal (por ejemplo reparar el daño, indemnizaciones...). Estas facultades, en definitiva, evitan la acumulación de un número excesivo de causas ante los Juzgados y Tribunales. Pueden regir los dos principios mezclados, rigiendo el de obligatoriedad, por ejemplo, en los casos más graves. En cualquier caso, donde rige el principio de obligatoriedad de la acción penal, el Ministerio fiscal ostenta un cierto margen de discrecionalidad para dedicar más o menos empeño y recursos a cada delito.

El otro principio que ha de informar la actuación del MF es el de imparcialidad. Establece el art. 7 EOMF que *“el Ministerio Fiscal actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados”*. El Ministerio Fiscal no defiende derechos o intereses propios, sino ajenos (de los menores, personas desvalidas, víctimas...) así como los bienes e intereses públicos, de manera que actúa como parte imparcial en el proceso. El MF es parte y no órgano jurisdiccional en el proceso, y por ello no puede ser recusado⁴. No obstante, la imparcialidad que le caracteriza, le exige abstenerse de aquellas causas en las que se dan los motivos que exigen la abstención de los Jueces y Magistrados y el interesado tiene la posibilidad de poner en conocimiento de su superior jerárquico los motivos que exigen la abstención del fiscal para que el mismo sea apartado de la causa.

En segundo lugar, pasamos a analizar el contenido e implicaciones de los principios que informan el funcionamiento u organización del MF.

Al MF se le reconoce una única personalidad jurídica, como dispone el art. 22.1 EOMF *“el Ministerio Fiscal es único para todo el Estado”* pese a que los funcionarios fiscales son múltiples. Así se consagra el principio de unidad del MF. El RD 93/2006 de 3 de febrero regula el sistema de información del MF y crea una red integrada de comunicaciones electrónicas del MF para garantizar un sistema de identificación y

⁴ Art. 28 EOMF: *“Los miembros del Ministerio Fiscal no podrán ser recusados. Se abstendrán de intervenir en los pleitos o causas cuando les afecten algunas de las causas de abstención establecidas para los Jueces y Magistrados. Las partes intervinientes en los referidos pleitos o causas podrán acudir al superior jerárquico del Fiscal de que se trate interesando que, en los referidos supuestos, se ordene su no intervención en el proceso.”*

codificación único de los procedimientos y actuaciones en los que intervenga el MF, una base de datos centralizada de dichos procedimientos, acceso telemático de las fiscalías a los registros, bases de datos y conexión telemática permanente entre la Fiscalía General del Estado con todas las fiscalías y de éstas entre sí.

Por su parte, el principio de dependencia jerárquica complementa imprescindiblemente el principio de unidad. Todos los fiscales actúan bajo las órdenes y supervisión de sus superiores. Los Fiscales están sometidos a los mandatos e instrucciones que puedan impartir el Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, Tribunal superior de Justicia o Fiscal de Sala del Tribunal supremo. Estos Fiscales Jefes están, a su vez, sometidos a las órdenes inmediatas del Fiscal General del Estado, quien además propone al Gobierno los nombramientos y ascensos de los fiscales, puede decretar la suspensión de un determinado Fiscal o proponer al Gobierno su separación del servicio. La dependencia jerárquica interna del MF asegura la unidad de criterio, pues siendo muchos los fiscales que conforman esa institución única, el criterio que todos han de seguir en su actuación es el mismo de manera que, lo que en la realidad es una pluralidad de Fiscales, la actuación de todos ellos está sujeta al criterio marcado por sus respectivos superiores y en última instancia a las directrices generales del Fiscal general (concretadas en Circulares, Instrucciones y Consultas) y se puede reducir a una única actuación.

No pocas veces se plantea el interrogante de si realmente rige en nuestro ordenamiento tanto el principio de legalidad como el propio principio de imparcialidad. El artículo 27⁵ del EOMF se encarga de regular la actuación del Fiscal que considera

⁵ El artículo 27 del EOMF: **Uno.** *El Fiscal que recibiere una orden o instrucción que considere contraria a las leyes o que, por cualquier otro motivo estime improcedente, se lo hará saber así, mediante informe razonado, a su Fiscal Jefe. De proceder la orden o instrucción de éste, si no considera satisfactorias las razones alegadas, planteará la cuestión a la Junta de fiscalía y, una vez que ésta se manifieste, resolverá definitivamente reconsiderándola o ratificándola. De proceder de un superior, elevará informe a éste, el cual, de no admitir las razones alegadas, resolverá de igual manera oyendo previamente a la Junta de Fiscalía. Si la orden fuere dada por el Fiscal General de Estado, éste resolverá oyendo a la Junta de Fiscales de Sala.*

Dos. *Si el superior se ratificase en sus instrucciones lo hará por escrito razonado con la expresa relevación de las responsabilidades que pudieran derivarse de su cumplimiento o bien encomendará a otro Fiscal el despacho del asunto a que se refiera.*

que la instrucción que le ha dado su superior es ilegal: tras poner en conocimiento del Superior la eventual ilegalidad, si se ratifica en su instrucción, el Fiscal que todavía la considera ilegal, debe realizarla de manera coercitiva o la tarea encomendada se le encarga a otro. Se pone aquí de manifiesto la incompatibilidad entre los efectos del principio de jerarquía, tal y como se interpreta, y el principio de legalidad. Se me antoja incompatible con este último principio que un fiscal, aun considerando ilegal una actuación que se le ha encomendado, deba cumplir con la orden de su superior y, en cualquier caso, ante la negativa, tal actuación eventualmente ilegal será llevada a cabo por otro Fiscal.

Entiendo que para salvaguardar la necesaria unidad del Ministerio Fiscal y rendir compatible el principio de dependencia jerárquica con el de legalidad, los superiores jerárquicos de la institución deberían de estar facultados para emitir directivas y ordenes generales de actuación, restringiéndose a ello su superioridad. Sin embargo, ha de descartarse la posibilidad de que el superior jerárquico de un Fiscal le ordene como ha de proceder concretamente en el procedimiento en el que actúa, ya que esto además de que eventualmente puede suscitar controversias con el principio de legalidad, deja del todo la puerta abierta a que en contra del principio de imparcialidad (posteriormente analizado) los superiores jerárquicos puedan intervenir (libremente y según su parecer) y contaminar los procedimientos en los que tengan algún interés.

Un ejemplo reciente de la actuación del Ministerio Fiscal en España, sujetándose al principio de oportunidad y sin la observancia del principio de imparcialidad, se encuentra en el procedimiento por un presunto delito de enaltecimiento del terrorismo contra Arnaldo Otegui. Procedimiento del que salió absuelto tras retirar el Ministerio Fiscal su acusación. Esta sentencia de 23 de marzo del 2007, creó un clima de tensión entre los Fiscales y Magistrados, dado que estos señalaron que existían pruebas de cargo obtenidas lícitamente contra el Sr. Otegui, pero que, como consecuencia del principio acusatorio que rige en nuestro país, la retirada de la acusación del MF impide proceder a la condena del mismo. Muchos explican esta retirada de la acusación por parte del Fiscal en una directiva del gobierno, en base a las negociaciones entre este (primero PSOE y ahora continuando con su labor, PP) y la banda terrorista ETA, con la pretensión de no reavivar tensiones a fin de terminar definitivamente con dicho terrorismo armado.

Como una muestra más de que el principio de dependencia jerárquica obstaculiza el sometimiento del Ministerio Fiscal al principio de legalidad y de imparcialidad, debemos recordar el caso de José Couso. Couso era un cámara español que murió durante la invasión de Irak de 2003, como consecuencia de un ataque del ejército estadounidense contra el Hotel Palestine de la capital iraquí en el que se encontraba. Informaciones proporcionadas por Wikileaks mostraron como el Fiscal General del Estado, se comprometió con la embajada norteamericana en dificultar, a través de todos los medios en principio legítimos con los que contaba, la investigación que se estaba desarrollando sobre su muerte. De esta manera, la Fiscalía de la Audiencia Nacional ha mantenido la postura de que los Tribunales españoles carecen de jurisdicción por tratarse de una acción de guerra realizada en territorio iraquí. Ante estas revelaciones, la familia Couso denunció "la existencia de una conspiración entre funcionarios de la Administración Central del Estado y altos cargos gubernamentales españoles, por una parte, y funcionarios de una potencia extranjera por otra parte". La demanda especifica que estos "funcionarios y dirigentes políticos españoles con funciones gubernamentales" --en referencia al fiscal general del Estado, Cándido Conde-Pumpido, el fiscal jefe de la Audiencia Nacional, Javier Zaragoza, y el presidente de la Sala de lo Penal, Javier Gómez Bermúdez-- aceptaron "distintas indicaciones e instrucciones impartidas por funcionarios de los Estados Unidos con la finalidad de interferir en la independencia y las actuaciones de un poder constitucional del estado, el Poder Judicial, perturbando gravemente la instrucción de una causa judicial por el mero interés político de los EE.UU.⁶

III. FUNCIONES, EN LA ACTUALIDAD, DEL MINISTERIO FISCAL

Situado el problema objeto de análisis en el ámbito del proceso penal, conviene detallar, en primer lugar, las funciones que --de modo genérico- corresponden al Ministerio Fiscal y que pueden tener una repercusión en el ámbito procesal penal. Se trata de las funciones establecidas en el artículo 124 CE y en el artículo 1 del EOMF.

⁶ "La familia de Couso denuncia al fiscal general por las revelaciones de Wikileaks" noticia en *el Periódico*, de 13 de diciembre de 2010

1. FUNCIONES DE CARÁCTER GENERAL

Se le encomienda al MF la función de defensa de la legalidad. Podemos distinguir su actuación según el tipo de ley que defiende, de manera que como *defensor de la Constitución*, interviene en las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por Jueces y Tribunales. Es parte en aquellos procedimientos en los que se invoca el quebrantamiento de los derechos fundamentales y, en este sentido, está facultado por el art. 162.I.b) CE para promover e intervenir en los procesos de amparo, no solo el constitucional, sino también en los administrativos, civiles, penales o laborales previamente suscitados⁷. Por su posición de parte pública imparcial, debe sostener la pretensión de amparo cuando estime que mediante el comportamiento del poder público se ha vulnerado *un derecho fundamental* o por el contrario oponerse a ella y defender la legalidad del acto (le diferencia del Abogado de Estado).

Como defensor de la legalidad ordinaria hay que distinguir entre el ejercicio de la tutela de la legislación procesal y la tutela de la legislación sustantiva. Así, y con relación a la primera de ellas, el EOMF legitima de manera expresa al Ministerio Fiscal para defender la independencia judicial, prevenir y corregir las dilaciones procesales indebidas, defender la Jurisdicción y competencia de los órganos jurisdiccionales, interviniendo en todos los conflictos de competencia (por ejemplo emite dictamen en las cuestiones de falta de jurisdicción o falta de competencia que se plantean ante los órganos jurisdiccionales administrativos) y velar por la ejecución de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social.

En un segundo término, y con relación a la tutela de la legislación sustantiva, el MF debe ejercitar las acciones penales y civiles que nazcan de la comisión de delitos y faltas y oponerse a las ejercitadas por otros cuando proceda, intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares y práctica de diligencias para el esclarecimiento de los hechos. Debe tomar parte en defensa de la legalidad y del interés público o social.

En su función de defensa de los derechos de los ciudadanos, corresponde al Ministerio fiscal ejercer en materia de responsabilidad penal de menores las funciones que le encomienda la legislación propia, fundamentalmente la Ley 5/2000 sobre el

⁷ http://www.fiscal.es/El-Ministerio-Fiscal/Funciones-del-Ministerio-Fiscal/Actuaci%C3%B3n-ante-el-Tribunal-Constitucional.html?cid=1240559967523&pagename=PFiscal%2FPage%2FFGE_contenidoFinal

proceso penal de menores), debiendo orientar su actuación a la satisfacción del interés superior del menor. Ejerce las acciones en tutela de los derechos fundamentales de los menores. Como ya adelantaba en líneas anteriores, es parte en aquellos procedimientos en los que se invoca el quebrantamiento de los derechos fundamentales. Debe velar por la protección procesal de las víctimas, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas. Interviene en los procedimientos en materia de Vigilancia Penitenciaria por quejas y recursos de quienes se encuentran sometidos a la ejecución de penas privativas de libertad. Así mismo, debe prevenir la comisión de detenciones ilegales, pudiendo visitar todos los centros de detenidos así como promover el “habeas corpus”

2. FUNCIONES EN EL ORDEN PENAL

Especificadas las funciones genéricas que la CE y el EOMF atribuyen al MF, pasamos a examinar las funciones específicas del MF en el proceso penal. Se trata de funciones potencialmente modificables en un breve espacio temporal con el fin de que el MF asuma un mayor protagonismo en el proceso penal y, más en concreto, en la investigación de los delitos. Centramos nuestra atención en el ámbito procesal penal, y no en el papel del MF en otros ámbitos jurisdiccionales ya que treinta páginas son un espacio limitado para una tan amplia materia y se trata del ámbito donde más protagonismo adquiere la institución tanto en la regulación vigente como en las pretendidas reformas.

El Ministerio Fiscal interviene en todas las fases del proceso penal, con excepción de aquellos procedimientos por delitos o faltas perseguibles exclusivamente a instancia de parte.

2.1 Funciones en la fase de instrucción

Los particulares que tengan conocimiento de un hecho delictivo pueden denunciarlo ante el Ministerio Fiscal (entre otras instituciones), que decidirá sobre su archivo o las remitirá al Juzgado. Podrá en este caso el MF practicar aquellas diligencias que estime necesarias para el esclarecimiento de los hechos, con sólo dos límites: que tales diligencias no supongan una limitación de derechos y no puede adoptar medidas cautelares.

Para la práctica de eventuales diligencias previas a la incoación del procedimiento, pueden instar la actuación de la Policía Judicial, que de conformidad al artículo 126 de la Constitución, depende de los Jueces y Tribunales y Ministerio Fiscal. Destacar en este momento, de vital importancia en este trabajo, que según el modelo de instrucción judicial actual, las actuaciones practicadas por la Fiscalía anteriores al inicio del proceso, no tienen más efectos para el Juez de Instrucción que los propios de cualquier denuncia. Basta con el conocimiento por parte de los tribunales de la existencia de las investigaciones de la Fiscalía (bien por denuncia de los afectados, bien porque se le ha solicitado una medida restrictiva de un derecho fundamental) para que deba procederse a la “judicialización” de las actuaciones.

Un aspecto clave en este trabajo es, pues, la previsión por parte de la Ley Orgánica 7/1988, regulada en el artículo 773. 2 LECRim, de la facultad del MF de llevar a cabo diligencias preliminares de investigación, previas a la judicialización del procedimiento. Entiendo que, a través de la atribución de esta facultad del MF, el legislador ya hizo un primer intento de poner sobre el MF la mayor parte del peso de la dirección de la investigación de los hechos delictuales, sorteando temporalmente las necesarias reformas del EOMF que ya hoy se proponen. Deduzco que el 777.1 LECRim al establecer que “el Juez ordenará a la Policía Judicial o practicará por sí las diligencias necesarias encaminadas a determinar...” pretende dejar sin contenido la instrucción judicial posterior (así, el Juez de Instrucción se limitaría a tomar declaración al imputado, realizar actos de investigación que afecten a derechos fundamentales y practicar diligencias solicitadas por las partes que sean necesarias). Pese al intento del legislador de descargar al juez de instrucción de las labores de investigación, en incremento de las funciones del Fiscal, tal previsión no ha cuajado pues, de facto, la Policía Judicial ante la posibilidad de dirigirse ante el MF o ante el Tribunal, elige siempre al segundo.

Presentada la denuncia o querrela ante el Juzgado competente, por particular o por el propio Ministerio Fiscal, el encargado de dirigir la investigación es el Juez de Instrucción, quedando el Ministerio Fiscal como una parte más, aunque eso sí, imparcial durante la Instrucción.

Cuando existen detenidos y estos pasan a disposición judicial, el Fiscal les toma declaración, así como a los testigos que la hayan de prestar con carácter de urgencia y

podrá solicitar medidas cautelares legalmente previstas, decidiendo sobre ellas el Juez de Instrucción sin poder agravar la medida solicitada, en virtud del principio acusatorio.

Durante toda la tramitación de la fase de instrucción, al igual que las demás partes, podrá solicitar del Juzgado que realice las diligencias que estime convenientes. Además, podrá recurrir cualquier resolución judicial susceptible de recurso, y será oído respecto a los recursos interpuestos por las demás partes. El Juez, en ningún momento se encuentra vinculado a lo que el Ministerio Fiscal señale.

En la fase de instrucción, una gran diferencia entre el Fiscal y las demás partes se encuentra en el eventual secreto del sumario: Las partes no serán conocedoras de las diligencias que se van a realizar, ni de su resultado hasta que no se levante dicho secreto. El secreto de sumario no afecta al Ministerio Fiscal pues siempre tendrá acceso y será informado de las diligencias que se practican, así como del resultado con el objeto de que pueda velar por el respeto de los Derechos Fundamentales del procesado, pudiendo recurrir aquellas actuaciones que el MF entienda no están respetando dichos DDFD.

2.2 Funciones en la fase intermedia

En esta fase, las partes acusadoras deben, en primer lugar, realizar el escrito de calificación provisional en el que concretarán los hechos que denuncian y si entienden que son constitutivos de delito. El Ministerio Fiscal también presenta su Escrito de Calificación Provisional pudiendo acusar al encausado o solicitar el sobreseimiento (cuando entienda que los hechos no son constitutivos de delito o que el encausado no ha participado, o que existen circunstancias eximentes...).

Cuando la acusación no se ha personado, el Juez de Instrucción puede informar a los perjudicados sobre la eventual pretensión de sobreseimiento del MF, para que ejerciten si lo desean la acción penal ellos mismos (art. 642 y ss LeCrim). Esta facultad del Juez encuentra sus por qué, tanto en la necesidad de permitir que el perjudicado del hecho que se examina pueda proseguir con el procedimiento cuando entienda que el hecho es constitutivo de delito, en concordancia con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24CE), como en la necesidad de eliminar los contras del principio de oportunidad, según el cual, sin acusación del Fiscal no hay posibilidad de enjuiciamiento.

Existe además la posibilidad de que cualquier persona no afectada directamente por el hecho delictivo, pueda personarse en el procedimiento como Acusación Popular. Volviendo al ejemplo de actualidad que ya aludía en el apartado de los principios que rigen la actuación del MF, se pone de manifiesto la importancia de la acusación popular, en la absolución de Arnaldo Otegui. Al apartarse el MF fiscal como única acusación del procedimiento, no hubo acusación y por tanto tampoco pena, pese a que la sentencia reconoce la existencia de un hecho delictivo in-condenable según el principio acusatorio. Diversos grupos de víctimas del terrorismo informaron de que a partir de la experiencia en este procedimiento, se van a personar en todo procedimiento contra ETA.

2.3 Funciones en el juicio oral

Realizados los escritos de calificación provisionales de acusación y defensa, se señala fecha para la celebración de Juicio Oral. En esta fase, el Ministerio Fiscal es una parte más del procedimiento, al mismo nivel que los Letrados personados, ya sea como acusación o defensa. Es la única fase del procedimiento penal en la que se da el principio de igualdad procesal (también denominado igualdad de armas) entre Ministerio Fiscal y demás partes actuantes.

En lo que respecta a la práctica probatoria, podrá, al igual que el resto de las partes, interrogar a los testigos, a los peritos, solicitar la lectura de algún documento, impugnar los que considere oportuno o solicitar la reproducción de alguna grabación o escucha.

Una vez practicada toda la prueba propuesta y admitida, todas las partes proceden a realizar la Calificación Definitiva, decidiendo el Fiscal entre: elevar a definitivas (mantiene la acusación realizada en el Escrito de Calificación Provisional), modificar, atenuando lo solicitado en la Calificación Provisional (el Fiscal pide la condena por un delito menos gravoso, entiende que concurre alguna circunstancia atenuante/eximente, o, simplemente, pide una pena inferior) o modificar, agravando lo solicitado en la Calificación Provisional (cuando tras la práctica de todas las pruebas, decide solicitar una pena superior. En este supuesto el juicio debe suspenderse para evitar que el imputado se encuentre en indefensión, celebrándose dentro de los 10 días siguientes (artículo 788 LeCrim).

Perfeccionado el trámite de Calificación Definitiva, comienza el denominado Informe, en el cual las partes (Ministerio Fiscal, Acusación Particular, Abogado Defensor y Responsable Civil), manifiestan, por este orden, lo que consideren respecto de las pruebas practicadas. Es la última vez que el Ministerio Fiscal toma la palabra, no pudiendo discutir nada respecto de lo que aleguen las demás partes. Posteriormente el acusado tiene el denominado Derecho a la última palabra para que diga lo que entienda conveniente, sin que quepa discusión. Cuando concluye, se declara el procedimiento “visto para sentencia” y se da por finalizado el acto del juicio.

Concluido el procedimiento, todavía el Fiscal ostenta facultades de actuación. Como parte procesal, si entiende que la sentencia no se ajusta a derecho, por ejemplo, está legitimado para interponer Recurso de Apelación o Casación según el procedimiento, como el resto de las partes, con dos límites: Sólo cabe recurso del Fiscal cuando la sentencia no es totalmente estimatoria de sus peticiones y, en todo caso, sobre las mismas pretensiones que ha hecho valer durante el procedimiento, no diferentes. Cuando el recurrente es otra de las partes del procedimiento, el MF será oído y deberá contestar a dicho recurso, adhiriéndose (aceptando las peticiones del recurrente, sin realizar otras nuevas) u oponiéndose, según esté o no conforme con dicho recurso, señalando los motivos por los que el órgano judicial deba desestimarlos. Durante el plazo otorgado para contestar al recurso no podrá interponer otro recurso, amparándose en el recurso que interpuso otra parte.

2.4 Especial referencia al proceso para determinar la responsabilidad penal de los menores

Cuando me refería a la importancia de las diligencias preliminares a la iniciación del procedimiento dirigidas por el MF, lo hacía para destacar como en nuestro actual ordenamiento jurídico, el Ministerio Fiscal ya cuenta, de una manera a nuestro pesar residual, con funciones de investigación por voluntad del legislador. Sin embargo, el MF no cuenta con una atribución real de la función de instrucción hasta la aprobación de la Ley Orgánica 5/2000, en la que pasa a dirigir la instrucción de los procedimientos de responsabilidad penal de los menores.

La Ley Orgánica 5/2000 regula el procedimiento a seguir y las medidas a adoptar cuando el autor del hecho delictivo es un menor de edad. Como decía, la importancia de esta Ley en lo que respecta a este trabajo, es que se trata de la primera

norma que establece la dirección de la Instrucción en manos Fiscal de Menores (art. 16). Así, el Fiscal instruye los procedimientos, dirigiendo la investigación 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 esta fase el Juez se constituye como garante del respeto de los derechos fundamentales de los menores infractores y de las víctimas.

El Fiscal de Menores no puede, por sí mismo, establecer diligencias ni medidas cautelares restrictivas de derechos del menor, debiendo acudir al Juez de menores para que sea este el que lo autorice.

La defensa del menor podrá solicitar todas las Diligencias que considere conveniente al Fiscal Instructor, que resolverá mediante resolución motivada. La defensa podrá repetir su petición ante el Juez de Menores en cualquier momento del procedimiento, como garantía. Para ello, el Fiscal de Menores cuenta con el denominado Equipo Técnico, dependiente funcionalmente del propio Fiscal, cuya función es realizar un Informe en el que recoja un estudio de la situación del menor (psicológica, familiar y educativa), su entorno social y cualquier otra circunstancia relevante. En este informe no sólo expondrá esas cuestiones, sino que podrá proponer una intervención socio-educativa en interés del menor.

Cuando definitivamente el menor es declarado autor de los hechos por los que viene siendo acusado, el Juez le impone una medida. El Fiscal suele solicitar las medidas propuestas por el Equipo Técnico, que son, en principio, las que mejor pueden conocer las medidas educativas concretas para ese menor, ya que son los que realizan los distintos estudios y deben estar orientadas a la satisfacción del interés superior del menor, velando por que se modifiquen o sustituyan, si es preciso, las impuestas en sentencia.

IV. PROPUESTA DE REFORMA EN TORNO AL PAPEL DEL MINISTERIO FISCAL EN PROCESO PENAL

Pese a las diferencias ideológicas entre los dos grandes partidos políticos mayoritarios españoles, ambos tienen una pretensión común. La pretensión de atribuir al MF, en el papel que desarrolla en el proceso penal, la labor de la instrucción del

procedimiento -hoy en manos del Juez Instructor-. Así lo han puesto de manifiesto al proponer en sus respectivas legislaturas, dos textos normativos que pretenden reformar integralmente la Administración de Justicia Penal, en cuyas exposiciones de motivos explican los diferentes fundamentos en los que asientan tales pretensiones.

Antes de analizar los cambios que estos textos normativos proponen es necesario recordar como actualmente, de acuerdo con el art. 303 LECR, la instrucción de los delitos corresponde al Juez de Instrucción, ostentando el Ministerio Fiscal la función de “inspeccionar” la labor judicial (art. 306 LECR) e intervenir en las diligencias de instrucción, para posteriormente acusar al sujeto cuando existan indicios de que ha cometido un hecho delictivo. En cambio, en los países de cultura jurídica anglosajona corresponde al Fiscal el ejercicio de ambas atribuciones: dirigir la investigación realizada por la Policía y decidir si acusa o no.

1. Anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal del anterior gobierno socialista

En primer lugar, y con carácter general, es preciso destacar que la pretendida calificación del proyecto como garantista –terminología utilizada por los redactores de la ley- no lo es tanto si se tiene en cuenta que en ella y por citar un ejemplo, el régimen de la incomunicación de los detenidos no sólo no se erradica, como recomiendan organismos internacionales (Comité para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa), sino que se incrementa de esta manera: “*el plazo de detención máximo será de 72 horas, prorrogables otras 48 horas en casos de organizaciones criminales o terroristas*”. Esta previsión se completa con la extensión de este periodo “hasta los 13 días”. En la LECRIM, mientras tanto, se prevén cinco días de incomunicación en manos de la policía, ampliable en otros ocho días de incomunicación en prisión.

Además, puede calificarse la reforma como inoportuna pues era predecible la imposibilidad de su aprobación en la legislatura en la que se presentó por falta de tiempo. De hecho, el CGPJ no realizó el preceptivo informe sobre el Anteproyecto de Ley de enjuiciamiento Criminal argumentando falta de tiempo. Tampoco el Consejo General de la Abogacía Española realizó el informe que se le solicitó apoyándose en que "el adelanto electoral ha frustrado el debate público sobre una norma "capital" en el Estado de Derecho. La reforma más sustancial del proyecto socialista (y la parte que en este trabajo interesa) radica en la atribución al MF de la competencia para dirigir la investigación penal en detrimento del Juez de Instrucción, que asume la función de Juez

de garantías de los derechos del investigado y en decidir sobre la viabilidad de la acusación (juez de audiencia preliminar).

Por tanto, se encomienda al Ministerio Fiscal una novedosa e importantísima función: la de director del procedimiento de investigación oficial. El redactor del anteproyecto, en contra de lo que muchos argumentan y en contra de lo que vengo sosteniendo a lo largo del trabajo, afirma que tras la reforma del EOMF de 2007 es la figura idónea a asumir esta función dada su intachable imparcialidad *“el MF no está sujeto a ningún tipo de vínculo de dependencia jerárquica externa y es ajeno a toda interferencia partidista”*.

La exposición de motivos hace especial hincapié en la necesidad de mantener el régimen de dependencia jerárquica interna (art. 63) configurado por el EOMF. Entiende, que el EOMF es configurador de un adecuado sistema de contrapesos que aseguran al fiscal responsable la protección frente a los posibles excesos de poder en los que pueda incurrir su superior dadas sus facultades jerárquicas. Un sistema en el que el fiscal que intervenga en un proceso penal concreto puede incluso *“cuestionar las órdenes de los superiores que estima que son improcedentes. Puede, así, someterlas a la reflexión colectiva de la Junta de la Fiscalía”*. Sin embargo, no ajeno a la actualidad jurídico-política, contradiciéndose en la propia exposición de motivos y, seguramente a mi entender, en contra de lo que a él le gustaría, el legislador no ha podido ignorar la necesidad de que se refuerce la autonomía *ad extra* de la institución, concretamente la autonomía frente al Gobierno.

Pese a esto, pese a que en la Exposición de Motivos de una manera indirecta se acaba por admitir que, en el sistema actual, al MF no se le ha dotado de toda la independencia que su naturaleza exige, no toma medida alguna en este sentido, argumentando que las modificaciones que en su momento introdujo la reforma de 2007 en el EOMF ya garantizan una autonomía a su entender suficiente. Suficiente porque el legislador entiende que de alguna manera, el MF no puede ser un órgano absolutamente independiente, como lo es el Juez según deduzco de la siguiente afirmación: *“ha de tener sólidamente asegurada su autonomía ad extra pero que en modo alguno debe convertirse en un sucedáneo del actual Juez de Instrucción”*.

El argumento por el que se pretende dotar al MF de la función de instrucción es, como se desprende de la EM, la mayor flexibilidad de la organización fiscal. La

organización del MF permite un ejercicio más racional (que la organización judicial) de las funciones de investigación pues, básicamente, le está permitido al legislador crear una normativa muy general de asignación de asuntos en el MF, en absoluto rígida, que por los mecanismos establecidos en el propio EOMF pueda derogarse en cada caso concreto según las necesidades e intereses protegidos, ámbito territorial... del asunto. Así rinde las labores de investigación más simples y adecuadas a cada asunto concreto y a cada tipo de delito, ya que no está sujeto a las reglas de competencia inamovibles que si que rigen para la asignación de asuntos al juez, como garantía impuesta por el artículo 24 de la Constitución.

Dotar de la función de instrucción al MF y reducir al Juez al papel de “juez garante” en la fase de instrucción, exige reformar también la institución de la Policía judicial, que es quien realiza la investigación de los hechos. El Juez queda así totalmente extraño a las labores de investigación, sin capacidad para tomar medidas que afecten a los derechos del investigado, ostentando únicamente funciones de garantía. Por ello, ya no hay ninguna necesidad de que la policía tenga relación alguna con el Juez, de manera que debe pasar a ser dependiente funcionalmente exclusivamente de la fiscalía.

En todo caso la investigación policial previa a la fiscal debe cesar con la identificación del sujeto al que se considera responsable. Esto es así porque la identificación del mismo es el presupuesto para la incoación del procedimiento a cargo del MF, *“bajo el control de un Juez de Garantías y con sometimiento a un plazo máximo de duración”*.

Así pues, el fiscal, ante la noticia de un hecho delictivo, puede iniciar el procedimiento de investigación o no hacerlo, a través de decreto, porque lo considera improcedente analizando los suficientes indicios del hecho delictivo. Sea como fuere, será igualmente designado un juez al caso, con el objeto de que ante de la decisión de no iniciar un procedimiento, exista como garantía para los interesados, la impugnación ante el juez garante, limitando el libre albedrío del fiscal.

Llaman la atención los artículos 57 y 58 del texto normativo, que aclaran y precisan el principio de legalidad ya contenido en el EOMF, y lo compatibilizan de forma ya legal con el principio de oportunidad al que ya me refería en el apartado de principios rectores, en relación con el principio de legalidad. De esta manera, el

legislador para eliminar los aspectos negativos que plantea el principio de legalidad (como sería la obligación de sostener la persecución penal de todo delito del cual tome conocimiento pese a que, según su entender, quepan actuaciones o medidas legales más eficaces), deja claro que el MF goza de discrecionalidad para abstenerse de ejercitar la acción penal por razones de oportunidad legalmente establecidas.

2. Propuesta popular de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012

Tras el fracaso en la aprobación del Anteproyecto de reforma de la LECRim, cambia el gobierno y, al igual que la legislatura anterior, se procede a la elaboración de un nuevo texto de reforma en el que el papel del Ministerio Fiscal en el proceso penal vuelve a ser objeto de cambio.

Incapaz de evitar hacer una breve comparación entre ambas propuestas de modificación considero que, pese a ser posterior en el tiempo y por lo tanto, pudiendo haberse basado en la anterior propuesta para mejorarla, la Exposición de Motivos de la propuesta popular dista de optimizar aquel socialista, siendo por el contrario más incompleto que su predecesor. No sólo en sustancia encuentro más acertada la propuesta socialista, sino que, en este caso, disponiendo de un periodo legislativo amplio como para que la reforma hubiese salido adelante, el texto popular se queda en una mera propuesta que ni siquiera llega a anteproyecto.

Entrando a analizar la Exposición de Motivos, llama la atención que en torno al 80% de su extensión se encuentra referida a la figura del Ministerio fiscal, al que atribuye igualmente la novedosa función de instruir del procedimiento. En este sentido, la norma motiva tal atribución en la necesidad de despojar de la consideración de “inquisidor” al Juez de Instrucción que es emplazado por la ley al esclarecimiento de la verdad, de la realidad de los hechos que investiga, desde la sospecha contra el imputado. Esto compromete su neutralidad como presupuesto necesario en la actuación del Juez tanto para garantizar los derechos fundamentales del acusado como para tomar la decisión de sobreseer o abrir el juicio oral. De esta manera, al ser ajeno a la instrucción, el Juez se limita a la valoración de la prueba, sin que interfieran en su valoración aquellas actuaciones de investigación preparatorias del contradictorio. *“En tal sentido la*

justicia penal se convierte en la resolución judicial de la contienda entre adversarios. Queda cumplido con ello el principio acusatorio.”

El texto normativo crea *ex novo* un Tribunal de Garantías para la adopción de las medidas limitativas de derechos (como la prisión o las escuchas telefónicas), aunque alguna de estas limitaciones (como la declaración del secreto de las actuaciones), peligrosamente se le atribuyen al Fiscal. Este Tribunal no consigue compensar, sin embargo, en la primera fase del procedimiento la desigualdad entre acusación y defensa, pues no podemos olvidar que pese a ser el órgano instructor, el MF sigue manteniendo la función ordinaria de formar parte de la acusación cuando entienda que el hecho es delictivo⁸.

Como consecuencia necesaria de la atribución de la instrucción penal al fiscal, la Policía Judicial quedaría integrada orgánicamente en el MF (artículo 80).

La necesidad de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal es incuestionable, como bien indica la propia Exposición de Motivos, dadas “*las incoherencias normativas que las numerosas modificaciones de la Ley han provocado*” y dada la capacidad del legislador de configurar “*un sistema de investigación y enjuiciamiento moderno, ágil y equilibrado*”, que rinda más eficaz la aplicación de la ley penal y consecuentemente la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos.

No obstante, garantizar la conservación que este tipo de normativa debe exigir, es improbable si se realiza como fruto de mayorías absolutas como el PP pretende. La viabilidad en el tiempo de una reforma como ésta requiere la discusión y el consenso de los grupos políticos. Igualmente, la implantación de una ley de estas características, con el cambio de modelo que implica, necesitará un enorme esfuerzo económico y sobre todo organizativo.

Me llama la atención como en ninguna de las propuestas se han introducido reformas estructurales ni funcionales que tiendan a debilitar el principio de dependencia jerárquica a favor de una más plena vigencia de los principios de legalidad e imparcialidad. Precisamente es este punto el que más debate suscita en el panorama

⁸ MARTINEZ LÁZARO, Javier: “*Un Proyecto candente, la reforma del proceso penal*” opinión en *El notario del S. XXI*, Revista del Ilustre Colegio Notarial de Madrid.

social (así en el caso Couso o el caso Otegui, en los cuales se reprocha al MF una actuación sometida a la voluntad del Gobierno y en absoluto imparcial).

Como pone acertadamente de manifiesto FLORES PRADA, en el sistema procesal penal español se llega al absurdo de que "el Juez investiga para el Fiscal, y el Fiscal inspecciona la legalidad de las actuaciones sumariales del Juez"⁹. La confusión entre los papeles de ambos y la realización de diligencias inútiles aparecen por desgracia con frecuencia. Entiendo que tal disfunción encontraría solución en lo que estas reformas proponen. En el establecimiento del Fiscal como encargado directo de la investigación penal, con una Policía Judicial directamente a su servicio.

Lo que realmente entiendo es determinante a la hora de posicionarme a favor o en contra del nuevo papel del MF como instructor de los procedimientos, es la normativa reguladora de la elección del Fiscal General del Estado como jefe superior y representante de la institución. Pues bien, actualmente, en el contexto normativo en el que pretende introducirse la nueva función instructora del Ministerio Fiscal, el Fiscal General sigue siendo nombrado y cesado a propuesta del Gobierno.

Pese a las modificaciones que ha introducido la reforma del EOMF en 2007, aspirantes a dotar de una independencia real esta institución, la conjugación del principio de jerarquía, según el cual todos los fiscales deberán someterse a las directivas tanto generales como especiales en cada caso concreto de sus superiores jerárquicos y en última instancia del Fiscal General, con el principio de imparcialidad que requiere que la actuación de cada fiscal en concreto se sustente en la búsqueda del interés público y general, sin atender a los deseos e injerencias de ninguno de los otros poderes y en concreto del poder ejecutivo, convierten en incoherente e insostenible la estructura del Ministerio Fiscal que ya viene marcada por la propia Constitución (124.4). Es incoherente porque dada la estructura de esta institución, un Fiscal no actúa con independencia del resto de fiscales superiores incluido el Fiscal General, que podrán interferir según su propia motivación o según la motivación del poder ejecutivo que solicitará del Fiscal General que la institución a la que representa y preside, actúe persiguiendo un resultado de interés político, contaminando así el procedimiento.

En este sentido se pronuncia, en rueda de prensa el 2 Agosto 2011, el Senador Autonómico del Partido Popular de La Rioja, Conrado Escobar, "*el fiscal en España es*

⁹ FLORES PRADA: en "*El Ministerio Fiscal en España*". Tirant lo Blanch, Madrid, 1999.

dependiente. Los fiscales son magníficos profesionales, pero la fiscalía depende del Ministerio de Justicia, es decir, del Gobierno Central”, en contra del principio de imparcialidad que debe regir la actuación del Ministerio fiscal español¹⁰. Declaración que poco tiempo después, se le va a volver en contra y perjudicar las iniciativas de su propio partido, pues en este punto, las iniciativas de reforma de ambos partidos coinciden.

V. VALORACIONES SOBRE LA INDEPENDENCIA DEL MINISTERIO FISCAL

Según el artículo 2.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y la Constitución Española (art. 124.2CE) el Ministerio Fiscal actúa de acuerdo al principio de imparcialidad, es decir, con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le están encomendados, sin perjuicio de que según el artículo 124.4 de la Carta Magna, el Fiscal General del Estado es designado por el Rey a propuesta del Gobierno.

Con el objetivo de lograr un equilibrio entre la necesaria imparcialidad y autonomía del Ministerio fiscal, y su relación con los poderes ejecutivo y judicial (pues pese a que el Ministerio fiscal se encuentra integrado en la estructura del Poder judicial, excepcionalmente esta institución es orgánicamente autónoma del Consejo General del Poder Judicial), España va a legislar siguiendo el orientamiento de la *Recomendación 2000 (19) del Comité de Ministros del Consejo de Europa*¹¹, que entre otras recomendaciones se encuentran:

- La prohibición al Gobierno de dar instrucciones al Ministerio fiscal para que no enjuicie un caso concreto (13.f)
- La regulación por ley de las relaciones entre el Ministerio Fiscal y el poder ejecutivo (14)

¹⁰ “Escobar: La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal impulsada por el Gobierno socialista persigue controlar a la Justicia” en *PP La Rioja*. *Martes*, 02 Agosto 2011

¹¹ Documento adjunto nº 1. Este entre otros instrumentos del Consejo de Europa encaminados a proporcionar orientación adicional sobre el estatuto y la función de los fiscales y sobre las salvaguardias necesarias para que puedan cumplir su labor.

-Las instrucciones generales que pueda dar el gobierno al Ministerio fiscal deben darse por escrito y publicarse (13.c))

-El Ministerio Fiscal debe perseguir, sin obstrucción de cualquier otra autoridad, los delitos por cualquier autoridad cometidos, en especial la corrupción y el abuso de poder (16).

Siguiendo la línea marcada por estas recomendaciones a favor de la independencia e imparcialidad del MF respecto al Gobierno, destaca la reforma del EOMF operada por la ley 14/2007.

Esta Ley refuerza la autonomía del MF al modificar el régimen de nombramiento y cese del Fiscal General del Estado. Respetando el art. 124.4CE, establece que, previamente a la designación del Fiscal General del Estado por el Rey, el Fiscal General propuesto por el Gobierno, debe ser oído el CGPJ (en audiencia preceptiva) y debe comparecer el aspirante ante una Comisión del Congreso de los Diputados a fin de que sean valorados sus méritos e idoneidad. En el mismo sentido, elimina la posibilidad del Gobierno de cesar libremente al Fiscal General, introduciendo una serie de causas objetivas de cese que puede revisar el Tribunal Supremo: petición propia, incompatibilidad o prohibición establecida en la Ley, incapacidad o enfermedad, incumplimiento grave o reiterado de sus funciones y fin del mandato del Gobierno que lo propusiera. Respecto a la Figura del Fiscal General destaca la asignación presupuestaria singularizada.

Se introduce la figura de la Junta de Fiscales de Sala, órgano colegiado de perfil esencialmente jurídico, como máximo órgano asesor del fiscal general cuando imparte instrucciones a sus subordinados, en aquellos asuntos que afectan a miembros del Ejecutivo.

Cuando el Fiscal General del Estado debe abstenerse por incurrir en alguna de las causas de abstención establecidas para los jueces y magistrados en la LOPJ, ya no resuelve el ministro de Justicia, como en origen, sino la Junta de Fiscales de Sala. De esta manera la decisión de apartar al Fiscal General en estos casos reside en el interior del propio MF.

El otro objetivo de la reforma, fue rendir más eficaz el sistema de justicia. Para ello se han configurado fiscales especializados como respuesta a las nuevas formas de

criminalidad. Se potencian las Fiscalías Antidroga y contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada. La Fiscalía Antidroga extiende su ámbito de actuación a los delitos de blanqueo de capitales relacionados con el tráfico de estupefacientes. Se contempla la posibilidad de crear secciones especializadas en las materias que se determinen legalmente, o que por su singularidad o por el volumen de actuaciones que generen requieran de una organización específica. En todas las fiscalías provinciales, con carácter obligatorio, habrá secciones de Menores, así como otras secciones contra la Violencia sobre la Mujer, Medio Ambiente y Ordenación del Territorio.

Igualmente ha llevado a cabo una reorganización territorial, mediante la creación del Fiscal Superior de la Comunidades Autónomas, que sustituirá a los originales Fiscales Jefes de los Tribunales Superiores de Justicia. En el mismo sentido, reorganiza la carrera fiscal con el fin de facilitar la movilidad y delimitar la temporalidad en el desempeño de los cargos.

Por último, se reafirma el carácter neutral y operativo de los órganos técnicos de la Fiscalía General del Estado, a través de la previsión legal de que los miembros de la Secretaría Técnica, la Unidad de Apoyo y la Inspección Fiscal no puedan presentarse como candidatos a las elecciones al Consejo Fiscal.

Son numerosos los elementos que en la práctica condicionan la actuación del Fiscal no sólo en España, sino en el resto de ordenamientos europeos: la falta de recursos suficientes (por ejemplo, humanos, financieros y logísticos); falta de autonomía e independencia debido a presiones internas o externas; deficientes condiciones de servicio (por ejemplo, reducidos sueldos, carencia de infraestructuras y del equipo técnico necesario para realizar investigaciones eficaces); y preocupaciones relacionadas con la seguridad de los fiscales y sus familias¹².

Para continuar analizando la incompatibilidad que sostengo en este trabajo entre el la configuración actual del Ministerio Fiscal con la independencia que el ordenamiento jurídico le exige, es aquello de que como en cualquier otro ámbito de la vida, es la eventual autonomía financiera la que determina la independencia de cualquier sujeto, y

¹² KNAUL, Gabriela: *Informe de la Relatora Especial Gabriela Knaul sobre la independencia de los magistrados y abogados*. Página web: Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Naciones Unidas.

en este caso, la que determina la autonomía en las actuaciones de la institución. Autonomía que hoy no se encuentra garantizada, sino que al contrario, el Ministerio fiscal *carece de autonomía presupuestaria* y depende del Ministerio de Justicia y de las Consejerías de Justicia de las CCAA, que son quienes ponen a disposición del Ministerio Fiscal los medios para que este desarrolle su función. Así, en la práctica el ejecutivo podría condicionar el resultado de un proceso penal de su interés, a través de una negativa de refuerzo de personal alegando la escasez de presupuesto para suplir la eventual vacante de un fiscal.

A modo de ejemplo real de la influencia del poder ejecutivo sobre la Fiscalía, podemos remitirnos a la aprobación del *Real Decreto 700/2013 de 20 de septiembre*, a través del cual el ejecutivo suprimió la contratación de fiscales sustitutos externos para cubrir las vacantes de los insuficientes Fiscales titulares de provincia, que sirven ante órganos judiciales de ámbito territorial no superior a las Audiencias Provinciales, con el falaz fundamento de profesionalizar la justicia, cuando realmente el objetivo era reducir costes económicos de la Justicia, ya que no se han convocado oposiciones para la carrera de fiscal en 2014.

La plantilla de fiscales españolas es de las más pequeñas del Consejo de Europa y una de las que soporta mayor carga de trabajo individual, ya que además los fiscales no cuentan con ayudantes y auxiliares como en otros países.

Una última observación sobre la conflictividad de la apuesta por la autonomía o, la actual dependencia presupuestaria del Ministerio Fiscal es que hoy, la Fiscalía General, pudiendo gestionar fondos públicos, no está incluida en la tan de actualidad *ley 19/2013 de 9 de diciembre de transparencia, acceso a la información y buen gobierno de las administraciones públicas*. De esta manera, en contra del espíritu de dicha ley, todavía ningún ciudadano tiene la garantía de que se le explique cómo se han gestionado los fondos percibidos por el Ministerio Público ni de si son adecuados para asegurarle la efectiva tutela de sus legítimos intereses que la Constitución le asegura en su artículo 24.

Por último, debo también aludir a los “contras” de un Ministerio Fiscal absolutamente independiente de los tres clásicos poderes¹³. Como institución no representativa del pueblo ni responsable políticamente, en un Estado democrático de Derecho, no debe encomendársele la facultad de orientar la política criminal. Encomendarle esta facultad sería consecuencia de la atribución en exclusiva de la función de instrucción y de aquella de ejercitar la acción penal pues, dado el colapso de los Tribunales, el MF debería elegir (como hoy hacen los Jueces de Instrucción porque no les queda otro remedio, dada la escasez de tiempo y medios) entre la persecución e investigación de unos u otros hechos delictivos denunciados. Se correría entonces el riesgo de que el MF fijara de por sí, que generalidad de hechos delictuales perseguir. Esto no es otra cosa que fijar la orientación de la política criminal, la cual debe corresponder al Gobierno de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución.

VI. CONCLUSIONES

El artículo 124.4 CE establece que el Fiscal General del Estado será propuesto por el Gobierno. Entiendo que lo dispuesto por la Constitución es una forma de control de la Administración de Justicia por parte del Ejecutivo. Esta disposición configura una dependencia directa al Gobierno, ya que tal y como está configurado el MF, la persecución de aquellos delitos de trascendencia política (cohecho, prevaricación, abuso de poder...) será decidida en última instancia por el Gobierno de turno, según sus intereses y objetivos políticos alejándose por completo de la propia naturaleza de la institución. Se marca aquí la diferencia con la persecución de aquellos delitos comunes, en los que los fiscales no se encontrarían influenciados. Así pues, debería reforzarse su autonomía funcional en relación con el Gobierno:

Y es que no bastaría con la esencial supresión de la facultad de los superiores jerárquicos (y sobre todo del Fiscal General influenciado por el Gobierno que todavía es quien le cesa pese las trabas que la reforma de 2007 ha introducido limitando su arbitrario poder) de dictar ordenes concretas a sus inferiores jerárquicos en los

¹³ El rechazo a un Ministerio Fiscal independiente es prácticamente unánime en la doctrina procesal y constitucional continental, incluida la italiana.

procedimientos en que intervienen. De este modo, los superiores jerárquicos mantendrían solamente la facultad de establecer directivas generales de actuación para mantener la unidad de criterio y no dar lugar a incoherencias y, en todo caso, directivas de actuación positivas, nunca negativas que impidan por ejemplo la incoación de un procedimiento. Se me antoja en este punto criticar la reforma del EOMF de 2007, la cual dado su espíritu, entiendo que ya debería de haber eliminado esta facultad de dictar ordenes concretas. Al mismo tiempo, debería de reconocérsele al MF autonomía presupuestaria para que el Ejecutivo, que es quien controla la financiación del mismo, no pueda condicionar los procedimientos a su antojo, alegando por ejemplo la falta de recursos para asignar un fiscal que intervenga en el mismo.

Para que en la práctica, el MF sea capaz de asumir una función tan laboriosa, descargando eso si a los colapsados Tribunales del trabajo de la instrucción, requiere crecer cuantiosamente en fiscales mientras que el poder ejecutivo, apoyándose en la escasez de recursos por la crisis, está dedicándose a reducir la plantilla de la Fiscalía¹⁴.

En definitiva, no quiero confundir al lector y llevarle a pensar que me posiciono en contra del Ministerio Fiscal como instructor del procedimiento. Dadas las graves incoherencias que encuentro entre la regulación actual de la institución con la propia naturaleza del mismo (que se reducen a la falta de independencia que en la práctica se observa), previamente a la investidura del Ministerio Fiscal como instructor, el Ejecutivo debería de ser realista y reformar primero todas las incompatibilidades normativo-estructurales. Posteriormente, con los problemas de fondo a los que me he referido a lo largo de este trabajo, solucionados, el Gobierno debería pasar a atribuir por fin, la función de instrucción al MF.

El argumento que definitivamente sostiene el movimiento de transformación de la fase de instrucción del procedimiento, en mi opinión, no es otro que aquel de que el Juez instructor carece de la imparcialidad debida pues, al investigar y decidir, va adquiriendo un interés cada vez mayor en que no se revoque lo que ha actuado. Ello termina por ir en contra del imputado. Argumento que complementan todos aquellos que los redactores de los textos normativos de reforma de la LECrim explican en sus exposiciones de motivos (como la más adecuada flexibilidad de organización del MF respecto a la judicial, la más apropiada postura de juez garante no contaminado en la

¹⁴ Con la aprobación del *Real Decreto 700/2013 de 20 de septiembre*

instrucción del procedimiento que debe tomar el juez hoy investigador para garantizar adecuadamente los derechos constitucionales de los ciudadanos, la necesidad de despejar el abarrotado sistema de justicia...).

BIBLIOGRAFÍA

Espacio web oficial del Ministerio Fiscal: <http://www.fiscal.es/>

RIFÁ SOLER, José María - RICHARD GONZÁLEZ, Manuel - RIAÑO BRUN, Iñaki: *Manual de Derecho Procesal Civil Volumen I*, Colección Prolibertate, edición 2006. Capítulo XI.-Las partes en el proceso civil

RIFÁ SOLER, José María - RICHARD GONZÁLEZ, Manuel - RIAÑO BRUN, Iñaki: *Manual de Derecho Procesal penal*, Colección Prolibertate, edición 2006.

ARNALDO ALCUBILLA, Enrique y GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Esther: *Sinopsis artículo 124 de la Constitución Española* en el Portal Telemático Congreso de los Diputados

<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=124&tipo=2>

FLORES PRADA, Ignacio: “Algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídico-política del MF en España” en *Dialnet*

KNAUL, Gabriela: *Informe de la Relatora Especial Gabriela Knaul sobre la independencia de los magistrados y abogados.*

<http://www.villaverde.com.ar/es/assets/investigacion/PENAL/relatora-fiscales.pdf>

AGUILÓ REGLA, Josep: “Imparcialidad y recursos del derecho”, *Dialnet*

dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3192069.pdf

MARTÍNEZ, Rubén: “El Ministerio Fiscal y la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal” en el portal *Noticias Jurídicas*, Enero de 2010

<http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho-Procesal-Penal/201001-15803747851026.html>

MOYA MARTÍNEZ, María Jesús: “El ministerio fiscal en España: más autonomía y más transparencia” Blog sobre actualidad jurídica y política: *¿Hay derecho?*

<http://hayderecho.com/2014/01/15/el-ministerio-fiscal-en-espana-mas-autonomia-y-mas-transparencia/>

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

Recomendación 2000(19) del Comité de Ministros de la Unión Europea:
<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=376859&Site=CM>

RODRÍGUEZ VEGA, Manuel: “Principios de obligatoriedad y discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal” en *Revista de derecho (Valdivia)* v.26 n.1
Valdivia jul. 2013

http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S071809502013000100009&script=sci_arttext

BANACLOCHE PALAO, Julio: “La instrucción en manos del fiscal: un grave riesgo”,
Papeles FAES 28/03/2007 N° 41

http://www.fundacionfaes.org/file_upload/publication/pdf/20131004143806la_instruccion_en_manos_del_fiscal- un grave riesgo.pdf

MARTINEZ LÁZARO, Javier: “Un Proyecto candente, la reforma del proceso penal”
opinión en *El notario del S. XXI, Revista del Ilustre Colegio Notarial de Madrid*

<http://www.elnotario.es/index.php/opinion/un-proyecto-candente-la-reforma-del-proceso-penal/46-una-nueva-ley-de-enjuiciamiento-criminal>

Reforma del EOMF de 2007: ESTATUTO ORGÁNICO DEL MINISTERIO FISCAL,
Aprobado por la Ley 24/2007 de 9 de octubre (BOE nº 243 de 10 de octubre)

Documento Adjunto número 1

A nivel internacional, el principal instrumento destinado a regular la profesión de fiscal está representado por las Directrices sobre la Función de los Fiscales aprobadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana (Cuba), 27 de agosto a 7 de septiembre de 1990. Aunque no constituyan un instrumento vinculante, las Directrices de las Naciones Unidas tienen el objetivo de "*asistir a los Estados Miembros en su función de garantizar y promover la eficacia, imparcialidad y equidad de los fiscales en el procedimiento penal*" en el marco de sus leyes y prácticas nacionales (preámbulo). Ese instrumento contiene 24 directrices relativas a las calificaciones, el estatuto, las facultades y las funciones de los fiscales y subrayan que los Estados deberán garantizar que los fiscales puedan ejercer sus funciones profesionales sin injerencias indebidas, para no deteriorar la credibilidad de la autoridad fiscal y la confianza pública en la administración de Justicia.

Recommendation Rec(2000)19 of the Committee of Ministers to member states on the role of public prosecution in the criminal justice system (Adopted by the Committee of Ministers on 6 October 2000 at the 724th meeting of the Ministers' Deputies)

(...)

Relationship between public prosecutors and the executive and legislative powers

11. States should take appropriate measures to ensure that public prosecutors are able to perform their professional duties and responsibilities without unjustified interference or unjustified exposure to civil, penal or other liability. However, the public prosecution should account periodically and publicly for its activities as a whole and, in particular, the way in which its priorities were carried out.

12. Public prosecutors should not interfere with the competence of the legislative and the executive powers.

13. Where the public prosecution is part of or subordinate to the government, states should take effective measures to guarantee that:

a. the nature and the scope of the powers of the government with respect to the public prosecution are established by law;

b. government exercises its powers in a transparent way and in accordance with international treaties, national legislation and general principles of law;

c. where government gives instructions of a general nature, such instructions must be in writing and published in an adequate way;

d. where the government has the power to give instructions to prosecute a specific case, such instructions must carry with them adequate guarantees that transparency and equity are respected in accordance with national law, the government being under a duty, for example:

– to seek prior written advice from either the competent public prosecutor or the body that is carrying out the public prosecution;

– duly to explain its written instructions, especially when they deviate from the public prosecutor's advices and to transmit them through the hierarchical channels;

– to see to it that, before the trial, the advice and the instructions become part of the file so that the other parties may take cognisance of it and make comments;

e. public prosecutors remain free to submit to the court any legal arguments of their choice, even where they are under a duty to reflect in writing the instructions received;

f. instructions not to prosecute in a specific case should, in principle, be prohibited. Should that not be the case, such instructions must remain exceptional and be subjected not only to the requirements indicated in paragraphs *d.* and *e.* above but also to an appropriate specific control with a view in particular to guaranteeing transparency.

14. In countries where the public prosecution is independent of the government, the state should take effective measures to guarantee that the nature and the scope of the independence of the public prosecution is established by law.

15. In order to promote the fairness and effectiveness of crime policy, public prosecutors should co-operate with government agencies and institutions in so far as this is in accordance with the law.

16. Public prosecutors should, in any case, be in a position to prosecute without obstruction public officials for offences committed by them, particularly corruption, unlawful use of power, grave violations of human rights and other crimes recognised by international law.

Relationship between public prosecutors and court judges

17. States should take appropriate measures to ensure that the legal status, the competencies and the procedural role of public prosecutors are established by law in a way that there can be no legitimate doubt about the independence and impartiality of the court judges. In particular states should guarantee that a person cannot at the same time perform duties as a public prosecutor and as a court judge.

18. However, if the legal system so permits, states should take measures in order to make it possible for the same person to perform successively the functions of public prosecutor and those of judge or vice versa. Such changes in functions are only possible at the explicit request of the person concerned and respecting the safeguards.

19. Public prosecutors must strictly respect the independence and the impartiality of judges; in particular they shall neither cast doubts on judicial decisions nor hinder their execution, save where exercising their rights of appeal or invoking some other declaratory procedure.

20. Public prosecutors must be objective and fair during court proceedings. In particular, they should ensure that the court is provided with all relevant facts and legal arguments necessary for the fair administration of justice.