

CUESTIONES ORGÁNICAS Y CONSTITUCIONALES SOBRE LA DIRECCIÓN POR EL MINISTERIO FISCAL DE LA FASE DE INSTRUCCIÓN DEL PROCESO PENAL*

JOSÉ MARTÍN PASTOR
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universitat de València (Estudi General)

Abstract

En esta comunicación se analizan diversas cuestiones orgánicas y constitucionales sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de la fase de instrucción del proceso penal, tales como la vinculación del Ministerio Fiscal con el Poder Ejecutivo, la estructura interna de la institución, la actividad jurisdiccional realizada en la fase de instrucción del proceso penal, y la figura del Juez de Garantías.

0. Introducción

En esta comunicación se pretende ofrecer respuestas a algunas de las preguntas que plantea la atribución al Ministerio Fiscal de la dirección de la fase de instrucción del proceso penal

Considero que la atribución al Ministerio Fiscal de la dirección de la investigación oficial en el proceso penal, con independencia de que la anunciada

* Esta comunicación es la que también se preparó para la Jornada celebrada sobre “Libro verde sobre la atribución al Ministerio Fiscal de la dirección de la fase de instrucción del proceso penal”, en la Universidad Complutense de Madrid, y organizada por GASCÓN INCHAUSTI y PEITEADO MARTÍN, en el marco del Proyecto de Investigación “El proceso penal en España: propuestas para su reforma”. DER 2008-02509/JURI, y de la Acción Complementaria La atribución de la fase de instrucción al Ministerio Fiscal en la reforma de la LECr. DER 2010-10076-E/JURI.

Un análisis más exhaustivo de la cuestión objeto de la comunicación se puede encontrar en MARTÍN PASTOR, *El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 2005.

Este trabajo se enmarca en la actividad del Grupo de Investigación en Derecho Procesal "Recurso de casación civil: igualdad ante la ley, acceso a la casación, y jurisprudencia vinculante del Tribunal Supremo en el orden jurisdiccional civil", financiado por el Proyecto de Investigación concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación (DER2008-03240), del cual soy el investigador principal.

reforma de nuestro proceso penal acabe acogiendo o no este modelo de instrucción, está en el signo de los tiempos.

Más tarde o más temprano se atribuirá la dirección de la investigación oficial en el proceso penal al Ministerio Fiscal -así lo confirman muchos de los ordenamientos de nuestro entorno jurídico y los pasos que ya se están dando en el nuestro- y de ahí la oportunidad de esta Jornada-Encuentro.

Cabe anticipar que la determinación del órgano público a quien atribuir la fase de instrucción es una cuestión especialmente compleja y polémica.

Compleja porque la justicia penal y, en concreto, su fase de instrucción deben tratar de compatibilizar la eficacia con el respeto a las garantías constitucionales básicas y a los derechos fundamentales.

Polémica porque se trata de una cuestión que –analizada y presupuesta la constitucionalidad de las diferentes opciones– excede el ámbito estrictamente jurídico, extendiéndose al campo propio de la política.

I. Cuestiones orgánicas

1- ¿Puede mantenerse la actual vinculación entre ministerio fiscal y poder ejecutivo si el ministerio fiscal asume la instrucción? ¿Hay modelos mejores, en qué consisten y qué posibilidades de adaptación a nuestro ordenamiento tendrían?

Presupuesta la constitucionalidad de la instrucción por el Ministerio Fiscal, con las matizaciones que más adelante se indicarán, la cuestión que nos ocupa en este momento se torna más política que jurídica. Desde la actual perspectiva –la de la oportunidad– la decisión sobre la atribución o no del procedimiento preliminar al Ministerio Fiscal es una cuestión de política legislativa y, por ello, “discutible y opinable” (VÁZQUEZ SOTELO).

En la STC 41/1998, después de declarar la constitucionalidad de los modelos de instrucción que más adelante se expondrán, se concluye destacando que “la opción entre estos, u otros, modelos de justicia penal corresponde al Legislador, que puede configurar el sistema que resulte más conveniente para la satisfacción de los intereses públicos, siempre que respete los derechos fundamentales de las personas afectadas”.

Hacer referencia en esta Jornada-Encuentro a todas las cuestiones que pueden determinar que, en nuestro ordenamiento jurídico, un modelo de instrucción sea más oportuno en relación con los restantes, excede de los límites temporales de la misma.

Por ello, únicamente haré referencia a la configuración orgánica del Ministerio Fiscal.

Para estudiar el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal conviene analizar, por una parte, su posición institucional en relación con los poderes del Estado, y, por otra parte, su organización interna y las relaciones internas entre sus componentes.

En cuanto al primero de los aspectos apuntados, si se analiza el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal se puede llegar sin dificultad a concluir que existe una vinculación del Ministerio Fiscal respecto del Poder Ejecutivo, instrumentalizada básicamente en el nombramiento del Fiscal General del Estado por el Rey, a propuesta del Gobierno.

Respecto al segundo aspecto expuesto, de acuerdo con el art. 124.2 CE, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, además de en la sujeción a los principios funcionales de legalidad e imparcialidad, está basado en los principios orgánicos de unidad de actuación y dependencia jerárquica. Como consecuencia de estos principios orgánicos la institución del Ministerio Fiscal presenta una estructura piramidal, culminada en el Fiscal General del Estado.

En la materia que nos ocupa, la vinculación del Ministerio Fiscal con el Poder Ejecutivo y la dependencia jerárquica interna de la institución ha dado lugar a distintas y enfrentadas valoraciones.

Para un sector doctrinal la configuración orgánica del Ministerio Fiscal no es una garantía suficiente para el cumplimiento de las fines de la instrucción, al constituir una seria amenaza para la virtualidad de los principios de legalidad e imparcialidad.

Dentro de esta corriente doctrinal algunos autores proclaman la necesidad, para que sea admisible la instrucción a cargo del Ministerio Público, de una redefinición de su vinculación con el Poder Ejecutivo y de su organización interna, en aras de una mayor independencia del Ministerio Fiscal y dentro del mismo.

Por el contrario, según otra corriente doctrinal, la actual configuración orgánica del Ministerio Fiscal sí que tiene una justificación, en la medida que posibilita la satisfacción de determinados fines constitucionales que se resentirían si se reformara su Estatuto Orgánico en el sentido planteado.

Así, la vinculación del Ministerio Fiscal con el Poder Ejecutivo otorga legitimidad democrática a la institución, permite que el Ministerio Fiscal se constituya en un instrumento del Poder Ejecutivo para el desarrollo y el cumplimiento coordinado y homogéneo de su política criminal ante los tribunales, y hace posible el control democrático y la responsabilidad política sobre su actuación.

Por otro lado, la dependencia jerárquica interna constituye uno de los principios constitucionales de la institución, que garantiza la efectividad de otro principio constitucional, el de unidad de actuación, que, a su vez, asegura la igualdad en la aplicación de la ley penal.

Además, las nuevas formas de criminalidad, caracterizadas por su complejidad y por afectar gravemente a los intereses colectivos o generales —especialmente, la organizada y la relacionada con bandas armadas y grupos terroristas—, no se pueden combatir con los actuales sistemas y estructuras procesales, que no posibilitan la necesaria especialización y la coordinación en la investigación penal.

Ya que se está en el terreno de la oportunidad política y, por consiguiente, dentro de lo opinable y discutible, si se quiere mi opinión decir que me muestro partidario de atribuir al Ministerio Fiscal la dirección de la investigación oficial en el proceso penal, considerando al efecto necesarias la vinculación de la institución con el Ejecutivo y la dependencia jerárquica dentro de la misma.

En relación con lo expuesto, cabe recordar que con la reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 2007 se ha querido potenciar la autonomía del Ministerio Fiscal en detrimento de su vinculación con el Poder Ejecutivo.

Como se podrá apreciar, el legislador ha acogido la propuesta de reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal que pretendía el establecimiento de un régimen de garantías que posibilitara una mayor independencia de la institución respecto del Poder Ejecutivo.

Entre las medidas para conseguir dotar al Ministerio Fiscal de mayor autonomía funcional en el desempeño de sus funciones, contribuyendo a reforzar de cara a la sociedad el principio de imparcialidad que preside su actuación de conformidad con lo previsto en el art. 124.1 CE, destacan las siguientes:

A. La modificación del régimen de nombramiento del Fiscal General del Estado.

En este aspecto el legislador no ha podido desconocer el sistema de designación que se regula en el art. 124.4 CE, según el cual “el Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial”.

No obstante, dentro del marco constitucional, el legislador ha establecido garantías adicionales en su regulación.

En este sentido, el candidato a Fiscal General propuesto por el Gobierno, tras el informe preceptivo del Consejo General del Poder Judicial, deberá someterse a una comparecencia ante una comisión del Congreso de los Diputados antes de ser nombrado por el Rey.

A tal efecto, recibido el informe del Consejo General del Poder Judicial, el Gobierno comunicará su propuesta al Congreso de los Diputados, con el objeto de que pueda disponer la comparecencia de la persona designada ante la Comisión correspondiente de la Cámara, en los términos que prevea su

reglamento, en la que se valorarán los méritos y la idoneidad del candidato propuesto (nuevo art. 29 EOMF).

Se echa en falta la previsión de los efectos derivados de la valoración negativa, por la Comisión correspondiente de la Cámara, de los méritos y la idoneidad del candidato propuesto.

B. La modificación del régimen de cese del Fiscal General del Estado.

Nada dispone expresamente nuestra Carta Magna sobre el cese del Fiscal General del Estado.

Con la reforma de la normativa orgánica del Ministerio Fiscal se establecen también garantías adicionales en la regulación del cese del Fiscal General del Estado, al desaparecer la libre decisión de cese sin causa, esto es, el carácter discrecional del cese por parte del Ejecutivo.

En concreto, se pretende que la introducción de causas objetivas de cese constituya una garantía del margen de autonomía del Fiscal General.

El nuevo art. 31.1 EOMF después de disponer que el mandato del Fiscal General del Estado tendrá una duración de cuatro años, introduce unos motivos objetivos de cese, de tal modo que, antes de la conclusión de su mandato, únicamente podrá cesar por las siguientes causas:

- a) A petición propia.
- b) Por incurrir en alguna de las incompatibilidades o prohibiciones establecidas en dicha norma.
- c) En caso de incapacidad o enfermedad que lo inhabilite para el cargo.
- d) Por incumplimiento grave o reiterado de sus funciones.
- e) Cuando cese el Gobierno que lo hubiera propuesto.

La existencia de los motivos de cese mencionados en los apartados a), b), c) y d) será apreciada por el Consejo de Ministros (nuevo art. 31.3 EOMF).

C. La limitación temporal del mandato.

Como regla general, el Fiscal General tendrá un mandato de 4 años, no renovable (nuevo art. 31.1 y 2 EOMF).

De esta forma desaparece una técnica no escrita, nada desdeñable, que garantizaba la vinculación entre el Poder Ejecutivo y el Ministerio Fiscal, y que se instrumentalizaba a través de la posibilidad de reelección del Fiscal General del Estado, pues “un criterio a ponderar por el Gobierno para renovar una propuesta de nombramiento será que el Fiscal General haya seguido las instrucciones dadas por el ejecutivo” (LAFONT NICUESA).

Dados los términos en los que está redactado el nuevo art. 31.2 EOMF considero que la persona que haya sido Fiscal General del Estado ya no lo podrá ser nunca más, aunque entre su nombramiento y un eventual nuevo nombramiento tenga lugar un nombramiento intermedio de otra persona como Fiscal General del Estado.

Como excepción, en el supuesto de que el titular hubiera ostentado el cargo durante un periodo inferior a dos años, sí podrá ser renovado por cuatro años más (nuevo art. 31.1 y 2 EOMF).

De producirse esta situación excepcional la persona nombrada podría ocupar el cargo de Fiscal General del Estado hasta un máximo de seis años.

Un supuesto que podría encajar en esta excepción es el caso de que el Fiscal General del Estado llevara en el cargo menos de dos años, y cesara en su cargo por cese el Gobierno que lo hubiera propuesto (nuevo art. 31.1.e) EOMF). Celebradas nuevas elecciones y elegido un nuevo Presidente de Gobierno y un nuevo Gobierno, éste podría proponer para el cargo al anterior Fiscal General del Estado.

También como excepción, la imposibilidad de reelección no afectará a las personas que ya hayan sido Fiscales Generales del Estado. La Disposición transitoria novena, II de la Ley que reforma el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, dispone que “quienes hubieran desempeñado el cargo de Fiscal General del Estado con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley no quedarán por ello excluidos de la posibilidad de ser propuestos por el Gobierno conforme al artículo Veintinueve del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal”.

D. La necesaria intervención de la Junta de Fiscales de Sala cuando el Fiscal General del Estado imparta instrucciones en asuntos que afecten a miembros del Gobierno.

En la misma línea, se redimensionan las relaciones entre el Gobierno y el Fiscal General, introduciéndose la necesaria intervención de la Junta de Fiscales de Sala, máximo órgano asesor del Fiscal General en materia jurídica (nuevo art. 15 EOMF), que deberá ser previamente oída siempre que el Fiscal General vaya a impartir instrucciones a sus subordinados en cualquier asunto que afecte directamente a miembros del Gobierno, cualquiera que sea la posición procesal de éstos (nuevo art. 25, I EOMF).

Esa audiencia será necesaria en el caso previsto, pero entiendo que su opinión no será vinculante, esto es, el Fiscal General del Estado no resultará vinculado por el parecer de la Junta de Fiscales de Sala.

E. La modificación del régimen de abstención del Fiscal General del Estado.

De forma paralela, se modifica el régimen de abstención del Fiscal General del Estado, de forma que cuando en él concurra alguna de las causas de abstención establecidas para los Jueces y Magistrados en la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya no resolverá el Ministro de Justicia, como sucedía con anterioridad, sino la Junta de Fiscales de Sala, aprovechando su condición de órgano colegiado de perfil esencialmente jurídico, que será presidida por el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo (nuevo art. 28, II EOMF).

F. El carácter neutral y operativo de los órganos técnicos de la Fiscalía General del Estado.

Por otra parte, se trata de garantizar el carácter neutral y operativo de los órganos técnicos de la Fiscalía General del Estado, incluyendo una expresa 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 (nuevo art. 14.2 EOMF).

G. Una asignación presupuestaria singularizada para el Fiscal General del Estado.

Por último, se incluye una asignación presupuestaria singularizada para el Fiscal General del Estado, lo que reforzará su ámbito de autonomía.

De acuerdo con el nuevo art. 72.3 EOMF “los Presupuestos Generales del Estado y los de las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en materia de Administración de Justicia contemplarán, dentro de la Sección que corresponda, y previa ponderación de las necesidades funcionales del Ministerio Fiscal propuestas por el Fiscal General del Estado, previa audiencia, en su caso, a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, las correspondientes partidas presupuestarias adecuadamente singularizadas para atender a aquéllas.

En todo caso, una de estas partidas será gestionada por la Unidad de Apoyo del Fiscal General y estará destinada a atender los gastos de funcionamiento de la administración de la Fiscalía General del Estado”.

Procedamos ahora a una valoración crítica de la reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 2007.

Se ha dicho, por parte DE LA OLIVA SANTOS, que el Ministerio Fiscal constituye una institución “perennemente problemática y en perenne crisis”.

Y ello porque, como señala SAINZ MORENO, “la posición del Ministerio Fiscal dentro del ordenamiento jurídico es uno de los puntos clave en que se manifiesta con intensidad y, en ocasiones, con dramatismo la tensión entre derecho y política”.

Pues bien, siendo el Ministerio Fiscal una institución “problemática” (Andrés IBÁÑEZ), considero que con la reforma del Estatuto Orgánico de 2007 esa institución podrá resultar todavía más problemática y controvertida.

La reforma deja a la institución del Ministerio Fiscal en una situación ambigua. No depende del Gobierno pero tampoco es independiente del mismo, por lo que nos encontramos ante una vinculación imprecisa y poco definida.

Y esa vinculación poco definida y ambigua puede conducir que potencialmente pueden darse dos escenarios nada recomendables: el de un Fiscal General del Estado “obediente”, con un Gobierno que se escuda en su mayor autonomía, o el de un Fiscal General del Estado “rebelde”, que priva a Gobierno de un preciado instrumento de política criminal.

A. Un Fiscal General del Estado “obediente”, con un Gobierno que se escuda en su mayor autonomía.

Por una parte, conviene precisar que, a pesar de que con la reforma se trata de configurar un Ministerio Fiscal más autónomo, hay técnicas de vinculación entre el Poder Ejecutivo y el Ministerio Fiscal que ya existían, que no han sido sustancialmente modificadas y que, por lo tanto, continúan vigentes, entre las que destacamos:

1ª) Como dispone el art. 124.4 CE y el antiguo y nuevo art. 29.1 EOMF el Fiscal General del Estado sigue siendo nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno.

2ª) El Gobierno no puede dirigir órdenes o instrucciones al Fiscal General del Estado -ni éste tiene obligación de obediencia o sumisión respecto de aquél- pero podrá interesar del mismo que promueva ante los órganos jurisdiccionales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público (art. 8.1 EOMF).

El Fiscal General del Estado no está obligado a promover las actuaciones interesadas, sino que resolverá motivadamente sobre su viabilidad y procedencia, siendo su acuerdo notificado al Gobierno o, en todo caso, a quien haya formulado la solicitud. Para decidir razonadamente sobre la solicitud el Fiscal General del Estado deberá haber oído previamente a la Junta de Fiscales de Sala (art. 8.2, II EOMF).

Por lo tanto, es el Fiscal General del Estado quien, en última instancia, ha de decidir sobre la procedencia de la actuación que le haya sido solicitada por el Gobierno, sin que se encuentre obligado al cumplimiento de la misma.

En el estado actual a través de esta posibilidad -de interesar del Ministerio Fiscal que promueva ante los órganos jurisdiccionales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público- es como el Poder Ejecutivo podrá llevar a cabo su política criminal en el proceso penal.

De esta forma el Ministerio Fiscal goza de una “«autonomía operativa»: el Gobierno debe ser responsable de los criterios generales de actuación del Ministerio Fiscal, más absteniéndose de interferir en sus decisiones en casos concretos” (DÍEZ-PICAZO).

3ª) Los nombramientos para los distintos cargos y los ascensos son propuestos por el Fiscal General del Estado y decididos por el Gobierno, previo informe del Consejo Fiscal (nuevo art. 13.1, II EOMF).

4ª) Los miembros integrantes de los órganos colegiados rectores de la institución son designados mayoritariamente por el Gobierno. Los miembros de la Junta de Fiscales de Sala (nuevo art. 15, I EOMF) son designados por el Gobierno, previo informe del Fiscal General del Estado (nuevos arts. 13.1, II; 15, I; 34.1ª; 35.1; y 36.1 EOMF). Algunos de los miembros del Consejo Fiscal (nuevo art. 14.1 EOMF) son designados directa o indirectamente por el Gobierno (nuevos arts. 13.1, II; 14.1; 34.1ª; 35.1; y 36.1 EOMF).

5ª) Los Fiscales Jefes de los respectivos órganos y los Tenientes Fiscales mencionados en el nuevo art. 41.3 EOMF podrán ser removidos por el Gobierno a propuesta del Fiscal General del Estado, que deberá oír previamente al Consejo Fiscal y al interesado y, en su caso, al Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma. Asimismo, los Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas podrán proponer también al Fiscal General del Estado la remoción por el Gobierno de los Fiscales Jefes de los órganos de su ámbito territorial (nuevo art. 41.5 EOMF, sin perjuicio de lo dispuesto por los dos números precedentes a dicha norma).

6ª) El Fiscal General del Estado debe elevar anualmente al Gobierno una Memoria sobre su actividad, la evolución de la criminalidad, la prevención del delito y las reformas convenientes para una mejor eficacia de la justicia (art. 9.1 EOMF).

Asimismo, el Fiscal General del Estado deberá informar al Gobierno, cuando éste lo interese y no exista obstáculo legal, sobre cualquiera de los asuntos en que intervenga el Ministerio Fiscal y sobre el funcionamiento, en general, de la Administración de Justicia (art. 9.2 EOMF).

7ª) Cuando, en el marco de sus competencias, los órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas quieran interesar la actuación del Ministerio Fiscal en defensa del interés público deberán dirigirse, poniéndolo en conocimiento del Ministerio de Justicia, al Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma, que lo pondrá en conocimiento del Fiscal General del Estado, quien, oída la Junta de Fiscales de Sala, resolverá lo procedente, ajustándose en todo caso al principio de legalidad. Cualquiera que sea el acuerdo adoptado, se dará cuenta del mismo a quien haya formulado la solicitud (nuevo art. 11.1 EOMF).

8ª) Recae en el Ministro de Justicia la potestad sancionadora sobre los miembros de la institución cuando incurran en responsabilidad disciplinaria, directamente o mediante el recurso de alzada (art. 67, I.3 y III EOMF).

9ª) Es cierto que se ha establecido la necesaria intervención de la Junta de Fiscales de Sala, máximo órgano asesor del Fiscal General en materia jurídica (nuevo art. 15 EOMF), que deberá ser previamente oída siempre que el Fiscal General vaya a impartir instrucciones a sus subordinados en cualquier asunto que afecte directamente a miembros del Gobierno, cualquiera que sea la posición procesal de éstos (nuevo art. 25, I EOMF), pero también hay que tener en cuenta que, como se ha expuesto más arriba, el Gobierno influye decisivamente en la composición de la Junta de Fiscales de Sala.

10ª) Aunque con la limitación temporal del mandato del Fiscal General del Estado (nuevo art. 31.1 y 2 EOMF) ha desaparecido una técnica no escrita, nada desdeñable, que ha garantizado la vinculación del Fiscal General del Estado con el Ejecutivo y que se ha instrumentalizado a través de la posibilidad de reelección de aquél, un criterio a ponderar por el Gobierno para atribuir al antiguo Fiscal General del Estado otro cargo público de confianza será el haber cumplido las instrucciones recibidas.

Por último, hay que señalar que, ya que el Gobierno podrá designar al Fiscal General del Estado pero no cesarlo discrecionalmente, aquél normalmente tratará de proponer un Fiscal General del Estado “obediente”, dócil, de su absoluta confianza.

Incluso un Gobierno poco respetuoso con la legalidad podría amenazar al Fiscal General del Estado “poco obediente” con su cese, ya que el nuevo art. 31.1. d) EOMF establece como causa de cese el “incumplimiento grave o reiterado de sus funciones”, y el nuevo art. 31.3 EOMF dispone que la existencia del motivo de cese mencionado será apreciada por el Consejo de Ministros.

Así pues, en la práctica se podrá convertir la reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 2007, en la parte que nos ocupa de dotar de mayor autonomía a la institución, en un simple operación de “maquillaje” de la vinculación del Fiscal General del Estado y de la institución que representa con el Ejecutivo.

Pero, por otra parte, desde el punto de vista de la responsabilidad del Gobierno en el ejercicio de la política criminal, la reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 2007, en lugar de definir mejor la vinculación del Ministerio Fiscal con el Ejecutivo, ha establecido, en aras de la mayor autonomía de la institución, una vinculación menos definida –e incluso más ambigua– que la anterior, lo que puede hacer peligrosamente irresponsable al Gobierno ante un aspecto tan importante como el relativo a la política criminal.

La actual ambigüedad de la vinculación del Ministerio Fiscal con el Poder Ejecutivo podrá posibilitar cauces de comunicación oficiosos, al margen de los estatutarios y “maniobras en la oscuridad” en función de los intereses no “publicables” del Gobierno, lo que podrá provocar que en ocasiones éste pueda, simultáneamente, escudarse en la independencia del Fiscal General del Estado e influir decisivamente en su actuación.

Si, con anterioridad a la reforma de 2007, el Ejecutivo, para no responder de algunas decisiones o actuaciones polémicas o controvertidas del Fiscal General del Estado, ya se apoyaba o escudaba en su “autonomía”, en mayor medida se podrá seguir repitiendo esa situación con un Fiscal General aparentemente más autónomo.

B. Un Fiscal General del Estado “rebelde”, que priva al Gobierno de un preciado instrumento de política criminal.

Con la reforma del Estatuto Orgánico de 2007 el Gobierno podrá designar al Fiscal General del Estado, pero, por la introducción de causas objetivas de cese, ha perdido su potestad de cesarlo sin causa, esto es, ha desaparecido el carácter discrecional del cese del Fiscal General del Estado por parte del Ejecutivo.

Como se ha expuesto con anterioridad, el Ministerio Fiscal es un instrumento necesario del Poder Ejecutivo para el desarrollo y el cumplimiento coordinado y homogéneo de su política criminal ante los tribunales, sobre el que poder influir para que solicite a los órganos jurisdiccionales el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los casos en que sea necesario ese ejercicio y se encuentre legitimado para promoverlo.

El problema se podrá plantear cuando el Fiscal General del Estado, una vez designado y al no poder ser cesado discrecionalmente, no quiera colaborar con la política criminal del Gobierno.

En estos casos, nadie discutirá la mayor autonomía de ese Fiscal General del Estado “rebelde”, pero, como contrapartida, el Ejecutivo habrá perdido un precioso instrumento de política criminal.

Además, téngase presente que, con la designación del Fiscal General del Estado, el Gobierno asume la responsabilidad política de dicha designación y de todas las consecuencias que se deriven de la misma por la aplicación de los principios de unidad de actuación y de dependencia jerárquica.

Por medio de la responsabilidad política del Gobierno ante las Cortes, el Gobierno tendrá que dar cuenta ante éstas de la actuación del Ministerio Fiscal (art. 108 CE), pero cómo y por qué se podrá exigir una responsabilidad política a un Gobierno por la actuación de un Fiscal General del Estado “díscolo”, que ha sido designado por aquél pero que ya no colabora con su política criminal.

Por otra parte, la desvinculación de hecho del Ministerio Fiscal respecto del Poder Ejecutivo traería como consecuencia que en el marco de la justicia penal éste, para promover la aplicación de la ley penal desde la perspectiva del interés público, debiera actuar como un particular –como lo hace para defender intereses de la Hacienda Pública–, lo que no parece coherente con la cualidad de los intereses cuya protección se quiere promover y que el Gobierno tiene constitucionalmente encomendada.

Y, para corregir esa situación, resultaría poco respetuoso con la legalidad que el Ejecutivo pudiera amenazar con su cese al Fiscal General del Estado “rebelde”, al amparo del nuevo art. 31.1. d) EOMF que establece como causa de cese el “incumplimiento grave o reiterado de sus funciones”, y del nuevo art. 31.3 EOMF que dispone que la existencia del motivo de cese mencionado será apreciada por el Consejo de Ministros.

No considero que dentro del “incumplimiento grave o reiterado de sus funciones” pueda tener cabida la actuación de un Fiscal General del Estado que no siga las directrices de la política criminal del Gobierno.

En cuanto a los otros modelos existentes hay que buscarlos en el Derecho Comparado, y analizado los ordenamientos jurídicos alemán, italiano, portugués y chileno, se llega a la conclusión de que la dirección de la investigación oficial por el Ministerio Público es posible tanto en sistemas jurídicos en los que el Ministerio Público depende del Poder Ejecutivo –como acontece en Alemania– cuanto en sistemas en los que el Ministerio Público constituye un órgano independiente de dicho poder o, incluso, un órgano judicializado –son los casos del Derecho portugués y chileno, y del Derecho italiano, respectivamente–.

2- ¿Puede mantenerse la estructura jerárquica interna del ministerio fiscal tal y como actualmente existe si asume la instrucción? ¿Cuáles son los riesgos, cuáles las ventajas y qué balance resulta de ambos? Si se estima adecuada una estructura jerárquica más flexible, ¿cuáles son las reformas legales necesarias para establecerla?

Como acabo de indicar, por mi parte mantendría la dependencia jerárquica interna, pues constituye uno de los principios constitucionales de la institución, que garantiza la efectividad de otro principio constitucional, el de unidad de actuación, que, a su vez, asegura la igualdad en la aplicación de la ley penal.

A las ventajas ya me he referido. El principal riesgo vendría con el caso específico de la delincuencia gubernamental o política.

Frente a la crítica que formula la primera posición expuesta, incluso reconociendo que por no ser el Ministerio Fiscal absolutamente independiente del Poder Ejecutivo y que por la organización jerárquica del mismo dicho Poder Ejecutivo pueda tratar de influir en la investigación penal, hay que

destacar que ese riesgo presumiblemente tan solo corre el riesgo de producirse en presencia de delitos gubernamentales o de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, esto es, ante fenómenos de delincuencia en los que estén implicados políticos y determinados funcionarios públicos.

Como ha puesto de manifiesto BAÑO Y ARACIL, “las suspicacias respecto al Ministerio Fiscal tienen sentido si se trata de investigar delitos en los que directa o indirectamente se vea involucrado algún poder público, o algún partido, al ser los más llamativos por la presión de los medios de comunicación y la instrumentalización política, pero también son los más infrecuentes del total de delitos que se investigan en el país”.

En consecuencia, siguiendo a CRESPO BARQUERO, “la necesidad de que el Poder Ejecutivo no interfiera en función de ocasionales intereses políticos en la actuación del Fiscal respecto de casos concretos no tiene por qué identificarse (...) con la idea de la independencia –entendida como desvinculación absoluta– del Fiscal General del Estado frente al Gobierno”, “siempre y cuando el ejercicio de las funciones del Fiscal General del Estado sea provisto de una serie de mecanismos de control que excluyan la manipulación *ad casum*”.

En estos supuestos existen contrapesos ante una posible actuación del Fiscal General del Estado en cierto modo dirigida por el Gobierno:

En primer lugar, no hay que desdeñar el control que sobre la instrucción pueden desempeñar los medios de comunicación en atención a la cualidad de las personas objeto de la misma, sobre todo si se tiene en cuenta el deber del Ministerio Fiscal de “informar a la opinión pública” (art. 4.5, I EOMF).

En segundo lugar, conviene recordar la garantía que representa el reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico de los acusadores particular y popular, quienes podrían provocar la intervención judicial en la investigación del Fiscal a través de los Jueces de Garantías para neutralizar las actividades o inactividades del Ministerio Fiscal debidas a eventuales injerencias gubernamentales en asuntos relacionados con el Poder Ejecutivo.

Como ha señalado DÍEZ PICAZO, “la ausencia de monopolio público sobre la acción penal limita las posibilidades del poder político de obtener ventajas, tanto por exceso como por defecto en la acusación, mediante la manipulación del Ministerio Fiscal. La posibilidad de que haya varios acusadores implica, por definición, la posibilidad de controles recíprocos entre ellos”.

Adicionalmente, una posición doctrinal propugna seguir en estos casos la respuesta norteamericana consistente en el nombramiento de un *special prosecutor*, es decir, un Fiscal *ad hoc* separado de la ordinaria estructura pública de acusación.

No obstante, otro sector de la doctrina considera justificado que en estos supuestos, para paliar el problema de que la objetividad del Ministerio Fiscal

pueda verse comprometida por su vinculación al Ejecutivo, la investigación sea llevada a cabo por un órgano jurisdiccional.

En relación con esta cuestión cabe recordar que en la reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 2007 se contempla la necesaria intervención de la Junta de Fiscales de Sala cuando el Fiscal General del Estado imparta instrucciones en asuntos que afecten a miembros del Gobierno.

En concreto, se redimensionan las relaciones entre el Gobierno y el Fiscal General, introduciéndose la necesaria intervención de la Junta de Fiscales de Sala, máximo órgano asesor del Fiscal General en materia jurídica (nuevo art. 15 EOMF), que deberá ser previamente oída siempre que el Fiscal General vaya a impartir instrucciones a sus subordinados en cualquier asunto que afecte directamente a miembros del Gobierno, cualquiera que sea la posición procesal de éstos (nuevo art. 25, I EOMF).

Esa audiencia será necesaria en el caso previsto, pero entiendo que su opinión no será vinculante, esto es, el Fiscal General del Estado no resultará vinculado por el parecer de la Junta de Fiscales de Sala.

3- ¿Qué soluciones razonables permitirían adecuar la plantilla y la estructura territorial del ministerio fiscal en un plazo corto de tiempo a las necesidades de la instrucción penal?

Los arts. 124.1 CE, y 1 y 3 EOMF encomiendan al Ministerio Fiscal tantas y, especialmente, tan variadas y complejas funciones que cabe denominarlo de institución “proteiforme” (FAIRÉN GUILLÉN) o “multiforme” (ZATARAÍN VALDEMORO – RUBIO DE LA IGLESIA).

Si en la actualidad el Ministerio Fiscal ya no se encuentra en condiciones de asumir plenamente y con eficacia tales funciones, el atribuirle una función más, de gran importancia cualitativa y cuantitativa, como es la de dirigir la investigación penal en el proceso penal, no parece viable, a menos que la reforma procesal de la instrucción penal en el sentido planteado venga acompañada de una reforma orgánica y de un incremento de los medios personales y materiales a disposición de la institución, “para que cuanto se le exige sea también posible de realizar” (Fiscal General del Estado, TORRES BOURSAULT, L., 1990).

La escasez de los medios personales y materiales con los que cuenta el Ministerio Fiscal en la actualidad no constituye una razón decisiva y estructural para negar la validez del modelo de Ministerio Fiscal director de la investigación oficial en el proceso penal. A mi modo de ver no es ésta la perspectiva adecuada. Los recursos materiales y humanos no constituyen un argumento estructural para valorar la idoneidad del modelo propuesto sino un argumento coyuntural,

circunstancial y presupuestario. Esto es, dichos recursos podrán influir en la mayor o menor eficacia de dicho modelo, pero no en su validez.

Por lo tanto, en aras de su efectividad, la reforma procesal consistente en atribuir la dirección de la investigación oficial al Ministerio Fiscal debería venir necesariamente acompañada de una reformas orgánicas para aumentar considerablemente la plantilla de dicho órgano público y mejorar los medios materiales puestos a su disposición, ya que de no llevarse a cabo estas últimas reformas nos podríamos encontrar con un Fiscal con amplias potestades y funciones en la instrucción pero sin los recursos humanos y materiales que permitieran su aplicación práctica, lo que llevaría al fracaso de la reforma y al colapso de la Justicia penal.

Específicamente se debería reestructurar el diseño de la Planta Judicial y Fiscal, incrementando la plantilla del Ministerio Fiscal y rompiendo a su vez con su actual configuración, excesivamente centralizado en las capitales de provincia, desconcentrando sus miembros de las Audiencias Provinciales para que todo partido judicial contara con una verdadera Oficina Fiscal -al menos con un miembro del Ministerio Fiscal- y con Juzgado de Control de la Instrucción o de Garantías.

En la Oficina Fiscal el Fiscal debería estar asistido por los Abogados Fiscales y por los medios materiales y personales necesarios para cumplir su función. En relación con los medios humanos se debería crear un cuerpo específico de personal auxiliar similar al que se dispone en las oficinas judiciales.

Una reforma orgánica en el sentido planteado afectaría a los actuales Juzgados -y Jueces- de Instrucción, pero sin conllevar su desaparición sino su conversión en los Juzgados -y Jueces- de Garantías o de Control de la Instrucción, pues, como veremos, es necesaria la intervención jurisdiccional en la fase de instrucción aunque se atribuya la investigación oficial en el proceso penal al Ministerio Fiscal, y es conveniente -si no necesario- que el órgano jurisdiccional que intervenga en dicha fase sea distinto del tribunal sentenciador.

También se ha apuntado la posibilidad de que los titulares de los Juzgados de Instrucción que eventualmente se amortizaran pudieran optar por ocupar una plaza de Fiscal -no lo comparto-, o que dichos Juzgados desempeñaran funciones de enjuiciamiento.

En aquellos casos en que fuera posible, lo que sí se podría realizar es un trasvase a la Oficina Fiscal de algunos de los recursos humanos -no jurisdiccionales- y materiales que hasta entonces estuvieran al servicio de la Oficina Judicial.

4- ¿Habría que reconvertir el actual modelo de carreras judicial y fiscal con separación absoluta a un modelo de “pasarela” entre ambas, como existe en otros ordenamientos europeos? Ventajas, desventajas, condiciones y requisitos.

El modelo de “pasarela” entre las carreras judicial y fiscal únicamente lo considero admisible en Estados en los que la institución del Ministerio Público está judicializada o es independiente del Poder Ejecutivo.

5- ¿Es un problema para la instrucción la actual fragmentación territorial en partidos judiciales? ¿Sería adecuado mantener la provincia como dimensión territorial mínima si la instrucción se encomienda al ministerio fiscal?

A mi juicio, la actual fragmentación en partidos judiciales no plantea problema alguno a la instrucción penal. Lo que no sería adecuado es mantener la provincia como dimensión territorial mínima si la instrucción se encomienda al Ministerio Fiscal.

Específicamente se debería reestructurar el diseño de la Planta Judicial y Fiscal, incrementando la plantilla del Ministerio Fiscal y rompiendo a su vez con su actual configuración, excesivamente centralizado en las capitales de provincia, desconcentrando sus miembros de las Audiencias Provinciales para que todo partido judicial contara con una verdadera Oficina Fiscal de Instrucción -al menos con un miembro del Ministerio Fiscal- y con Juzgado de Control de la Instrucción o de Garantías.

6- ¿Sería necesario establecer un modelo transitorio de dirección de la instrucción? ¿O sería suficiente con una *vacatio legis* amplia, y de cuánto tiempo?

En todo caso sería necesario configurar un considerable período de transición para que todos los operadores jurídicos se pudieran adaptar a la reforma, y aconsejable ensayar el nuevo modelo, como experiencia piloto, en alguna demarcación judicial, e implantarlo posteriormente, desde un punto de vista territorial, de forma progresiva.

7- La atribución de la instrucción al fiscal, ¿tendría que acompañarse de una reforma de la policía judicial? ¿En qué términos? ¿Cuáles serían las dificultades para la dirección de una policía judicial como la actual?

A cada Oficina Fiscal de Instrucción se deberían adscribir con carácter permanente funcionarios de la Policía Judicial en régimen de dependencia

directa y exclusiva del Fiscal que permitieran desarrollar una verdadera investigación criminal.

Destacaré que también se ha apuntado que el Ministerio Fiscal carece, en la actualidad, de los medios personales y materiales necesarios para asumir la función investigadora en el proceso penal, lo que puede producir que, de serle encomendado al mismo el procedimiento preliminar, la actividad de investigación recaiga, en la práctica, en la Policía Judicial, con la consiguiente intervención del Ejecutivo en la instrucción penal.

Frente a esta observación cabe señalar que, por una parte, es cierto que la reforma procesal consistente en atribuir la dirección de la investigación oficial en el proceso penal al Ministerio Fiscal sólo será eficaz si viene acompañada de un incremento de los medios humanos y materiales puestos al servicio de la institución, y, por otro lado, ningún obstáculo existe a que sea la Policía Judicial quien, en la práctica, lleve a cabo las tareas de investigación, siempre que las mismas se realicen bajo la efectiva dirección del Ministerio Fiscal.

En relación con esto último, como se deduce claramente del art. 6 EOMF y otros preceptos concordantes ya citados, el Ministerio Fiscal no es quien, de facto, debe realizar directamente la actividad material de investigación, sino la Policía Judicial. El cometido propio del Ministerio Fiscal es el de dirigir personal y efectivamente la investigación de los hechos, ordenando a la Policía Judicial que practique las actuaciones materiales necesarias para la comprobación de aquéllos y de la participación del delincuente en los mismos.

II- Cuestiones constitucionales

8- ¿Requiere la instrucción de la función de “juzgar”? ¿Qué naturaleza tienen, por ejemplo, las decisiones relativas a la necesidad de practicar ciertas diligencias de investigación y a la conveniencia de excluir otras?

Para un correcto estudio de esta cuestión se debe partir de un análisis de la Constitución en relación con el procedimiento preliminar, esto es, deben tomarse en consideración los eventuales límites que nuestra Constitución puede imponer a la configuración legislativa de un procedimiento preliminar en cuanto a la calidad del órgano –Juez de Instrucción o Ministerio Fiscal– al que atribuir la dirección de dicho procedimiento.

Lo anterior se hace necesario en la medida en que, desde diferentes ámbitos doctrinales y sosteniéndose posturas radicalmente contrapuestas, se ha llegado tanto a afirmar la inconstitucionalidad de encomendar la dirección de la instrucción a un órgano jurisdiccional como a declarar la no constitucionalidad de la instrucción por el Ministerio Fiscal.

Por un determinado sector institucional y doctrinal se ha apuntado que el modelo de instrucción judicial –presupuesta, en todo caso, la separación orgánica de Juez instructor y Juez sentenciador– no es conforme con la Constitución, partiendo del argumento de que, según el art. 117.3 y 4 CE, los Juzgados y Tribunales no pueden ejercer más funciones que las de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y de que en la investigación penal no se produce ejercicio de la potestad jurisdiccional, porque ni se enjuicia ni se hace ejecutar lo juzgado.

A mi juicio, y siguiendo el parecer de otra postura doctrinal, la atribución del procedimiento preliminar a los órganos jurisdiccionales no presenta –con la matización o el límite a que luego me referiré– inconveniente alguno, pues, por una parte, lo que la instrucción penal tenga de jurisdiccional entra dentro del art. 117.3 CE, y, por otra parte, la atribución a un órgano jurisdiccional de la actividad no jurisdiccional de la instrucción está respaldada por el art. 117.4 CE, ya que dicha atribución se realiza expresamente por la ley “en garantía de cualquier derecho”.

La matización o el límite al que me refería consiste en la necesaria separación orgánica de Juez instructor y Juez sentenciador.

Examinada la constitucionalidad de la instrucción judicial, se trata ahora de analizar la constitucionalidad de la sustracción a los órganos jurisdiccionales de la dirección del procedimiento preliminar, y de su atribución al Ministerio Fiscal.

Desde diferentes sectores se ha apuntado la posibilidad constitucional de un procedimiento preliminar del Ministerio Fiscal, siempre que se respeten los preceptos constitucionales que reservan a los órganos jurisdiccionales la realización de determinados actos del procedimiento preliminar, especialmente aquéllos que restringen o limitan algunos derechos fundamentales.

No obstante, se ha señalado que la tesis anterior restringe excesivamente los límites constitucionales:

1º) Porque además de los preceptos señalados, hay otros preceptos constitucionales, relevantes y más genéricos, que delimitan la potestad jurisdiccional, como potestad exclusiva de los órganos jurisdiccionales. En concreto, los arts. 25.1 y 117.3 CE exigen el ejercicio de la potestad jurisdiccional en la realización del Derecho penal y excluyen la autotutela administrativa.

2º) Porque el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) implica que toda resolución sobre la acción penal en el procedimiento preliminar deba ser dictada por un órgano jurisdiccional.

Para salvar estas objeciones, partiendo de la base de que dentro de la instrucción hay tanto actos de naturaleza jurisdiccional como actos administrativos, se podría configurar un procedimiento preliminar en el que el Ministerio Fiscal

dirigiera y/o practicara toda la investigación, pero reservando al órgano jurisdiccional la adopción de las resoluciones que impliquen un ejercicio real de la potestad jurisdiccional.

A esta configuración matizada del procedimiento preliminar del Ministerio Fiscal se ha objetado que no es justificada para interpretar la norma constitucional de exclusividad de la función y de la potestad jurisdiccional, ya que toda resolución que implique ejercicio de la potestad jurisdiccional necesita de unas actuaciones previas -también dirigidas o realizadas por un órgano jurisdiccional- para que aquélla se pueda adoptar con fundamento.

Sin embargo, según mi opinión, los límites constitucionales no obstaculizan que las actuaciones de investigación que se deban realizar para que el órgano jurisdiccional pueda adoptar con fundamento las resoluciones que supongan ejercicio de la potestad jurisdiccional puedan ser atribuidas al Ministerio Fiscal, para que las dirija o las practique directamente, pues:

1º) El art. 117.3 CE exige que la potestad jurisdiccional se ejercite según las normas de procedimiento que las leyes establezcan. Es cierto que de esta expresión se puede extraer la interpretación de que el procedimiento legal que precede a la resolución jurisdiccional deba ser dirigido por un órgano jurisdiccional, pero también puede entenderse en el sentido de que el órgano jurisdiccional deberá ejercer su potestad según el procedimiento legalmente establecido, con independencia de que todas las actuaciones del mismo le estén exclusivamente encomendadas.

En este último sentido, en concreto, la ley podría atribuir determinadas actuaciones del procedimiento preliminar al Ministerio Fiscal, sin perjuicio de que se deban adoptar por los órganos jurisdiccionales las resoluciones que suponen ejercicio de la potestad jurisdiccional.

2º) Es cierto que la adopción de cualquier resolución jurisdiccional requiere de la previa aportación de datos que le sirvan de fundamento, pero ello no impide que la actividad de investigación que haya de proporcionar el fundamento a dichas resoluciones pueda ser realizada por el Ministerio Fiscal, siempre y cuando el órgano jurisdiccional pueda controlar posteriormente, de alguna forma, la insuficiencia o las deficiencias de dicha actividad investigadora.

Las decisiones relativas a la necesidad de practicar ciertas diligencias de investigación y a la conveniencia de excluir otras no tienen por lo tanto naturaleza jurisdiccional, salvo aquellas que, por afectar a derechos fundamentales, impliquen ejercicio de la potestad jurisdiccional.

A la hora de encontrar un fundamento constitucional para la instrucción por el Ministerio Fiscal, se afirma que si éste “tiene por misión promover la acción de la justicia”, a él debe corresponder la dirección del procedimiento preliminar, y que si a dicho órgano público le incumbe la inspección de la

instrucción judicial, con mayor razón estaría justificado atribuirle la dirección de la investigación en el proceso penal.

Asimismo, se sostiene que la atribución de la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal deriva del enunciado del art. 126 CE, según el cual “la policía judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente”.

Sobre todas estas cuestiones se ha pronunciado expresamente la STC 41/1998, que ha considerado que el modelo de Juez instructor director de la investigación –que es el que se correspondería con el de nuestros actuales procesos ordinario y abreviado-, el modelo de Juez instructor pasivo –que se correspondería con el del procedimiento ante el Tribunal del Jurado o con la nueva regulación de la prisión y libertad provisionales-, y el modelo de Juez de Garantías –en el que correspondería la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal, como sucede en nuestro proceso de menores- son todos ellos sistemas posibles para configurar la instrucción que se ajustan a nuestra Constitución.

Con todo, a mi juicio, la valoración de la constitucionalidad de la instrucción a cargo del Ministerio Público no se puede realizar en abstracto, sino en relación con el concreto modelo propuesto por el legislador, ya que, precisamente por los límites constitucionales que a continuación se irán exponiendo, no todo modelo de procedimiento preliminar dirigido por el Ministerio Fiscal será conforme a la Constitución.

9- ¿Es garantía suficiente del principio de reserva de jurisdicción que cualquier decisión del fiscal sea recurrible ante un órgano jurisdiccional? Si la previsión legal del recurso es necesaria para preservar este principio, ¿cómo afectará a la agilidad de la instrucción?

Como se indica más adelante, cualquier decisión del Ministerio Fiscal en la fase de instrucción debería poder ser recurrida ante un órgano jurisdiccional.

Para que esta posibilidad de recurso no afectara a la agilidad de la instrucción se podría optar por un recurso diferido, esto es, que las partes pudieran recurrir ante el órgano jurisdiccional, de forma acumulada, al finalizar la instrucción.

10- La atribución de la instrucción al ministerio fiscal, ¿implica la atribución de la decisión sobre el comienzo del proceso penal? En su caso, ¿podría someterse esta decisión a criterios de oportunidad u oportunidad reglada? ¿Entrarían estos criterios en conflicto con el principio de legalidad al que constitucionalmente está sujeta la actuación del ministerio fiscal?

La atribución de la instrucción al ministerio fiscal debería implicar atribuirle asimismo la decisión sobre el inicio del proceso penal, que podría tener lugar de oficio o a instancia de parte, salvo en el caso de que se iniciara por querrela, ya que en este supuesto la decisión sobre su admisión correspondería a un órgano jurisdiccional.

Aunque algunos autores y documentos tratan conjuntamente –e incluso vinculan- la atribución de la dirección de la investigación oficial al Ministerio Fiscal con el tema de la introducción en nuestro sistema procesal-penal del principio de oportunidad, entiendo que el establecimiento de este principio no es una *condictio sine qua non* para la regulación en nuestro ordenamiento procesal penal de un procedimiento preliminar dirigido por el Ministerio Fiscal.

En su caso, el sometimiento de la decisión sobre el inicio del proceso penal a criterios de oportunidad únicamente sería admisible cuando el propio legislador introdujera esa oportunidad con carácter reglado, en cuyo caso no se atendería contra el principio de legalidad.

III- El juez de garantías

11- ¿Qué funciones corresponderían a este órgano jurisdiccional? ¿Sería uno de los ya existentes, o habría que crear uno nuevo? ¿Con qué demarcación?

Al Juez de Garantías le correspondería llevar a cabo todas aquellas actuaciones o adoptar todas aquellas resoluciones de la instrucción que presenten carácter jurisdiccional, esto es, que impliquen ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Veamos pues ahora cuáles son, en concreto, los límites constitucionales apuntados, que imponen en todo caso un cierto control o intervención judicial en la instrucción atribuida al Ministerio Fiscal para que la misma sea conforme a la Constitución. O dicho de otro modo, veamos las actividades de la instrucción previa que requieren ejercicio de la potestad jurisdiccional y cuya realización corresponde, en todo caso, a un órgano jurisdiccional -a los Juzgados de Garantías o de Control de la Instrucción-:

En primer lugar, la recepción y la dirección de la prueba procesal.

En segundo lugar, la adopción o la autorización de medidas o diligencias restrictivas de derechos fundamentales.

En tercer lugar, también sería necesaria la intervención jurisdiccional en la fase de instrucción para la adopción de las resoluciones sobre la admisibilidad de la acusación, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva implica que toda resolución sobre la acción penal en el procedimiento preliminar deba ser dictada por un órgano jurisdiccional.

En concreto, según la doctrina, constituyen resoluciones sobre la admisión de la acusación:

1º) La admisión de querellas y otros actos de constitución como parte acusadora no oficial.

2º) La imputación o la inculpación con efectos condicionantes sobre la posterior dirección subjetiva de la acusación.

3º) Las resoluciones relativas al sobreseimiento o a la apertura del juicio oral.

Por último, también se debería prever una actuación jurisdiccional en la instrucción para garantizar los derechos de los acusadores no oficiales y del imputado en dicha fase.

En consecuencia, podemos concluir que se puede atribuir al Ministerio Fiscal la dirección de la investigación propia de la instrucción penal, pero no todas las actividades que integran o constituyen la misma. Por lo tanto, propiamente no cabría hablar de una instrucción por el Ministerio Público, sino de una investigación oficial a cargo del Ministerio Fiscal o de una instrucción por el Ministerio Fiscal limitada.

Por otra parte, una reforma orgánica en el sentido planteado afectaría a los actuales Juzgados –y Jueces– de Instrucción, pero sin conllevar su desaparición sino su conversión en los Juzgados –y Jueces– de Garantías o de Control de la Instrucción, pues, como ya se ha expuesto, es necesaria la intervención jurisdiccional en la fase de instrucción aunque se atribuya la investigación oficial en el proceso penal al Ministerio Fiscal, y es conveniente –si no necesario– que el órgano jurisdiccional que intervenga en dicha fase sea distinto del tribunal sentenciador.

La demarcación de los Juzgados de Garantías o de Control de la Instrucción debería ser el partido judicial.

12- ¿Es necesario un “juicio sobre la acusación” tras la fase de instrucción? ¿Correspondería al juez de garantías, o al tribunal sentenciador?

Según la doctrina, las resoluciones relativas al sobreseimiento o a la apertura del juicio oral constituyen resoluciones sobre la admisión de la acusación.

De esta forma, también sería necesaria la intervención jurisdiccional en la fase de instrucción para la adopción de estas resoluciones sobre la admisibilidad de la acusación, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva implica que toda resolución sobre la acción penal en el procedimiento preliminar deba ser dictada por un órgano jurisdiccional.

Por lo tanto, considero necesario un “juicio sobre la acusación” tras la fase de instrucción, que debería corresponder al Juez de Garantías, para salvaguardar al máximo la imparcialidad del tribunal sentenciador.

13- ¿Serían recurribles las resoluciones del juez de garantías? ¿Habría que distinguir entre las que implican la resolución de un recurso contra decisiones del ministerio fiscal y las que responden a cuestiones que se suscitan directamente ante él? ¿Qué órgano jurisdiccional sería competente para conocer del recurso?

Sí, pero considero que habría que distinguir entre las resoluciones judiciales que implican la resolución de un recurso contra decisiones del Ministerio Fiscal y las que responden a cuestiones que se suscitan directamente ante el Juez de Garantías, siendo recurribles ante un órgano jurisdiccional superior únicamente las primeras. En concreto, ante las Audiencias Provinciales o, en su caso, la Audiencia Nacional.