

# LA SUSTITUCIÓN DE LA INSTRUCCIÓN JUDICIAL POR LA NUEVA DIRECCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

Ivana M.<sup>a</sup> Larrosa Ibáñez





# LA SUSTITUCIÓN DE LA INSTRUCCIÓN JUDICIAL POR LA NUEVA DIRECCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

EDICIÓN 2023

Obra de

**Ivana M.<sup>a</sup> Larrosa Ibáñez**

*Magistrada Suplente de la Audiencia Provincial de la Rioja  
Profesora de Grado de Derecho de la  
Universidad San Jorge de Zaragoza  
imlarrosa@usj.es*

COLEX 2023

Copyright © 2023

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos ([www.cedro.org](http://www.cedro.org)) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web [www.colex.es](http://www.colex.es) un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial, así como a las actualizaciones de los textos legislativos mientras que la edición adquirida esté a la venta y no exista una posterior.

© Ivana María Larrosa Ibáñez

© Editorial Colex, S.L.

Calle Costa Rica, número 5, 3.º B (local comercial)

A Coruña, C.P. 15004

[info@colex.es](mailto:info@colex.es)

[www.colex.es](http://www.colex.es)

I.S.B.N.: 978-84-1359-800-0

Depósito legal: C 209-2023

# SUMARIO

<b>ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS.....</b>	<b>11</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>13</b>

## I.

### **EL NUEVO MODELO DE PROCESO PENAL: EL FISCAL INVESTIGADOR**

A. El principio de legalidad penal en la actuación investigadora y el nuevo principio de oportunidad.....	16
B. Las carencias del proceso penal.....	20
C. El Reglamento de la Fiscalía Europea y la creación de la Fiscalía Europea.....	22
D. El Anteproyecto de la Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal de 2020 y el Fiscal director de la investigación oficial... 24	
1) Fines principales de la reforma.....	24
2) Legitimación constitucional de la nueva investigación penal... 28	
E. Las diligencias de Investigación del Ministerio Fiscal: Circular 2/2022.....	28
1. Diligencias de investigación preprocesales.....	30
1.1. Incoación.....	30
1.2. Garantías extraprocerales de la persona sospechosa... 31	
1.3. Conclusión y archivo de plano sin remisión al órgano judicial.....	31
1.4. Reenvío directo de la denuncia o atestado policial.....	32
1.5. Decreto de conclusión e interposición de denuncia, querrela o remisión del Decreto de propuesta del 803 bis. d) de la LECrim.....	33
1.6. La importancia de las diligencias de investigación en los delitos de agresión y acoso sexual.....	33

1.7. Medidas cautelares durante la tramitación de las diligencias de investigación.....	34
2. Diligencias de investigación auxiliares.....	34
3. Diligencias de investigación posprocesal.....	35
4. Duración de las diligencias de investigación.....	36
5. Valor de las diligencias de investigación.....	37
6. Recursos, comunicaciones y acceso a las diligencias de las partes.....	38

## II.

### **LA INSTRUCCIÓN EN EL PROCESO PENAL DE MENORES: EL FISCAL DE MENORES. LA LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 21 DE ENERO, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES, MÁS DE VEINTE AÑOS DE APLICACIÓN**

A. El Fiscal de Menores.....	40
1. El ejercicio exclusivo de la acción penal por el Ministerio Fiscal. La víctima como coadyuvante sin acción..	40
2. Instrucción del expediente.....	43
2.1. Diligencias preliminares.....	44
2.2. Recepción de la «notitia criminis». Incoación de las diligencias preliminares. Condiciones de procedibilidad.....	49
2.3. Objeto de las diligencias preliminares. Depuración de las dudas iniciales de verosimilitud. Modalidades conclusivas.....	50
2.4. Desistimiento de la incoación del expediente.....	51
2.5. Intervención del Ministerio Fiscal en la fase de instrucción.....	52
2.6. Conclusión de la instrucción.....	54
A. Desistimiento del ejercicio de la acción.....	55
B. El Sobreseimiento de las actuaciones.....	56
C. El escrito de alegaciones.....	57
B. El Juez de Menores.....	59
1. Durante la fase de instrucción del expediente de reforma...	60
1.1. Medidas cautelares de custodia y defensa del menor...	61
1.1.1. Detención del menor.....	67

1.1.2. Medidas cautelares de protección y custodia del menor inimputable.....	70
1.1.3. Diligencias de entrada y registro.....	77
1.1.4. Intervenciones de comunicaciones.....	79
1.1.5. Secreto del expediente.....	80
1.1.6. Medidas para la protección de testigos y peritos... ..	82
2. En el Juicio de acusación:.....	87
2.1. Trámite de audiencia.....	87
2.2. Celebración de la audiencia.....	92
A. Régimen jurídico de la asistencia del menor. Principio de publicidad.....	92
B. Sentencia de conformidad.....	94
C. Desarrollo de la audiencia: Debate preliminar.....	96
D. Práctica de la prueba e informe.....	98
3. Sentencia.....	98
4. Régimen de los recursos.....	103

### III.

#### CONCLUSIONES

Conclusiones.....	109
-------------------	-----

### IV.

#### BIBLIOGRAFÍA

Referencias de legislación y documentos de interés de las instituciones europeas.....	112
Referencias de jurisprudencia relevante.....	115



# ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

<b>Art., arts.</b>	Artículo, artículos
<b>CE</b>	Constitución Española de 1978
<b>Cit., cit.</b>	Citado
<b>DOCE</b>	Diario Oficial de la Comunidad Europea
<b>DOUE</b>	Diario Oficial de la Unión Europea
<b>Ed.</b>	Editorial
<b>Esp.</b>	Especialmente
<b>EOMF</b>	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
<b>Eurojust</b>	Unidad de Cooperación Judicial de la Unión Europea
<b>FGE</b>	Fiscalía General del Estado.
<b>LOPJ</b>	Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985
<b>MF</b>	Ministerio Fiscal
<b>N.º, núm.</b>	Número
<b>OLAF</b>	Oficina Europea de Lucha contra el Fraude
<b>Op. cit.</b>	Obra citada
<b>PIF</b>	Protección de los Intereses Financieros
<b>p., pp.</b>	Página, páginas
<b>RFE</b>	Reglamento (UE) 2017/1939, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea
<b>RMF</b>	Real Decreto 305/2022, de 3 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Ministerio Fiscal
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional
<b>TEDH</b>	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

<b>TFUE</b>	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea / Tratado de Lisboa
<b>TUE</b>	Tratado de la Unión Europea
<b>UE</b>	Unión Europea
<b>Rg (UE) 2017/1939</b>	Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, de cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea

# INTRODUCCIÓN

La necesidad de establecer un nuevo proceso penal moderno y garantista, adaptado a la sociedad democrática actual, viene siendo planteado tras la entrada en vigor de nuestra Carta Magna en el año 1978.

Hasta la fecha son muchas las reformas que ha sufrido la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 y los proyectos de reforma que de la misma se han planteado, pero ninguno de ellos ha cuajado hasta la fecha. De este modo la actual LECrim se ha convertido en una ley desarticulada con múltiples reformas creadas al amparo de las diferentes tendencias políticas existentes en cada momento.

La propuesta de la LECrim de 2011 y el Anteproyecto del nuevo Código Procesal Penal del 2013 fijaron reformas de corte acusatorio, como establecer un plazo máximo para la instrucción, sin embargo aquellos no llegaron a aprobarse.

La nueva reforma del proceso penal obedece no sólo a un cambio en la administración de justicia sino también a la inclusión de España dentro del espacio normativo de libertad y justicia de la Unión Europea. La aprobación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la fiscalía europea, constituye el impulso definitivo a la reforma del proceso penal español.

La definitiva consagración del principio acusatorio en el proceso penal se sustenta en la estricta división entre el juicio, plenamente sometido a la contradicción y publicidad ante un órgano jurisdiccional no contaminado por actuaciones previas, y la investigación o procedimiento preparatorio de la acusación (delimitación de hechos y presuntos responsables y decisión sobre el ejercicio de la acción penal),

atribuida al Ministerio público, así como la investigación o procedimiento preparatorio de la acusación responsables y decisión sobre el ejercicio de la acción penal.

A lo largo de este libro se tratará de los principios de la reforma, la actuación del Ministerio Fiscal como director de la investigación penal sometido a los principios de legalidad, imparcialidad y oportunidad, y del juez garante de los derechos fundamentales de las partes del proceso.

La Circular de la Fiscalía 2/2022, de 20 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre la actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal, en el ámbito de la investigación penal, se dicta para garantizar los criterios de actuación de la fiscalía en la actividad de investigación extraprocesal y como preparación a lo que puede ser en un futuro inmediato, la atribución definitiva de la investigación procesal al Ministerio Fiscal.

No obstante quedan fuera del Anteproyecto del nuevo código procesal penal y de la citada Circular las funciones instructoras encomendadas al Fiscal instructor en el proceso de responsabilidad penal de menores regulado en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de menores. La delimitación de estas funciones del Fiscal instructor y del juez exigen un examen exhaustivo de las mismas, para abordar la nueva función de dirección jurídica que se encomienda al ministerio público.

# I.

## **EL NUEVO MODELO DE PROCESO PENAL: EL FISCAL INVESTIGADOR**

Con la promulgación de la CE de 1978, se atribuye al Ministerio Fiscal la misión de promover la acción de la justicia, garante de la legalidad, y la defensa de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley. En este sentido el proceso penal les otorga facultades para el ejercicio de las acciones penales, si consideran que los hechos pueden revestir caracteres de delitos, pudiendo abstenerse cuando los hechos no entrañen ningún ilícito penal. De este modo, el actual proceso penal español distingue la función de dirección de la instrucción del juez, y la acusatoria del Ministerio Fiscal, dando cabida y salvaguardando los derechos de los ciudadanos y las garantías procesales.

No obstante, el EOMF y la LECrim<sup>1</sup>, atribuyen al Ministerio Fiscal la posibilidad de investigar los hechos con trascendencia penal denunciados o que se encuentren insertos en los atestados a través de las Diligencias de Investigación.

Sin embargo, estas diligencias investigadores cuentan con importantes limitaciones ya que no pueden suponer ni la adopción de medidas cautelares ni implicar una limitación de los derechos. Y en todo caso deben estar presididas por los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa de las partes, garantizando en todo caso el principio de legalidad.

---

1 *Vid.* el art. 5 del EOMF y el art. 773 de la LECrim regulan la actividad extraprocesal penal del Ministerio Fiscal.

## **A. El principio de legalidad penal en la actuación investigadora y el nuevo principio de oportunidad**

El principio de legalidad penal se reconoce en el artículo 25.1 de la CE, al establecer que nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito o infracción administrativa, según la legislación viene en el momento de producirse. Igualmente y en concordancia con nuestro CP, tampoco puede ser condenado con una pena sino existe un conocimiento previo de los delitos y de las penas, con anterioridad a su comisión<sup>2</sup>.

El principio de legalidad se predica en todas las actuaciones llevadas a cabo por el Ministerio Fiscal de acuerdo con lo dispuesto en el art. 124.2 de la CE<sup>3</sup>, y más aún cuando la encomienda de la dirección de la investigación procesal que se le atribuye, constituyendo por tanto un acto de legitimación singular y específico<sup>4</sup>.

No obstante, este principio de legalidad debe compatibilizarse con el principio de oportunidad aplicable a toda realidad en el derecho penal material<sup>5</sup>. Y ello es así, porque ningún sistema penal existente persigue todos los hechos con una cierta apariencia delictiva, tanto por razones de economía procesal, falta de medios materiales o por cuanto el derecho penal debería ser frente a hechos de escasa o nula gravedad social la «última ratio», frente a sistemas menos punitivos e inquisitivos<sup>6</sup>. Ahora bien, debe tratarse

---

2 ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Marcial Pons, 8.º edición Madrid, 2015, pp. 41- 44.

3 MARCHENA GÓMEZ, M., p. 124

4 BASTARRECHE BENGOA, T., *Constitución y Ministerio Público: Holanda, Italia y España* (1a ed.). Navarra: Thomson Reuters. 2010, P.376

5 URQUÍA GÓMEZ, F., *El principio de legalidad y el principio oportunidad. En Ministerio de Justicia*, Centro de Publicaciones (ed.), Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León: La reforma del proceso penal, 1989, p. 943.

6 FLORES, I., *Algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídico-política del Ministerio Fiscal en España*. Boletín del Ministerio de Justicia, n.º 2084, Madrid, 2009, pp. 134-135.

de una oportunidad reglada<sup>7</sup>, cuyas condiciones de aplicación se establecen previamente en la ley, para que sea su uso legítimo, evitando de esta forma una oportunidad abierta y libre<sup>8</sup>.

EL principio de oportunidad se sustenta en principios ajenos a los previstos en la actuación del Ministerio Fiscal. La Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 1983 estableció,

«El Ministerio Fiscal no está facultado para acogerse al principio de oportunidad, de modo que, conocido un hecho delictivo con visos de certeza, ningún poder del Estado tiene en sus manos resortes lícitos para evitar que el Ministerio Fiscal cumpla sus obligaciones, y es evidente también que, advertida la improcedencia de una acusación, nadie puede lícitamente ordenar su mantenimiento por razones de conveniencia política o de otra índole»<sup>9</sup>.

Por tanto el principio de oportunidad no es incompatible en todo caso con el de legalidad ni tampoco con el de imparcialidad, siempre que se actúe con criterios de racionalidad y conforme a Derecho<sup>10</sup>. No obstante debemos apartarnos de criterios políticos, utilitaristas, partidistas y supuestamente legítimos en la aplicación de las normas penales que supondrían una desviación del ejercicio de la función jurisdiccional<sup>11</sup>.

---

7 CONDE-PUMPIDO, C., *El principio de oportunidad reglada: su posible incorporación al sistema del proceso penal español*. En Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones (ed.), Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León: La reforma del proceso penal, 1989, pp. 287-308.

8 CONDE-PUMPIDO, C. «El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal», en *Revista de Poder Judicial*, no especial VI, 1989, pp. 35-36.

9 Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1983, p. 21.

10 RUÍZ VADILLO, E., «La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal», en *Revista del Poder Judicial*. Número 2, 1988. CGPJ. Madrid pp. 1-37.

11 TORRE RUIZ, J., *Notas sobre el ejercicio de la jurisdicción penal en un Estado de Derecho constitucional*, en segundas jornadas de derecho judicial, Ministerio de Justicia, Madrid 1985, p. 427.

La sustitución de la instrucción judicial por la nueva dirección jurídica encomendada al Ministerio Fiscal, constituirá la definitiva consagración del principio de independencia e imparcialidad del juez garante de los derechos fundamentales de las partes.

Múltiples han sido los intentos de reforma de nuestro sistema procesal penal para adaptarlo a las exigencias constitucionales, que proclaman la necesidad de garantizar la actuación independiente e imparcial del juez garante de los derechos fundamentales. Y ello porque en la fase de instrucción la intervención del juez puede levantar sospechas al llevar a cabo estas actuaciones jurídicas, y relaciones con las partes que podrían generar un posicionamiento a su favor o en contra, en perjuicio de los principios que como tercero imparcial debe abanderar.

Por otra parte la atribución al Ministerio Público de la nueva dirección jurídica de la fase de investigación, viene abalada por el principio acusatorio, ya que es él quien ejerce la acción penal pública en base al resultado de sus pesquisas, y su actuación sometida a los principios de legalidad y oportunidad.

En este libro se analiza con profundidad las pretendidas reformas del Anteproyecto de la LECRIM de 2020, en el que encomienda la nueva dirección al Ministerio Fiscal bajo los principios de legalidad, imparcialidad y oportunidad. Así mismo se hace un exhaustivo examen de la nueva Circular de la Fiscalía 2/2022, de 20 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre la actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal, antesala de la esperada reforma, que se dicta para unificar criterios en materia de actuación e investigación extraprocesal del Ministerio Fiscal hasta que se apruebe la tan ansiada reforma del proceso penal.



## **IVANA M.ª LARROSA IBÁÑEZ**

Ivana M.ª Larrosa Ibáñez es en la actualidad profesora de Grado de Derecho de la Universidad San Jorge de Zaragoza, así como magistrada suplente de la Audiencia Provincial de la Rioja. Es miembro a su vez de la Sociedad Vasca de Criminología del País Vasco. Ha desempeñado desde hace más de dos décadas el ejercicio efectivo de las funciones jurisdiccionales en todos los órdenes, especialmente en el civil y penal. Especialista en el tema de violencia de género, menores y mujer, y justicia restaurativa, ha analizado los diferentes conflictos jurídicos en dichas materias, a través de diferentes ponencias, artículos jurídicos, publicaciones e intervenciones en Congresos Nacionales e Internacionales de relevante interés jurídico.

PVP 15,00 €

ISBN: 978-84-1359-800-0



9 788413 598000