

INVESTIGACIÓN PENAL DEL MINISTERIO PÚBLICO Y DERECHO DE DEFENSA

PROSECUTOR'S CRIMINAL INVESTIGATIONS AND SUSPECT'S RIGHTS TO DEFENCE

*Premio de Artículos Jurídicos «García Goyena»
XVIII Edición*

ADRIANO J. ALFONSO RODRÍGUEZ (MARCOS MARTINS)

Resumen: El Fiscal puede desarrollar una actividad de investigación compartida con Jueces y Policías, con lo que puede incidir en la esfera de derechos del investigado pudiendo éste desarrollar con plenitud el derecho de defensa ante una indagación que no genera actos de prueba de ningún tipo salvo excepciones. Durante su desarrollo, el Fiscal puede acordar medidas que necesariamente requieren la participación y presencia del investigado, con lo que su declaración ante la existencia de indicios de responsabilidad penal deviene en obligatoria. Ahora bien, la modificación de la LECRIM que introduce el procedimiento de aceptación del decreto del Fiscal implica la ruptura de esta dinámica pudiendo ser el sujeto condenado sin antes ser oído lo que obliga a revisar dicho procedimiento desde la óptica constitucional.

Palabras clave: Fiscal, investigación, sospechoso, prueba, defensa

Abstract: The Prosecutor can lead criminal investigations similar to Judges and Police Forces, and this measures can affect to the suspect with a big impact in his rights. However, rights to defence is obvious. Criminal investigation cannot make proofs but the suspect presence is necessary, essentially when there are felons evidences. Nevertheless with the criminal laws reform, a new procedure

breaks the constitutional guarantees because allows the punishment without suspect's statement.

Key words: Prosecutor, investigation, suspect, proof, defence.

SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN 2.- DILIGENCIAS DEL INVESTIGACIÓN DEL FISCAL 2.1 *DELIMITACIÓN CONCEPTUAL* 2.2 *NATURALEZA DE LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN PENAL* 2.3 *VALOR DE LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN PENAL DEL FISCAL* 3. EL INVESTIGADO EN LAS DILIGENCIAS DEL FISCAL 3.1 *DELIMITACIÓN CONCEPTUAL: ¿INVESTIGADO, SOSPECHOSO O INTERESADO?* 3.2 *LA DECLARACIÓN DEL INVESTIGADO: ¿MEDIDA OBLIGATORIA?* 3.3 *EL DERECHO DE DEFENSA EN LA INVESTIGACIÓN DEL FISCAL* 3.4 *ASPECTOS PRACTICOS DEL DERECHO DE DEFENSA DEL INVESTIGADO* 4. CONCLUSIONES 5.- BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCION

Nuestro ordenamiento procesal penal se caracteriza por la presencia de una pluralidad de sujetos que ostentan la titularidad de la investigación de los ilícitos penales. En este sentido, si observamos el escenario que se nos presenta, esta capacidad investigadora le corresponde al Juez de Instrucción, al Ministerio Público y a la Policía Judicial quienes pueden desarrollar labores de indagación, si bien dentro de límites muy estrictos fijados por la propia LECRIM. Esto, a su vez, nos lleva a concluir que la tarea de pesquisa del hecho delictivo es de naturaleza pública¹.

¹ No obstante los sujetos privados puedan desarrollar tareas de investigación. Así, la Ley 5/2014 de Seguridad Privada, de 4 de abril, regula las agencias de detectives privados (arts. 24, 25, 37 y 48 a 50) y la posibilidad de investigaciones privadas respecto de delitos que sean perseguibles a instancia de parte (art. 48.1. c), viéndose este escenario completado por la Ley de Protección y Seguridad Ciudadana 4/2015 de 30 de marzo que establece una colaboración pública-privada (los mismos despachos de detectives) para los fines previsto en la citada norma (art. 4.3 en relación con los arts. 1 y 3 de la misma norma). Asimismo, es posible que en nuestro régimen parlamentario se articulen las llamadas Comisiones de Investigación (art. 76 CE) circunscritas a la investigación de asuntos "de interés público", no obstante como señala LOPEZ BARJA DE QUIROGA, "...conviene indicar que la regulación española es preocupantemente escasa y no es éste un reproche a la norma constitucional pues, sin duda mediante ley orgánica pudo y puede dotarse de las normas precisan que disciplinen la actuación de las comisiones de investigación, respetando los derechos de defensa, el interés público en la averiguación de los hechos y en su caso, el también interés público en la exigencia responsabilidades penales". *Vid. Tratado de Derecho Procesal*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pág. 547.

Ese carácter oficial determina que el primer interviniente en la investigación penal puedan serlo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (FCSE), concretamente la llamada **Policía Judicial**, encargada, bajo dependencia de los Jueces y de la Fiscalía, de la averiguación de las circunstancias del ilícito denunciado o conocido *ex officio* dentro del proceso penal.

Sin embargo, no hay que olvidar que la actividad policial, calificada doctrinalmente de diferentes modos², es de naturaleza pura-

MARTIN MARTIN incide en que su proximidad con la instrucción penal radica en su carácter averiguatorio, pero “...carece en cambio de los otros aspectos que dan contenido a la instrucción jurisdiccional, particularmente de cuanto entraña tutela de derechos”. *Vid. La instrucción penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 352. En nuestra opinión, sería imprescindible una regulación más precisa del funcionamiento de estas Comisiones, sobre todo en lo que respecta a la comparencia de los citados, máxime cuando al amparo de la propia CE es posible dar traslado al Ministerio Fiscal del resultado de lo investigado, para el ejercicio de las acciones oportunas (art. 76.1).

² Respecto a la denominación atribuida a la actuación de la Policía Judicial ARAGONESES MARTINEZ y TOME GARCIA señalan que “Es conveniente distinguir la instrucción preliminar, como fase procesal encomendada a los órganos jurisdiccionales, del conjunto de diligencias —no procesales— que pueden ser practicadas por la Policía Judicial y por el Ministerio Fiscal”. *Vid. con DE LA OLIVA, Andrés HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, MUERZA ESPARZA, Julio, Derecho Procesal Penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, pág. 298. ASENSIO MELLADO distingue entre diligencias de investigación realizadas previa orden del Ministerio Fiscal o del Juez de Instrucción y de diligencias autónomas de investigación. *Vid. Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 80-81. CORTES DOMINGUEZ alude al término “instrucción preliminar” de la Policía y del Fiscal a distinguir de la instrucción judicial. *Vid. con MORENO CATENA, Víctor, Derecho Procesal Penal*, Valencia, 2008, pág. 195. También LORCA NAVARRETE respecto de la actividad de la Policía Judicial la califica de “instrucción preliminar”. *Vid. Derecho Procesal Penal*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 172. RAMOS MENDEZ alude a la actividad instructora de la policía judicial, fundamentalmente en la regulación del procedimiento abreviado “con la aparente pretensión de que sea un cuerpo autónomo y autosuficiente”, también en los juicios rápidos la importancia de la actividad de la Policía Judicial es tal que, señala este autor, el atestado, donde se recogen las diferentes diligencias practicadas, es la instrucción. *Vid. Enjuiciamiento Criminal. Novena lectura constitucional*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2010, págs. 176 y 177. ALMAGRO NOSETE sitúa la intervención de la policía dentro de la fase de investigación preliminar. *Vid. Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1996, pág. 25. LOPEZ BARJA DE QUIROGA emplea el término “investigación formal” para referirse a la actividad desplegada por parte de la policía. *Vid.*, en este sentido, *Tratado de derecho procesal...*, op.cit., pág. 496. MARTIN MARTIN considera la intervención de la policía judicial, en el seno del proceso penal, como actividad preprocesal. *Vid. La instrucción...*, op. cit., págs. 102-105 y 260-263.

MORENO CATENA, respecto de la intervención de la Policía Judicial en los llamados “juicios rápidos”, señala que no se trata hacer una tarea de condicionamiento o predeterminación al Juzgado o al Ministerio Fiscal en la calificación de los hechos, sino encaminar el procedimiento en supuestos sencillos tales como he-

mente administrativa³ y salvo la detención del sospechoso (art. 492 LECRIM) no puede la Policía Judicial adoptar medidas limitativas de los derechos fundamentales sin contar con la decisión del Juez de Instrucción.

No obstante, es preciso indicar que la actividad de investigación policial tiene un espacio propio, donde actúa sin tener la obligación de dar cuenta inmediata a nadie del inicio de la investigación⁴, y una vez finalizado el atestado, que es donde se reflejan las diligencias practicadas, se lleva a cabo su entrega en el Juzgado y en la Fiscalía respectiva, dando un exacto conocimiento de lo realizado al resto de órganos intervinientes en el proceso penal.

Y una vez que el atestado policial accede a los órganos judiciales, o de la acusación pública, cesa toda actividad policial autónoma. A partir de ese momento el Juez toma las riendas de la investigación, mutando su naturaleza, pues ya no es una pura actividad administrativa, en tanto pueden tomarse decisiones limitativas de derechos fundamentales, que implican desplegar una actividad valorativa y decisoria de carácter jurisdiccional.

El **Juez de Instrucción** también puede iniciar de oficio (art. 303 LECRIM) y desarrollar una actividad investigadora en el curso de la llamada “instrucción penal”, aunque también cabe la posibilidad de que cualquier particular, sin intervención alguna de la Policía Judicial o del Fiscal, proceda a interponer denuncia directamente ante el Juzgado de Guardia o ante el Juzgado Decano por la

chos de violencia doméstica o de hurto flagrante. *Vid.* en este sentido, con COLMENERO GUERRA, Antonio, *Ley de Enjuiciamiento Criminal y legislación complementaria*, Tecnos, Madrid, 2010, pág. 18. Igualmente, GIMENO SENDRA, para el caso concreto de la actuación policial en el seno de los llamados “juicios rápidos”, alude la “preinstrucción” desarrollada por la Policía efectuada en virtud del atestado. *Vid. Filosofía y principios de los “juicios rápidos”*, Diario La Ley n° 5667, 2002-VII, pág. 1558-1559.

³ Ahora bien, HERCE QUEMADA califica de administrativa la actividad de la policía judicial aunque adopte formas procesales. *Vid.* con GOMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho Procesal*, Artes Gráficas, Madrid, 1987, pág. 139.

⁴ Ex art. 284.1 de la LECRIM “Inmediatamente que los funcionarios de la Policía judicial tuvieren conocimiento de un delito público o fueren requeridos para prevenir la instrucción de diligencias por razón de algún delito privado, lo participarán a la autoridad judicial o al representante del Ministerio Fiscal, si pudieren hacerlo sin cesar en la práctica de las diligencias de prevención. En otro caso, lo harán así que las hubieren terminado”. Reconociéndoles incluso la potestad de “archivo” policial (referida en la LECRIM como un mero deber de conservación a disposición de las autoridad competentes) en supuestos de no identificación del autor del hecho delictivo salvo determinadas excepciones (art. 284.2 en redacción de la Ley 41/2015 de 25 de octubre de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales).

posible comisión de un hecho delictivo (art. 256 LECRIM), y en su virtud se adopten las oportunas actuaciones por parte del órgano judicial, iniciándose, salvo que le correspondiese el asunto a otro Juzgado por hallarse de guardia en el momento de comisión del hecho delictivo denunciado, la fase de instrucción judicial, y dentro de ella la investigación, con independencia de la intervención policial, que en este supuesto actuaría “por delegación” del Juez de Instrucción, y no de un modo autónomo. Alternativamente cabría todavía la posibilidad de interponer querrela (art. 270 LECRIM) también directamente ante el órgano judicial, y que éste decida, en caso de ser competente, la correspondiente incoación de diligencias o actividades de comprobación del hecho denunciado a través de los diferentes procedimientos regulados en la LECRIM.

Finalmente, en lo que a nosotros nos interesa, y que vamos analizar más adelante, en el esquema de investigación penal español por delitos y frente a mayores de edad, puede el **Ministerio Público** recibir denuncias o iniciar su propia actividad de investigación preparatoria del proceso penal, calificativo éste, en mi opinión, acertado *ex. art. 773.2 LECRIM*⁵, dentro del procedimiento abreviado y también en el art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (en adelante EOMF)⁶ actividad que en ningún caso puede ser paralela a la

⁵ El precepto, modificado últimamente por la disposición final 1.22 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, reguladora del Estatuto de la Víctima del Delito reza del siguiente modo “2. Cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado, informará a la víctima de los derechos recogidos en la legislación vigente; efectuará la evaluación y resolución provisionales de las necesidades de la víctima de conformidad con lo dispuesto en la legislación vigente y practicará él mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo. El Fiscal decretará el archivo de las actuaciones cuando el hecho no revista los caracteres de delito, comunicándolo con expresión de esta circunstancia a quien hubiere alegado ser perjudicado u ofendido, a fin de que pueda reiterar su denuncia ante el Juez de Instrucción. En otro caso instará del Juez de Instrucción la incoación del procedimiento que corresponda con remisión de lo actuado, poniendo a su disposición al detenido, si lo hubiere, y los efectos del delito. El Ministerio Fiscal podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en la ley para la citación judicial, a fin de recibirle declaración, en la cual se observarán las mismas garantías señaladas en esta Ley para la prestada ante el Juez o Tribunal. Cesará el Fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos”.

⁶ Según el art. 5 del EOMF “Uno. El Fiscal podrá recibir denuncias, enviándolas a la autoridad judicial o decretando su archivo, cuando no encuentre fundamentos para ejercitar acción alguna, notificando en este último caso la decisión al denunciante.

Dos. Igualmente, y para el esclarecimiento de los hechos denunciados o que aparezcan en los atestados de los que conozca, puede llevar a cabo u ordenar aquellas

judicial, y proceder, una vez efectuadas las pertinentes comprobaciones, a dictar el correspondiente decreto de archivo o a judicializarla, mediante la interposición de la correspondiente querrela o denuncia.

En suma, en nuestro proceso penal se reconoce potestad investigadora “autónoma” tanto al Juez de Instrucción como a la Fiscalía y la Policía. Es preciso indicar, a modo de reflexión expresiva de una clara preocupación, que nuestro sistema adolece de un esquema único de tramitación procedimental⁷ que facilite la agilidad en el modo de investigar. Y sobre todo, en qué medida el derecho de defensa resulta operativo en diligencias desarrolladas ante sujetos distintos de la autoridad judicial, en concreto ante la acusación pública como a continuación analizaremos.

diligencias para las que esté legitimado según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las cuales no podrán suponer la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos. No obstante, podrá ordenar el Fiscal la detención preventiva.

Todas las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o que se lleven a cabo bajo su dirección gozarán de presunción de autenticidad.

Los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa inspirarán la práctica de esas diligencias.

A tal fin, el Fiscal recibirá declaración al sospechoso, quien habrá de estar asistido de letrado y podrá tomar conocimiento del contenido de las diligencias practicadas. La duración de esas diligencias habrá de ser proporcionada a la naturaleza del hecho investigado, sin que pueda exceder de seis meses, salvo prórroga acordada mediante decreto motivado del Fiscal General del Estado. No obstante, las diligencias de investigación en relación con los delitos a que se hace referencia en el apartado Cuatro del artículo Diecinueve del presente Estatuto, tendrán una duración máxima de doce meses salvo prórroga acordada mediante Decreto motivado del Fiscal General del Estado.

Tres. Transcurrido el oportuno plazo, si la investigación hubiera evidenciado hechos de significación penal y sea cual fuese el estado de las diligencias, el Fiscal procederá a su judicialización, formulando al efecto la oportuna denuncia o querrela, a menos que resultara procedente su archivo.

También podrá el Fiscal incoar diligencias preprocesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye”.

⁷ Se contempla, entre otros, en la LECRIM de 15 de septiembre de 1882, constantemente objeto de reformas legislativas parciales (la última publicada el 6 de octubre de 2015) el llamado proceso sumario, el procedimiento abreviado, el enjuiciamiento inmediato de determinados hechos delictivos, el procedimiento de enjuiciamiento de los delitos leves o el procedimiento de aceptación del decreto del Fiscal, junto con la especialidad existente en materia de violencia de género. A los habría que añadir los sistemas propios de investigación reflejados en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (LOTJ), de 22 de mayo de 1995, y en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (LORPM), de 12 de enero del 2000.

2. DILIGENCIAS DEL INVESTIGACION DEL FISCAL

2.1 DELIMITACION CONCEPTUAL

Frente a la enorme extensión que supone la LECRIM donde se diseña una instrucción penal con protagonismo judicial, nos encontramos con que el legislador ha considerado suficiente una parca regulación que aborde la dirección de las investigaciones previas penales por el Ministerio Público. En este sentido, la única norma procesal que reconoce la posibilidad de intervención del Fiscal en este sentido es el art. 773.2 de la LECRIM, dentro del procedimiento abreviado, sin que podamos ignorar la regulación prevista en el art. 5 EOMF. Por tanto, es preciso hacer una tarea de integración entre ambos preceptos contemplados, curiosamente, en normas de diferente naturaleza⁸. Situación ésta de dispersión normativa, en lo que respecta a la investigación preliminar penal, que debería de finalizar.

En relación a cómo calificar la actividad indagatoria de la Fiscalía han resultado diversas calificaciones. Así, hasta cuatro denominaciones diferentes pueden encontrarse en la propia doctrina de la Fiscalía General del Estado (FGE) para atender a la actividad investigadora del Ministerio Público. Así se habla de diligencias de inves-

⁸ La LECRIM es una norma procesal mientras que el EOMF es de naturaleza estatutaria.

tigación⁹, diligencias preliminares¹⁰, diligencias informativas¹¹ y diligencias preprocesales¹².

No obstante opino que sólo el art. 773.2 de la LECRIM comprende diligencias de investigación penal, siendo el art. 5 del EOMF quien contempla tanto las diligencias que la FGE califica de “informativas”, es decir, accesorias para el ejercicio de una acción, que no

⁹ La Consulta 2/95, de 19 de abril, de la FGE en atención al objeto, establecía que las diligencias de investigación penal “...se centren en determinar sucintamente si se dan los hechos conocidos, denunciados u objeto del atestado policial, los mínimos elementos para presumir la existencia de un delito, complementando la investigación policial”. Hasta aquí objeto y denominación se ajusta a lo pretendido institucionalmente. Por otro lado, el término diligencia de investigación, se empleó en el art. 20 del RD 769/1987, de 19 de junio, en materia de Policía Judicial al indicar que “Cuando los funcionarios integrantes de las unidades orgánicas de la Policía Judicial realicen diligencias de investigación criminal formalmente concretadas a un supuesto presuntamente delictivo, pero con carácter previo a la apertura de la correspondiente actuación judicial, actuarán bajo la dependencia del Ministerio Fiscal...”. Igualmente apunta la Circular 4/2013 que “A tales efectos habrá de emplearse la denominación de diligencias de investigación siempre que se abran para investigar si un hecho tiene relevancia penal...”.

¹⁰ Y así, se planteaba en la Circular 1/2000 de la FGE, sobre criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor, denominación que ratifica en la Circular 9/2011 de la FGE sobre criterios para la unidad de actuación especializada en materia de menores.

¹¹ La Circular 4/2011, sobre criterios de unidad de actuación en materia de siniestralidad laboral, califica de diligencias de investigación las recogidas en el art. 5 del EOMF y las dispuestas en el art. 773.2 de la LECRIM “y no diligencias informativas denominación que, como se dirá, podrá reservarse para otros casos”. Y en este sentido, reserva la condición de “informativas” a “las comunicaciones con el Fiscal de Sala Coordinador para facilitar el necesario control por éste de los procedimientos sobre la materia, las comunicaciones entre los Fiscales Delgados y los Fiscales integrantes de la Sección pertenecientes a las Fiscales de las Secciones Territoriales de las Fiscalías Provinciales...” o las comunicaciones a la Autoridad Laboral de resoluciones judicial para finalizar, señalando “o cualesquiera otra que en rigor no supongan actividades de estricta investigación (preprocesales)”.

¹² En las conclusiones a las que han llegado los Fiscales Especialistas en materia de protección de personas con discapacidad, califican como “diligencias preprocesales” a las dimanantes del art. 5 de la EOMF en cuanto suponen una extensión de las diligencias de investigación en el orden penal, ampliándolas al orden civil de modo que no son diligencias de investigación ni informativas sino simplemente “preprocesales”. Vid. GANZENMULLER ROIG, Carlos, SANTOS URBANEJA, Fernando, LOPEZ EBRI, Gonzalo, FABREGA RUIZ, Cristóbal, LOPEZ-MORA GONZALEZ, Nuria, ALCANTARA BARBANY, Felisa, MAYOR FERNANDEZ, David, DE LA BLANCA GARCIA, Ángeles, *Manual de buenas prácticas. La intervención del Fiscal, en la aplicación de la Convención de Nueva York, sobre los Derechos de las personas con discapacidad*, de 13 de diciembre de 2006, Tirant Monografías, Valencia, 2012, pág. 13. DUERTO ARGEMÍ sin embargo, habla de “diligencias informativas previas a la interposición de la demanda”. Vid. *Los procesos sobre la capacidad de las personas. La medida de internamiento*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal II, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 2001, pág. 231.

tiene porqué ser necesariamente de naturaleza penal, por parte del Fiscal¹³. En todo caso definiendo que cuando se trate de actuaciones en el ámbito penal procede hablar de “diligencias de investigación”.

En todo caso, el problema de denominación es el resultado de contemplar la intervención del Fiscal en dos textos legales con un contenido parecido y extendiendo como mecanismo accesorio el empleo de la potestad investigadora para otros menesteres ajenos a la persecución del hecho delictivo¹⁴, cuyo uso debe ser sumamente prudente en tanto afecta a los derechos de los ciudadanos al desarrollarse sin un contrapeso judicial que evite intromisiones innecesarias en esferas protegidas (por ejemplo la intimidad).

Debería, en suma, de acogerse únicamente la potestad de investigación preliminar, con dicha calificación, sólo para el terreno penal, en único texto procesal, evitando la confusión y confluencia de otros actos del Ministerio Público que deberían de evitarse.

2.2 NATURALEZA DE LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACION PENAL

De la lectura del art. 773.2 de la LECRIM resulta una apreciación y una duda, al hilo de ella. El Ministerio Público tiene una tarea de depuración de los hechos que le llegan, tarea que le puede llevar a archivarlos o a judicializarlos, y la duda que deriva de este precepto viene determinada por el sentido de la expresión “*instará del Juez el procedimiento que corresponda con remisión de lo actuado*”, poniendo a su disposición el detenido y los efectos. Dicho más sencillamente ¿Es una actividad preliminar de la judicial o preparatoria para la apertura de juicio oral?

La respuesta a la anterior cuestión, que nos ayuda a despejar la incógnita de la naturaleza de las diligencias del art. 773.2, no es baladí, pues si consideramos que es preliminar, previa a la judicial, no

¹³ La Circular 2/2012 sobre unificación de criterios en los procedimientos por sustracción de menores recién nacidos, señala, si bien de modo implícito, como diligencias “preprocesales” aquellas destinadas a la preparación de demandas civiles, promoción jurisdiccional de medidas de protección de menores, estudio sobre viabilidad de la interposición de un recurso de amparo constitucional o estudio sobre la viabilidad del a interposición de una demanda sobre ilegalización de un partido político, además de actuaciones de naturaleza gubernativa o disciplinaria.

¹⁴ El texto del EOMF no contemplaba inicialmente la posibilidad del uso de las diligencias preprocesales para el ejercicio de las facultades que el ordenamiento le atribuye. Vid. LOPEZ GARRIDO, Diego, *Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Trabajos Parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1989, págs. 14-15.

será más que accesoria a la ulterior incoación de una instrucción, con independencia de su denominación (sumario, diligencias previas...) con una reiteración de diligencias, mientras que si la consideramos preparatoria del juicio entonces estamos atribuyendo al Fiscal una posición principal en el seno de la dirección de la investigación, cumpliendo la función que la instrucción judicial ostenta en nuestro ordenamiento jurídico respecto a la eventual apertura o no del juicio oral. Veamos algunos antecedentes.

El derogado art. 789.3 de la LECRIM preveía que *“sólo en el caso de que las diligencias practicadas en el atestado no fueran suficientes para formular acusación, así como cuando el procedimiento se iniciare por denuncia presentada en el Juzgado o por querrela, el Juez ordenará a la Policía Judicial o practicará por sí las diligencias esenciales encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él han participado y el órgano competente para el enjuiciamiento, dando cuenta de su incoación y de los hechos que la determinen al Fiscal de la Audiencia correspondiente”*.

Conjugando el anterior precepto con el art. 785 bis de la LECRIM —ahora 773.2— resultaba un procedimiento en el que la STC 186/90, de 15 de noviembre, consideraba que la instrucción judicial no era un primer paso ineludible, al contrario. Así *“... Pero esta primera fase jurisdiccional prevista en la Ley no siempre tiene el mismo alcance y contenido instructorio antes dicho, puesto que el mencionado art. 789.3.º restringe —siguiendo las tendencias que se observan al respecto en el Derecho procesal penal comparado— el desarrollo de esta concreta fase sólo a aquellos supuestos en los que el procedimiento se inicie por denuncia presentada en el Juzgado o por querrela, esto es, cuando no ha habido antes investigación preliminar, o cuando las diligencias practicadas en el atestado no fuesen suficientes para formular acusación¹⁵...”* (FJ 4º).

En esta resolución del TC se distinguía prístinamente, dentro del procedimiento abreviado, la *“investigación oficial”* o también *“investigación preliminar oficial”*, de la instrucción preparatoria de naturaleza jurisdiccional, de tal modo que había un ámbito autónomo investigador de actuación del acusador público, siendo la instrucción judicial previa subsidiaria de ella (*“...cuando no ha habido antes investigación preliminar...”*) o complementando la indagación policial (*“ o cuando las diligencias practicadas en el atestado no fuesen suficientes para formular acusación...”*).

¹⁵ La cursiva es mía.

Por ello, con ese **carácter subsidiario**, reconocido jurisprudencialmente¹⁶, más que de diligencias previas a la apertura de una instrucción judicial, podríamos hablar de diligencias preparatorias que integrarían la instrucción judicial. Por tanto, se desarrollaba una investigación oficial principal por el acusador público y así se convertía al Ministerio Fiscal en verdadero instructor, en órgano competente para la formación de la instrucción previa con el mero complemento judicial¹⁷. Al amparo del art. 789.3, la propia FGE establecía en la Circular 1/89 la innecesariedad de la instrucción judicial cuando de las investigaciones del Fiscal resultaban datos suficientes para fundamentar la acusación.

No obstante, la presencia judicial se hacía fundamental en la necesidad de imputación previa del sospechoso, tal y como establecía la fundamental STC 186/90, de 15 de noviembre, que a continuación veremos, por lo que la intervención del Juez devenía en preceptiva, fuese cual fuese el contenido de las diligencias del acusador público.

¹⁶ La STC 32/94, de 31 de enero, señala la meritada subsidiariedad al establecer que “Esta competencia originaria sobre las diligencias de investigación es compartida por el Juez en nuestro actual ordenamiento con otras autoridades, que pueden actuar por delegación suya, con la Policía Judicial, actuando bajo su dependencia o la del Ministerio Fiscal, y con el mismo Ministerio Público. Y es independiente de su competencia exclusiva sobre aquellos actos de investigación o medidas cautelares que puedan entrañar alguna restricción de derechos fundamentales. Bien es cierto que la Constitución mediante la consagración del principio acusatorio y del derecho a ser informado de la acusación, como derechos fundamentales, ha introducido en la fase de instrucción principios y paliativos propios del sistema acusatorio que han acentuado el derecho de defensa, el de conocer sin demora la imputación formulada contra una persona o los principios de contradicción o igualdad de armas, pero ni la Constitución, ni la Ley Orgánica 7/1988, que introdujo el procedimiento penal abreviado, han modificado la figura del Juez de Instrucción como director de la investigación. *Únicamente podría sostenerse que a raíz de la entrada en vigor de dicha Ley Orgánica la investigación practicada por éste puede en algunos aspectos haber pasado a un nivel subsidiario respecto de la realizada por la Policía o por el Ministerio Fiscal, pero en cualquier caso, su competencia exclusiva sobre los actos de investigación o medidas cautelares que afecten a derechos fundamentales de las personas permanece intacta*, como también la preeminencia de investigación judicial de los hechos sobre cualquier otra en curso (arts. 785 bis 3 y 789.3 L.E.Crim.)” (FJ 3º). Las cursivas son de quien suscribe.

¹⁷ Vid. ORTELLS RAMOS, Manuel, *El nuevo procedimiento abreviado: Aspectos fundamentales*, Justicia 89, núm. III, págs. 549-551. Idéntica opinión sostienen LOPEZ GARCIA que considera que los actos del Fiscal tienen eficacia de los actos constitutivos de instrucción previa. Vid. *La Fiscalía Especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción: Fundamento, antecedentes y formación*, Diario La Ley nº 4141 y 4142, 1996-V pág. 1536, o CALVO SANCHEZ en relación a la suficiencia de las investigaciones. Vid. *La fase de investigación en el nuevo proceso penal abreviado regulado por la Ley Orgánica 7/1988 de 28 de diciembre*, Revista Jurídica La Ley núm. 2, 1990 págs. 1092-1093.

Asimismo el imputado¹⁸ tendría derecho a la práctica de diligencias que estimase oportunas, una vez adquirida la anterior condición en sede judicial, con lo que mantenía el carácter preliminar, preprocesal y subordinado de las investigaciones del Fiscal, concepto que debería ser aceptado, algo que no obstante ha mutado, relativamente, la instauración del denominado procedimiento por aceptación del Decreto del Fiscal (art. 803 bis a-j LECRIM).

El procedimiento de aceptación del Decreto del Fiscal¹⁹, de inspiración italiana²⁰ y que configura un verdadero procedimiento monitorio penal²¹, refleja en su redacción lo innecesario de la toma de declaración en calidad de investigado en sede judicial al ponerse de manifiesto en su art. 803 bis a. que “ En cualquier momento después

¹⁸ Ahora “investigado” por la reforma de la LECRIM efectuada por la Ley13/2015, de 5 de octubre.

¹⁹ Introducido por el art. único. 9 de la Ley 41/2015, de 5 de octubre de modificación de la LECRIM y que se recogía en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013, inspirado bajo el Ministerio de don Alberto Ruíz Gallardón y que pretendía atribuir a la Fiscalía la dirección única de la investigación preliminar, en sus arts. 485-494.

²⁰ *Vid.* arts. 459-464 del Código Procesal Penal Italiano. Como apunta el art. 459 “1. Nei procedimenti per reati perseguibili di ufficio ed in quelli perseguibili a querela se questa è stata validamente presentata e se il querelante non ha nella stessa dichiarato di opporvisi, il pubblico ministero, quando ritiene che si debba applicare soltanto una pena pecuniaria, anche se inflitta in sostituzione di una pena detentiva, può presentare al giudice per le indagini preliminari, entro sei mesi dalla data in cui il nome della persona alla quale il reato è attribuito è iscritto nel registro delle notizie di reato e previa trasmissione del fascicolo, richiesta motivata di emissione del decreto penale di condanna, indicando la misura della pena.

1-bis. Nel caso di irrogazione di una pena pecuniaria in sostituzione di una pena detentiva, il giudice, per determinare l'ammontare della pena pecuniaria, individua il valore giornaliero al quale può essere assoggettato l'imputato e lo moltiplica per i giorni di pena detentiva. Nella determinazione dell'ammontare di cui al periodo precedente il giudice tiene conto della condizione economica complessiva dell'imputato e del suo nucleo familiare. Il valore giornaliero non può essere inferiore alla somma di euro 75 di pena pecuniaria per un giorno di pena detentiva e non può superare di tre volte tale ammontare. Alla pena pecuniaria irrogata in sostituzione della pena detentiva si applica l'articolo 133-ter del codice penale.

2. Il pubblico ministero può chiedere l'applicazione di una pena diminuita sino alla metà rispetto al minimo edittale.

3. Il giudice, quando non accoglie la richiesta, se non deve pronunciare sentenza di proscioglimento a norma dell'articolo 129, restituisce gli atti al pubblico ministero.

4. Del decreto penale è data comunicazione al querelante.

5. Il procedimento per decreto non è ammesso quando risulta la necessità di applicare una misura di sicurezza personale”.

²¹ *Cfr.* VILLAGOMEZ CEBRIAN, Marco, *El nuevo proceso penal italiano*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pág. 35; CHOZAS ALONSO, José Manuel, *La conformidad penal española y patteggiamento italiano. Breve estudio de Derecho comparado*, La Ley Penal nº 104 (<http://www.laleydigital.laley.es>), 2013, nota (37) pág. 29.

de iniciadas diligencias de investigación por la fiscalía o de incoado un procedimiento judicial y hasta la finalización de la fase de instrucción, *aunque no haya sido llamado a declarar el investigado*²², podrá seguirse el proceso por aceptación de decreto...”.

Por tanto, supone que sin necesidad de tomarle declaración al investigado, judicialmente o en el seno de las diligencias de investigación del Fiscal, es posible que éste formule un decreto, a modo de escrito de acusación (art. 803 bis c), para que el sujeto lo acepte y una vez dictado auto judicial que establezca la regularidad de tal decreto (art. 803 bis e), se acabe convirtiendo en una sentencia condenatoria (art. 803 bis i) y todo ello sin que el sujeto afectado haya podido desplegar una diligencia de defensa absolutamente “primaria” como es su propia declaración. Tal circunstancia implica que ya no es propiamente un procedimiento con una fisonomía preliminar sino verdaderamente procesal eludiendo la participación directa del sujeto investigado y pudiendo, perfectamente, llevarse a cabo una actividad indagatoria a “sus espaldas” que acabe desembocando en una situación de hechos consumados que finalicen en una condena impuesta sin posibilidad de proponer diligencias de descargo porque puede perfectamente, al no ser llamado, desconocer cuanto se ha practicado en su contra.

Lo anterior implica olvidar la doctrina sentada por la ante señalada STC 186/1990, de 15 de noviembre, que declaraba “... *De la anterior afirmación se desprende, en segundo lugar, la lógica consecuencia de que la acusación no pueda, exclusivamente desde un punto de vista subjetivo, dirigirse contra persona que no haya adquirido previamente la condición judicial de imputada*, puesto que, de otro modo, se podrían producir, en la práctica, acusaciones sorprendidas de ciudadanos con la consiguiente apertura contra ellas del juicio oral, aun cuando no hubieren gozado de la más mínima posibilidad de ejercitar su derecho de defensa a lo largo de la fase instructora. En este sentido, no hay que olvidar que una de las funciones esenciales de la instrucción es la de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal (cfr. arts. 299 y 789.3.º, en cuya virtud constituye objeto de las diligencias previas determinar «las personas que en él hayan participado»), función que en el proceso común se realiza a través del procesamiento *y que en el proceso penal abreviado, suprimido el procesamiento dicha función debe llevarse a cabo mediante la previa imputación judicial, pues, de lo contrario, las partes acusadoras, públicas o privadas, serían enteramente dueñas de dirigir la acusa-*

²² La cursiva es mía.

*ción contra cualquier ciudadano, confundiendo el principio acusatorio con el dispositivo, con sustancial merma de las garantías de la defensa*²³, permitiéndose, en definitiva, que personas inocentes pudieran verse innecesariamente sometidas a la «penalidad» de la publicidad del juicio oral” (FJ 7º).

Por tanto, afirmar tajantemente que las Diligencias de investigación de Fiscalía revisten, sin matiz, un carácter preliminar que requiere a continuación seguir las reglas de la instrucción judicial se ha convertido en una cuestión que, con la implantación del sistema de procedimiento de aceptación del decreto, se relativiza.

2.3 VALOR DE LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACION PENAL DEL FISCAL

La Circular 1/89 de la FGE, de 8 de marzo²⁴, establece que las diligencias investigadoras se encontraban en una posición intermedia entre el simple atestado policial y la propia investigación judicial. Iban más allá del carácter de mera denuncia y carecían, así lo señalaba expresamente, del valor probatorio de diligencias practicadas contradictoriamente ante el Juez de instrucción. No podemos, por menos, que calificar de poco clarificadora la previsión que se recoge en esta Circular por cuanto sin hacer precisión alguna nos dice lo que no son, manteniendo una indefinición poco acertada. Pero ¿qué valor le atribuimos a lo desarrollado por el Ministerio Público?

La anterior cuestión debemos encuadrarla en el escenario planteado por el art. 5 EOMF al hablar de la presunción de autenticidad de las diligencias de investigación del Fiscal²⁵, no señalada en el art.

²³ La cursiva es mía.

²⁴ Obra doctrinal de naturaleza capital y que sirvió para introducir al Ministerio Fiscal en el proceloso mundo del procedimiento abreviado que se implementaba, en nuestro sistema procesal, en el año 1988.

²⁵ La aparición de la presunción de autenticidad en el art. 5 del EOMF se produjo en el debate de la Ley 50/81 de 30 de diciembre del EOMF (a propuesta del Grupo “Socialistes de Catalunya” con la enmienda núm. 137), “Se trata de establecer con toda claridad un sistema de investigación que tenga siempre la garantía de control del Ministerio Público de potenciar sus facultades dentro del marco del Poder Judicial y a su vez correlativamente, reforzar la garantía jurisdiccional sobre las decisiones adoptadas”. Con esta explicación, del todo punto insuficiente, se incorporó al texto definitivo sin que sepamos las razones de fondo de su inclusión, manteniéndose hasta el Estatuto actual. Vid. LOPEZ GARRIDO, *Estatuto Orgánico...*, op. cit., pág. 93. Vid., a propósito de la enmienda y de la falta de debate legislativo, PEREZ GORDO, Alfredo, *Naturaleza y funciones del Ministerio Público en la Constitución y en su Estatuto Orgánico*, El Poder Judicial Vol. III, Dirección General de lo Contencioso, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, págs. 2374-2375; IZA-

773.2 LECRIM, y que debemos concluir que es puramente formal, en el sentido de que sólo hace fe de que la diligencia efectivamente se realizó y que su resultado es el que se refleja documentalmente. En este sentido, el TS en la STS núm. 228/15, de 21 de abril, de la Sala II (Ponente: Martínez Arrieta) ha señalado lo siguiente:

“Respecto al valor probatorio de las diligencias del Fiscal la Ley procesal le confiere una presunción de autenticidad (art. 5 EOMF), cuyo alcance se limita a acreditar que la diligencia se ha practicado con las personas que en la misma se mencionan, con intervención del Ministerio Fiscal y en la fecha y lugar que se dice. La autenticidad de los documentos que se aportan vendrá dada en función del archivo o protocolo del que procedan los mismos. Las actuaciones en todo caso han de documentarse. *Esta presunción que previene la ley es una presunción iuris tantum y significa que la diligencia goza del beneficio de la verdad formal; esto es, da fe de que la diligencia efectivamente se realizó y que su resultado es el que consta reflejado documentalmente, pero no de la verdad material, no obligando a que se tenga que tomar necesariamente como cierto su contenido haciendo prueba plena.* El valor del contenido material de la diligencia, como pueden ser los términos en que se expresaron los testigos o las conclusiones de un dictamen pericial, queda siempre sometido a la valoración judicial. Todo ello sin perjuicio de que para probar tal acusación ante el órgano competente *el Fiscal no puede invocarlas como prueba, sino que ha de practicar enteramente el juicio oral, salvo aquellas irrepetibles —reconocimientos oculares, test de alcoholemia, autopsia, etc.— en las que la práctica probatoria deberá consistir en que la persona que ha recogido la prueba o practicado la pericia se ratifique en la vista oral en las apreciaciones alcanzadas y la veracidad de los documentos gráficos obtenidos, art. 26 CP — debiendo ser sometida a la contradicción característica del plenario*” (FJ 1^o)²⁶ .

GUIRRE GUERRICAGOITIA, Jesús María, *La investigación preliminar del Ministerio Fiscal. La intervención de las partes en la misma*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 111.

²⁶ La cursiva es mía. Hay que señalar que el TS se ha pronunciado con poca precisión respecto del valor de las diligencias de investigación de la Fiscalía y así la STS 231/1996, de 20 de enero, de la Sala II (Ponente: Martín Pallín) señaló, a propósito del valor de las diligencias del Fiscal, que “... Sin descartar el carácter documental que pueda derivarse de una inspección personal realizada por miembros del Ministerio Fiscal es lo cierto que efectividad probatoria no puede ir más allá de la que el sistema procesal atribuye a las inspecciones oculares realizadas por el Juez de Instrucción con la asistencia del Secretario Judicial que ostenta la fe pública judicial. Muy al contrario sus conclusiones carecen de la autenticidad que se deriva de una *actuación sumarial o de investigación judicial practicada con arreglo a las previsiones legales.* Nadie discute que ambas diligencias pueden recoger datos objetivos que se desprenden de la percepción personal y directa de quien la practica, pero la

El TC se ha manifestado en alguna cuestión puntual, complicando, todo hay que decirlo, el panorama existente. Así la STC 206/2003, de 1 de diciembre, al delimitar el valor de la declaración de un menor ante la Fiscalía, señaló "(...) En estos términos, ha de admitirse *la aptitud constitucional de la declaración del menor ante el Fiscal de Menores para incorporarse por la vía del art. 714 LECrim al acervo probatorio a tener en cuenta por el juzgador a la hora de formar su convicción, garantizándose de este modo la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, contradicción e intermediación* (por todas, SSTC 2/2002, de 14 de enero, FJ 6; 155/2002, de 22 de julio, FJ 10). Y, como señalábamos en esta última Sentencia, si se cumplen las exigencias reseñadas, «el órgano sentenciador se encuentra ante pruebas válidas y puede dar credibilidad a uno u otro testimonio y fundar sobre él la condena, ya que la defensa puede impugnar su contenido haciendo a su respecto las alegaciones que tenga por oportunas» (STC 155/2002, FJ 10 y todas las allí citadas)" (FJ 6º).

Lo que se infiere de esta resolución es que las diligencias del Ministerio Público, en su calidad de director de la investigación en el procedimiento de menores, pueden tener una eficacia probatoria vía art. 714 de la LECRIM, mediante lectura de la documental.

Sin embargo, opinamos que la perspectiva abierta por el TC a propósito de esta cuestión es errada, por diversas razones. En primer lugar, es contradictoria con la propia doctrina del Tribunal Constitucional respecto a la forma de practicar las declaraciones para que surtan el efecto probatorio. Así, falta la necesaria presen-

fuerza probatoria sólo puede derivarse de un medio de investigación realizado por el Juez Instructor y no con un carácter absoluto ya que no se descarta que puedan entrar en contradicción con otros elementos probatorios que puedan ser valorados por la Sala sentenciadora. En todo caso, y a pesar de la presunción de autenticidad que la ley atribuye a las diligencias preprocesales del Ministerio Fiscal *su virtualidad probatoria no es superior a la de una inspección ocular...*" (FJ 7º). También en la Memoria de la FGE correspondiente al año 1982 por parte de la Fiscalía de Barcelona que señalaba que "Las diligencias amparadas por la presunción de autenticidad como necesariamente debe serlo, tienen el valor de prueba documental y como y como tal deben proponerse por el Ministerio Fiscal y por las partes como medio de prueba de tal naturaleza, si bien, al tratarse de documento cuya autenticidad se presume por ministerio de la ley, la parte acusada o aquella a quien perjudique será a quien corresponda la carga de la prueba encaminada a destruir la presunción de autenticidad". *Vid. Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. don Luis Antonio Burón Barba*, Madrid, 1983, pág. 235. Esta postura de considerarla prueba documental es defendida por algún autor, *vid.* en este sentido, SANVICENTE SAMÁ, Alejandro, *La presunción de autenticidad de las diligencias practicadas o dirigidas por el Fiscal*, Revista Jurídica de Cataluña nº 4, 1995, pág.300.

cia de la autoridad judicial y la posibilidad de contradicción, infringiendo las exigencias expuestas por el propio TC²⁷. En segundo lugar, por cuanto al amparo de la presunción de autenticidad, consagrada estatutariamente (art. 5) que ya apuntamos que es puramente formal, en el sentido de que sólo hace fe de que la diligencia efectivamente se realizó y que su resultado es el que se refleja documentalmentemente, el TC le atribuye a la declaración ante el Fiscal una eficacia probatoria al margen de las reglas básicas de la fe pública judicial. No pudiendo constituir tampoco una suerte de prueba preconstituida, ni prueba anticipada, precisamente por la ausencia de toda presencia judicial en su práctica²⁸.

Ahora bien, si la presunción de autenticidad puede servir para configurar elementos probatorios es una cuestión que podemos solventar acudiendo a pronunciamientos jurisprudenciales que marcaron un escenario de evolución, en relación a las diligencias policiales, de una precaución clara, inicialmente, a una admisión limitada de su eficacia probatoria.

En primer lugar, a propósito de la virtualidad probatoria de las pesquisas policiales (y entendemos que por extensión a las diligencias del Ministerio Fiscal), la temprana STC 31/81, de 28 de julio, en su día señaló “En consecuencia, una vez aprobada la Constitución y consagrada en el art. 24 la presunción de inocencia como derecho fundamental de la persona que vincula a todos los poderes públicos, no puede considerarse que *la sola declaración del procesado ante la policía sin las garantías establecidas en el art. 17 y sin haber sido ratificada ante el órgano judicial constituye base suficiente para desvirtuar dicha presunción*”.

²⁷ Señala la STC 12/2002, de 18 de enero, que “...Sin embargo, dicha regla general admite excepciones, una de las cuales es la que ahora es objeto de debate, es decir, la posibilidad de integrar en la valoración probatoria el resultado de las declaraciones sumariales de investigación (supuesto legalmente contemplado, en lo que ahora nos interesa, en el art. 730 LECrim). Pero tal excepción está condicionada al cumplimiento en su práctica y reproducción de determinados requisitos que hemos resaltado de modo continuado en el tiempo. *Estos requisitos pueden clasificarse en materiales (su imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral), subjetivos (la necesaria intervención del Juez de instrucción), objetivos (la posibilidad de contradicción para lo cual ha de proveerse de Abogado al imputado) y formales (la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art. 730 LECrim)...*” (FJ 4º). La cursiva es mía.

²⁸ Vid. las SSTC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 3º; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3º; 36/1995, de 6 de febrero, FJ 2º; 40/1997 de 27 de febrero, FJ 2º; 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5º; 49/1998, de 2 de marzo, FJ 2º; 115/1998, de 1 de junio, FJ 2º; 97/1999, de 31 de mayo, FJ 5º.

Sin embargo, la STC 80/91, de 15 de abril, manifestó que “...si bien únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, esta regla *no puede ser entendida en un sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales* o sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, siempre que las mismas sean reproducidas en el juicio oral en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción (SSTC 80/1986, 82/1988, 201/1989, 217/1989 y 161/1990, entre otras muchas).

Con posterioridad llegaron otras como la STC 157/95, de 6 de noviembre, que señaló en relación al atestado “(...) En definitiva, *el atestado* equivale, en principio, a una denuncia (art. 297 L.E.Crim.), *pero también tiene virtualidad probatoria propia cuando contiene datos objetivos y verificables*”²⁹ y finalmente ha llegado la STC 206/2003, de 1 de diciembre, objeto de análisis con un reconocimiento equivalente de las diligencias del Fiscal de Menores con el carácter de sumariales.

Entiendo que la presunción de autenticidad no añade valor probatorio a las diligencias del Fiscal como regla general dado que ni genera prueba, ni existe una intervención propiamente contradictoria en el desarrollo de sus investigaciones (no hay partes ni Juez). Aunque esa presunción de autenticidad sí puede desplegar sus efectos con arreglo a los requisitos previstos en la STC 303/93, de 25 de octubre, con la doble exigencia de reflejar la mera constatación de datos objetivos y de ser irrepetibles, con pleno respeto al derecho de defensa del investigado³⁰. En estos supuestos (croquis, fotogra-

²⁹ Todas las cursivas son mías.

³⁰ Apunta la resolución que “Es doctrina reiterada de este Tribunal sobre la presunción de inocencia la de que dicha presunción, en primer lugar, ocasiona un desplazamiento de la carga de la prueba a las partes acusadoras a quienes incumbe exclusivamente (y nunca a la defensa) probar los hechos constitutivos de la pretensión penal (SSTC 31/1981, 107/1983, 124/1983 y 17/1984) y, en segundo lugar, dicha actividad probatoria ha de ser suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia, no solo, de un hecho punible, sino también de la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado (SSTC 141/1986, 150/1989, 134/1991 y 76/1993); finalmente, tal actividad probatoria ha de sustentarse en auténticos actos de prueba obtenidos con estricto respeto a los derechos fundamentales (SSTC 114/1984, 50/1986 y 150/1987), y practicados en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de igualdad, contradicción, intermediación y publicidad (SSTC 31/1981, 217/1989, 41/1991 y 118/1991). Ahora bien, de esta última doctrina general hay que exceptuar los supuestos de prueba sumarial preconstituida y anticipada que también se manifiestan aptos para fundamentar una Sentencia de condena siempre y cuando se observe el cumplimiento de determinados requisitos materiales (su imposibilidad de

fías, grabaciones...) en los que no cabe reproducción en sede judicial consideramos, como un sector de la doctrina³¹, que la presunción de autenticidad del Fiscal añade el plus de seguridad a la diligencia practicada introduciéndolas en el plenario con aplicación del art. 730 de la LECRIM y cumpliendo asimismo con la exigencia de contradicción en la vista³².

Sin embargo, nuevamente procede hacer un matiz claro con la introducción, en la LECRIM, del denominado **procedimiento de aceptación por decreto** en el siguiente sentido. Como anticipamos este procedimiento se recoge en el art. 803 bis a-j y viene a transcribir la regulación contenida en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 (arts. 485-494) que pretendía atribuir la dirección preliminar única por el Fiscal. En la EM se dejaba muy claro el sentido de este procedimiento “El *proceso por aceptación de decreto* representa otra de las novedades de este Código. Su ámbito queda ceñido a las penas de multa y privación del permiso de conducción. Supone una propuesta sancionadora del Fiscal, formulada *en el seno de las Diligencias de Investigación y sin necesidad siquiera de haber practicado diligencia alguna o dado audiencia al encausado*”³³. La propuesta es remitida al Tribunal de Garantías y si éste la estima ajustada a la ley y por ello la aprueba le será notificada por el Tribunal al encausado para que la acepte o rechace”.

Y dado que idéntica redacción se ha trasplantado a la nuestra ley procesal, este tipo de procedimiento cuestiona claramente el ca-

reproducción en el momento del juicio oral: art. 730 L.E.Crim.), subjetivos (la necesaria intervención del Juez de Instrucción), objetivos (la posibilidad de contradicción, para la cual se le debe proveer de Abogado al imputado —cfr. arts. 448.1º y 333.1º—) y formales (la introducción en el juicio oral a través de la lectura de documentos requerida por el art. 730)” (FJ 3º).

³¹ Cfr. MARTÍN PASTOR, José, *El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2005, pág. 227; GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Editorial Colex, Madrid, 1990, págs. 129-130; SANCHIS CRESPO, Carolina, *El Ministerio Fiscal y su actuación en el proceso penal abreviado. Especial referencia al procedimiento preliminar fiscal*, Editorial Comares, Granada, 1995, pág. 67. ORTELLS RAMOS señala que “En caso de pruebas irreproducibles será admisible introducir en el material probatorio la documentación de la actividad de investigación del M.F., realizada con garantías sí, pero por el M.F. en definitiva y no por un órgano jurisdiccional”. *Vid. Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal en el proceso penal: Límites constitucionales y valoración política-jurídica*, Revista de Derecho Procesal nº 2, 1990, pág. 240.

³² Dice el art. 730 de la LECRIM “Podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral...”.

³³ La cursiva es nuestra.

rácter meramente formal de las diligencias de la Fiscalía cuando éstas pueden, por el ámbito punitivo³⁴, desembocar en un procedimiento por decreto. Por tanto, tales actuaciones sirven para fundamentar un procedimiento en el que dictado el decreto de imposición de pena, sin necesidad de que se haya escuchado al propio afectado, como establece el propio precepto (“...después de iniciadas diligencias de investigación por la fiscalía o de incoado un procedimiento judicial y hasta la finalización de la fase de instrucción, *aunque no haya sido llamado a declarar el investigado...*”), con la intervención del Juez que se limita a convalidarlo y a convertirlo en un sentencia condenatoria ¿Qué valor tiene, por tanto, lo practicado? Evidentemente tiene trascendencia procesal porque tal acopio de elementos y diligencias, en las que ni siquiera tiene porque participar el sujeto, sirven para fundar una condena. Este procedimiento, siquiera parcialmente, pone fin al carácter puramente formal de las diligencias de Fiscalía y trivializa el derecho de defensa de manera muy acusada.

3. EL INVESTIGADO EN LAS DILIGENCIAS DEL FISCAL

3.1 DELIMITACIÓN CONCEPTUAL: ¿INVESTIGADO, SOSPECHOSO O INTERESADO?

Respecto de esta cuestión es preciso plantear dos escenarios.

Por un lado, tendríamos la regulación contenida en el art. 773.2 de la LECRIM que contiene una visión, permítase la expresión, “estrecha” acerca del potencial del ejercicio del derecho de defensa en el curso de su actividad investigadora. En este sentido, se limita a llevar a cabo un ejercicio de advertencia imperativa de la obligatoria comparecencia a su llamada por la Fiscalía pues se le asimila, algo que no deja de sorprender, al Juez de Instrucción. No de otro modo creo que podemos interpretar la expresión de que el Fiscal “podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en la ley para la citación judicial, a fin de recibirle declaración, en la cual *se observarán las mismas garantías señaladas en esta Ley para la prestada ante el Juez o Tribunal*”. Eso sí, señala cómo hay que calificar al sometido al procedimiento de investigación.

³⁴ Que el delito esté castigado con pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad o con pena de prisión que no exceda de un año y que pueda ser suspendida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 del Código Penal, con o sin privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

Frente al anterior precepto, nos encontramos con el art. 5 del EOMF³⁵ que a pesar de estar inserto en una norma puramente institucional, pues diseña la estructura de la acusación pública en nuestro país, tiene más sustancia procesal que la anterior. Así, basta con leer los aspectos más interesantes que ahora se transcriben:

*“Igualmente, y para el esclarecimiento de los hechos denunciados o que aparezcan en los atestados de los que conozca, puede llevar a cabo u ordenar aquellas diligencias para las que esté legitimado según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las cuales no podrán suponer la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos. No obstante, podrá ordenar el Fiscal la detención preventiva. Todas las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o que se lleven a cabo bajo su dirección gozarán de presunción de autenticidad. Los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa inspirarán la práctica de esas diligencias. A tal fin, el Fiscal recibirá declaración al **sospechoso**, quien habrá de estar asistido de letrado y podrá tomar conocimiento del contenido de las diligencias practicadas...”*³⁶.

Visto el contraste se imponen precisiones relevantes.

La LECRIM parece preocuparse fundamentalmente por el aspecto coactivo de la comparecencia. Para ello, para intentar asegurar la presencia del investigado, no duda en asimilar al Ministerio Fiscal con el Juez de Instrucción cuando son dos instituciones que nada tienen que ver entre sí, que en nada se asemejan al estar vertebradas con arreglo a principios diferentes y cuyas potestades de investigación no son coincidentes como a continuación vamos a observar. Ahora bien, frente al texto procesal, el art. 5 del EOMF es mucho más “rico”, está mucho más trabajado dentro de lo que cabe y es más interesante como se va a evidenciar a continuación.

En primer lugar, el texto recogido en el EOMF es, en mi opinión, un precursor (usa el término “sospechoso”) frente a la manía legislativa de intentar cambiar el nombre a situaciones procesales (de “imputado” a “investigado” con la reciente reforma publicada en el BOE de 6 de octubre de 2015) por puros motivos estéticos. El término “sospechoso” parece que no gusta cuando habría que contemplar su uso. Con este término se acabaría con el concepto ya finado de “imputado policial” y ahora con el de “investigado policial” que adolece de cobertura legal propiamente dicha. Igualmente es preciso señalar que la Ley de reforma de la LECRIM 13/2015, de 5 de octubre, que

³⁵ Este precepto fue modificado en su redacción por la Ley 24/2007, de 9 de octubre, de reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

³⁶ La cursiva de la página y negrilla es mía.

introduce los conceptos “investigado”—fase de investigación— y “encausado” —fase intermedia— no modifica, en su art. 21, la regulación estatutaria y por tanto el concepto “sospechoso” sigue plenamente en vigor.

El texto del EOMF delimita perimetralmente el sistema de investigación en lo que se refiere al sujeto pasivo de la indagación al sustentar su estructura sobre tres principios básicos: contradicción, proporcionalidad y defensa a los que vamos a aludir más adelante. Nada de ello se observa en la LECRIM en lo que al fundamental derecho de defensa se trata.

Igualmente el texto estatutario pone freno a las posibles veleidades limitativas de derechos de la acusación pública pues señala que, salvo la detención, ninguna otra medida limitativa de derechos puede acordar el Ministerio Público. Es preciso indicar que la posibilidad de detención no es una concesión “ex novo”, radical e innovadora pues el art. 490 de la LECRIM permite a cualquier persona detener a otra bajo determinadas premisas. Si se le admite a un particular, huelga decir que al Fiscal no se le podría vedar esta posibilidad. Nada nuevo por tanto³⁷.

La interacción de ambos preceptos, claramente insuficientes en lo que respecta a la cuestión propia del derecho de defensa, con lo que, con independencia de la doctrina de la propia FGE³⁸ para col-

³⁷ En este sentido no deja de sorprender el planteamiento que subyacía de la redacción originaria del art. 5 del Proyecto de Ley del EOMF, allá por los años ochenta, que establecía “Específicamente, y para la investigación de los hechos delictivos, el Ministerio Fiscal podrá recibir declaraciones a testigos, practicar reconocimientos e inspecciones, ordenar la emisión de informes y dictámenes periciales, practicar careos y, en general, cuantas diligencias prevean las leyes, que no supongan adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos. No obstante podrá acordar la detención preventiva”. *Vid.* LOPEZ GARRIDO, *Estatuto Orgánico...*, op. cit., pág. 14.

³⁸ *Vid.* en este sentido, FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, *Libro Blanco del Ministerio Fiscal 2013* (<http://www.fiscal.es/>), pág. 20. Ello justificaría la profusa doctrina emanada de la propia acusación pública para abordar su ejercicio. Así, pueden ser objeto de consulta la Instrucción 1/1995, de 29 de diciembre, sobre atribuciones y competencias de los Fiscales especiales antidroga en los diferentes territorios, la Consulta 2/1995, de 19 de abril, acerca de dos cuestiones sobre las diligencias de investigación del Fiscal: Su destino y la pretendida exigencia de exhaustividad, la Consulta 1/1999, de 22 de enero, sobre tratamiento automatizado de datos personales en el ámbito de las telecomunicaciones, la Consulta 1/2005, de 31 de marzo, sobre competencia de las Fiscalías para tramitar diligencias de investigación que afecten a personas aforadas, la Instrucción 9/2005 en materia de incendios forestales, la Instrucción 11/2005 sobre instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el art. 124 de la CE, la Instrucción 12/2005, sobre atribuciones y competencias de la Fiscalía especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas y de sus fiscales delegados, la Instrucción 4/2006, de 13 de ju-

mar los “agujeros” que existen, es preciso cuando menos defender que no cabe una visión instrumentada en torno al principio de jerarquía de un precepto sobre el otro, sino de complemento recíproco entre ambos.

En todo caso, entendemos que la comparecencia ante el Fiscal lo es con calidad de **“investigado”** con los mismos derechos que tiene ante el Juez de Instrucción (art. 118.2. segundo párrafo LECRIM), dejando el concepto de **“sospechoso”** para el ámbito de actuación estrictamente policial, es decir, aquel que se encuentra bajo investigación policial sin que todavía haya comparecido ante el Fiscal o el Juez. Ahora bien el “sospechoso” en su comparecencia policial para serle tomada declaración tiene también, no puede olvidarse, pleno derecho de defensa (art. 118.2 segundo párrafo LECRIM).

Finalmente, debemos de hablar del concepto de **“interesado”**³⁹ que es aquel que comprende, además del propio investigado, a los denunciantes, ofendidos y perjudicados que lo son respecto del posible acceso a las diligencias practicadas por parte del Ministerio Fiscal, permitiendo el acceso a la documental existente. Tal acceso comprende las diligencias de investigación en curso, y por tanto la decisión sobre aquel, evidenciada a través de decreto del Fiscal, no

lio, sobre atribuciones y organización de la Fiscalía especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción y sobre la actuación de los fiscales especialistas en delincuencia organizada, la Instrucción 1/2008 de 8 de marzo sobre dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial. Más recientemente la Circular 2/2012, de 26 de diciembre, sobre unificación de criterios en los procedimientos de sustracción de menores recién nacidos, la Instrucción 2/2013, de 5 de agosto, sobre algunas cuestiones relativas a asociaciones promotoras del consumo de cannabis.

³⁹ Este es un concepto delimitado por la jurisdicción contencioso-administrativa. Así la STS 1227/1995, de 3 de marzo, de la Sala III (Ponente: García Manzano), apunta que “Pues bien, el interés legítimo que es exigible en el caso, solo puede reconocerse en quien, persona física o jurídica, manifiesta y acredita, al menos «prima facie», ante el órgano judicial, *una conexión de carácter concreto y singular bien con el objeto mismo del proceso —y, por ende, de la sentencia que lo finalizó en la instancia—, bien con alguno de los actos procesales a través de los que aquel se ha desarrollado y que están documentados en autos, conexión que, por otra parte, se halla sujeta a dos condicionamientos: a) que no afecte a derechos fundamentales de las partes procesales o de quienes de algún modo hayan intervenido en el proceso, para salvaguardar esencialmente el derecho a la privacidad e intimidad personal y familiar, el honor y el derecho a la propia imagen que eventualmente pudiera afectar a aquellas personas; y b) que si la información es utilizada, como actividad mediadora, para satisfacer derechos o intereses de terceras personas, y en consecuencia adquiere, como es el caso, un aspecto de globalidad o generalidad por relación no a un concreto proceso, tal interés se mantenga en el propio ámbito del Ordenamiento jurídico y de sus aplicadores, con carácter generalizado, pues otra cosa sería tanto como hacer partícipe o colaborador al órgano judicial en tareas o actividades que, por muy lícitas que sean, extravasan su función jurisdiccional...*” (FJ 5º). La cursiva es nuestra.

es un susceptible de ningún recurso en caso de denegación, y también respecto de aquellas diligencias archivadas que entraría en el terreno de lo gubernativo y por tanto la denegación acordada sería susceptible de recurso administrativo (de alzada ante el superior jerárquico) y contencioso-administrativo subsiguiente⁴⁰.

3.2 LA DECLARACION DEL INVESTIGADO: ¿MEDIDA OBLIGATORIA?

Habla la STC 87/2001, de 2 de abril, en su FJ 3º de “...la necesidad de dar entrada en el proceso al imputado desde su fase preliminar de investigación, lo es sólo a los fines de garantizar la plena efectividad del derecho a la defensa y evitar que puedan producirse contra él, aun en la fase de investigación, situaciones materiales de indefensión⁴¹ (SSTC 44/1985, 135/1989 y 273/1993)”. Y en atención al anterior pronunciamiento, no hay duda que es preciso, antes de abrir la fase de juicio oral o plenario, pero esto que está claro para la instrucción judicial, puede ser dudoso pues la falta de declaración en las diligencias del Fiscal por el investigado no incide para nada en la obligatoriedad de la toma de declaración judicial al investigado. Da igual que el Fiscal lo haga, o no, tiene que reiterarse judicialmente.

Ahora bien, a pesar de la reiteración, ¿Es obligatoria su práctica por el Fiscal si abre unas diligencias de investigación?

La declaración del investigado hay que verla desde una posición bifronte. Por un lado, constituye una diligencia de investigación que puede determinar el resultado de la indagación del Fiscal mediante la información que el sujeto manifieste en el desarrollo de su práctica. Por otro, en un aspecto si cabe más relevante, la investigación atribuye un *status* al sujeto, aunque su diseño no se debe a una norma propiamente procesal, como la LECRIM, sino a una norma estatutaria, en su art. 5, que establece previsión de garantías para el investigado al señalar que tendrá asistencia letrada, y “podrá tomar conocimiento del contenido de las diligencias practicadas” y debemos de añadir la previsión del art. 773.2 de la LECRIM según la cual se observarán en la declaración del investigado (o de cualquier compareciente) “las mismas garantías señaladas en esta Ley para la prestada ante el Juez o Tribunal”.

⁴⁰ En este sentido, la Consulta 1/2015 FGE sobre el acceso a lo actuado en las diligencias de investigación por quien invoca un interés legítimo.

⁴¹ La cursiva es nuestra.

Es evidente que su apertura y decisión de citación respecto del investigado obliga a que el derecho de defensa se despliegue. Es decir, conocida la comisión de un hecho delictivo por el Fiscal (en virtud de atestado, denuncia, anónimo o conocimiento de oficio que resultan permitidas por el art. 773 LECRIM, rechazando la posible interposición de una querrela ante el Fiscal *ex. art. 272 LECRIM* que solo la admite ante el Juez de Instrucción) éste acuerda la apertura mediante un decreto donde decide las medidas de investigación a acordar. Y ante esa circunstancia el Fiscal puede encontrarse ante diversos escenarios.

En primer lugar, que los hechos investigados no revistan naturaleza penal y por tanto la declaración del investigado no sea precisa. Evidente es que no puede predicarse una declaración de estas características bajo toda circunstancia, algo por otro lado rechazado por la previsión del art. 118.1 LECRIM (“*Toda persona a quien se atribuya un hecho punible...*, se entiende que los hechos sean objetivamente delictivos, no que todo hecho que sea calificado como “punible” deba realmente serlo).

En segundo lugar, si el hecho es delictivo, el art. 773.2 de la LECRIM parece inclinarse por una actuación claramente facultativa al señalar que “podrá” tomarle declaración, algo que avala la Consulta 2/95, de 19 abril, que señala “La presentación de una denuncia ante la Fiscalía no genera en el denunciante el derecho a que la comprobación de los hechos se lleve a cabo necesariamente y de forma exhaustiva a través de las posibilidades investigadoras que el ordenamiento concede al Fiscal”. Sin embargo, el art. 5 EOMF utiliza el imperativo “recibirá” con lo que se inclina por una obligación a desarrollar en todo caso, decantándose por tal posibilidad la Circular 4/2013 sobre diligencias de investigación.

Por otro lado, aplicando el art. 118.1 LECRIM, éste establece que en caso de la atribución de un hecho punible a una persona habrá que ponerlo en conocimiento de la persona para que ejercite su defensa. Como ha apuntado el ATC 94/2003, de 24 de marzo “Si las leyes procesales han reconocido, y este Tribunal recordado, la necesidad de dar entrada en el proceso a quien resulte imputado desde su fase preliminar de investigación, lo es sólo a los fines de garantizar la plena efectividad del derecho a la defensa y evitar que puedan producirse contra él, aun en la fase de investigación, situaciones materiales de indefensión (SSTC 44/1985, 135/1989 y 273/1993) no porque constitucionalmente sea obligada una fase de investigación plenamente contradictoria. Y es que, como señalamos en las resoluciones citadas, en el ámbito del proceso penal, la Constitución implicó un pro-

fundo cambio en su fase de investigación, de manera que los más sólidos residuos del proceso inquisitivo perdieron vigencia *al permitirse ejercer el derecho de defensa* a toda persona a quien se atribuya, más o menos fundadamente, un acto punible, desde el momento inicial de la instrucción o, en su caso, *desde el momento en que la investigación se dirige contra ella*⁴² (FJ 3º). Parece, por tanto, que abierta unas diligencias de investigación por el Fiscal, con indicios de comisión de un hecho delictivo, resulta adecuado llamar al sujeto para tomarle declaración y pueda ejercitar su defensa adecuadamente.

Sin embargo, esta exigencia quiebra como vimos en apartados anteriores con el **procedimiento de aceptación del decreto del Fiscal**, que no necesita la toma de declaración del investigado para su desarrollo, con lo que tal posibilidad se esfuma. Por otro lado, tal declaración chocaría con la necesidad de petición de medidas limitativas de derechos fundamentales de estricta titularidad judicial, con lo que al judicializar el procedimiento⁴³ ya no se llevaría a cabo tal declaración. Algo que igualmente se llevaría a cabo en caso de que se abrieran unas diligencias judiciales que obligarían a cesar las del Fiscal incluso si tal declaración no se hubieran tomado (art. 773.2 LECRIM).

Por otro lado, razones de conveniencia pueden provocar que la toma de declaración venga determinada en función de la propia actividad desarrollada por la Fiscalía, evitándose precipitaciones y sin que sea necesaria la inmediata toma de declaración al investigado⁴⁴, con lo que puede ir precedida de otras diligencias.

⁴² La cursiva es mía.

⁴³ Como ha dicho la STS 228/2015, de 21 de abril, de la Sala II (Ponente: Martínez Arrieta) en su FJ 1º “El Ministerio Fiscal no está obligado a agotar la investigación en sus diligencias, gozando de plena autonomía para decidir en qué momento remite las diligencias al Juez de Instrucción. No obstante, la cesación de las diligencias en todos aquellos casos en que sea necesaria una medida que exige la intervención judicial:

a) Al no estar facultado el Fiscal para adoptar por propia autoridad medidas restrictivas de derechos —a salvo de detención— cuando sea necesaria una medida de esta naturaleza no cabrá otra vía que la de la judicialización a la investigación.

b) En otras ocasiones la necesidad de mantener la reserva de la investigación para salvaguardar su éxito será la que determine acudir al Juzgado.

c) Tampoco puede el Fiscal adoptar medidas cautelares de orden real o personal, cuando sea aconsejable este tipo de actuaciones solo será factible la judicialización”.

⁴⁴ Apunta la Circular 4/2013 sobre diligencias de investigación, y que avala Circular 3/2018, sobre el derecho de información de los investigados en los procesos penales, que “Los principios que el propio art. 5 EOMF enuncia como inspiradores de las diligencias de investigación habrán de orientar a los Sres. Fiscales a la hora de determinar el momento procesal en el que proceda acordar la práctica de esta di-

Finalmente, en caso de detención, única medida limitativa de derechos fundamentales que puede acordar el Ministerio Fiscal en el marco de sus diligencias de investigación, podría el acusador público acordar la toma de declaración del investigado cuya privación de libertad ha dispuesto. No obstante, dispone de 72 horas para ponerlo a disposición de la autoridad judicial, o en libertad, con lo que tiene ese tiempo —improrrogable— para la toma de declaración, sin que la situación en que queda el investigado puesto en libertad, tras la declaración, se encuentre debidamente resuelta ni legal ni doctrinalmente. Lo que es evidente es que no tiene un estatuto idéntico al imputado judicial. En principio, su situación podría ser asimilada al llamado “investigado policial” con lo que podría ser puesto en libertad —al igual que puede hacer la Policía— sin necesidad de declarar en calidad de detenido ante el Juez Instrucción (art. 496 LECRIM).

3.3 EL DERECHO DE DEFENSA EN LA INVESTIGACION DEL FISCAL

Decidida la presencia del investigado⁴⁵ en las diligencias del Fiscal debemos de defender la actual y plena vigencia del derecho de defensa. Sin embargo, lo que podría parecer una obviedad a la luz de la reciente reforma operada en la LECRIM en virtud de la Ley 13/2015, de 5 de octubre, no siempre ha estado presente con claridad meridiana.

Doctrinalmente han existido sectores que han negado la posibilidad de que el indagado tenga verdaderamente derecho de defensa ante las diligencias practicadas por parte de la Fiscalía⁴⁶ algo a lo

ligencia. *Es claro que no siempre habrá de practicarse inmediatamente a que se abran unas diligencias de investigación*”. La cursiva es mía.

⁴⁵ Aquí recogemos la previsión que le corresponde tanto a personas físicas como a las personas jurídicas, conforme el Código Penal ex. art. 31 bis del Código Penal son responsables penalmente. Es preciso recordar que la Circular 1/2011 relativa a las personas jurídicas se señala que “En cuanto a la concreta intervención de la persona jurídica imputada en las diligencias de investigación, se reitera en este punto lo sugerido en relación con los procedimientos judiciales en la medida en que resulta de aplicación”. Acerca de la responsabilidad de la persona jurídica se puede consultar la Circular 1/2016 de la FGE más reciente que la anterior pero que no se detiene excesivamente en cuestiones relativas al derecho de defensa.

⁴⁶ *Vid.* sobre el particular COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA, Miguel, *Las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal*, Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1994, Madrid, 1995, pág. 768; IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, Jesús María, *La investigación preliminar del Ministerio Fiscal. La intervención de las partes en la misma*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 337; RODRIGUEZ CASTRO, Justo, *El atestado policial*, Actualidad Penal n° 36, 1995, págs. 655-656; LOPEZ LO-

que por otro lado contribuyó determinado posicionamiento jurisprudencial del TC, en la STC 196/1987, de 11 de diciembre, que diferenció entre el derecho de asistencia letrada que le correspondía al detenido en las diligencias policiales y judiciales como una de las garantías del derecho a la libertad protegido por el art. 17.1º CE en relación con art. 17.3º del mismo texto legal, mientras que el art. 24.2 CE se refiere al proceso debido añadiendo que “En nuestra Constitución, según hemos visto, se reconoce expresamente el derecho tanto “al detenido” como “al acusado”, pero se hace en distintos preceptos constitucionales garantizados de derechos fundamentales de naturaleza claramente diferenciada que impide determinar el contenido esencial del derecho a la asistencia letrada en relación conjunta con ambos preceptos” (FJ 4º).

De modo que conforme lo dispuesto en la resolución anterior, pareciera que al detenido le correspondía sólo asistencia letrada, pero es al acusado al que se le reconoce el derecho de defensa, y ello lo justificaba el TC significando que “las declaraciones ante la Policía, en principio, son instrumentos de la investigación que carecen de valor probatorio” (FJ 5º).

Atendiendo al anterior criterio⁴⁷, podría plantearse que lo único que se reconocía propiamente en la regulación procesal y estatutaria referida a la investigación del Fiscal era la asistencia letrada, por cuanto el sujeto participa en unas diligencias de investigación “administrativas”, que a priori carecen de valor probatorio, siendo en un estadio ulterior procesal cuando, una vez imputado judicialmente, con el riesgo de la acusación, ejerza plenamente el derecho de defensa con una serie de rasgos reconocidos jurisprudencialmente distintos del mero reconocimiento del derecho de asistencia letrada. Sin embargo, este planteamiento determinaría la ventaja procesal del imputado judicialmente no detenido que tendría el amparo del derecho de defensa, frente al detenido no imputado judicialmente.

PEZ, Alberto Manuel, *Defensa técnica y proceso penal*, Actualidad Penal nº 39, 1994, pág. 712; MAJADA PLANELLES, Arturo, *Practica procesal penal*, Vol. II, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1990, pág. 807; DE HOYOS SANCHO, Montserrat, *La detención por delito*, Aranzadi Editorial, Navarra, 1997, pág. 231.

⁴⁷ Doctrinalmente GOMEZ COLOMER trató de manera crítica la STC 196/87, y ha señalado que “Nosotros pensamos, sin embargo, que aducir como fundamento constitucional del derecho de defensa del detenido también el art. 24.2 CE no es una incorrección jurídica, porque aunque sean distintos los momentos y actos procesales sobre los que se proyectan los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución, el contenido esencial es idéntico al estar ante el mismo derecho fundamental a la defensa técnica”. *Vid. La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*, Librería Bosch, Barcelona, 1988, págs. 128-129.

Si bien legislativamente —antes de la reforma del año 2015—, el art. 5 del EOMF reconoce someramente la posibilidad de defensa en el seno de las diligencias de investigación del Fiscal, para las normas de la LECRIM el derecho de defensa se subordinaba a la imputación de un hecho y así lo establecía el art. 118. I, con la posibilidad de intervención procesal *ex. art.* 302, I, y con la exigencia, producida la primera comparecencia en sede judicial, de información de derechos por el Secretario Judicial (ahora Letrado de la Administración de Justicia) *ex. art.* 775. I. Pareciendo, por tanto, que el surgimiento del derecho de defensa, a la luz de la LECRIM, sólo se preveía ante una imputación de carácter judicial. Por tanto, la cuestión relativa a la defensa del investigado, máxime cuando en el interrogatorio policial sólo había reconocida la posibilidad de asistencia letrada sin derecho a entrevista previa, no estaba plenamente resuelta con rigor técnico y legislativo.

En relación con lo anterior, el derecho de defensa en la instrucción judicial sirve para evitar las acusaciones sorpresivas ante un eventual juicio oral, de ahí que la imputación judicial sirva como mecanismo para evitarla. La investigación del Ministerio Público, tal y como está regulada en la actualidad, lo que determina no es la posibilidad de la apertura del juicio oral (excepción matizada por la regulación del procedimiento por Decreto del Fiscal), ni el acopio de pruebas o de materiales que benefician a la defensa, sino la mera posibilidad de la apertura de la instrucción judicial misma.

No obstante, frente a las objeciones pre-reforma (antes de la Ley 13/2015, de 5 de octubre), era evidente que la construcción del derecho de defensa en el seno de estas diligencias y no la mera asistencia letrada se imponía por diversas razones.

Como primera reflexión, en virtud de la proclamación estatutaria, conforme el art. 5 EOMF, del principio de defensa y de contradicción, cuya presencia no deja de ser un poco sorpresiva. Veamos por qué.

La contradicción se ciñe a la posibilidad de discusión y debate en el plenario acerca del acervo probatorio y así se entiende jurisprudencial y doctrinalmente⁴⁸, de modo que en el seno de la instruc-

⁴⁸ Como apunta la STS 5489/1995, de 3 de noviembre, de la Sala II (Ponente: De Vega Ruiz) ha indicado que “En ese contexto probatorio *están las pruebas anticipadas y las preconstituidas, ahí están también las pruebas de la instrucción que, no pudiéndose reproducir en el juicio oral, son sin embargo sometidas a la «contradicción de parte» desde el momento en que, por las razones señaladas en el artículo 730 procedimental, son efectivamente leídas fuera de la fórmula ya desterrada «de tenerlas simplemente por reproducidas» (ver la Sentencia de 23 de mayo de 1994).* Tampoco puede

ción es en la configuración de la prueba anticipada y preconstituida donde adquiere verdadero sentido la contradicción para que surta efecto probatorio en el plenario. Diligencias que no caben en el desarrollo de la investigación por el Fiscal por cuanto como regla general la creación probatoria sólo cabe en presencia judicial salvo determinados actos que por su fugacidad e irrepetibilidad sí constituyen pruebas (por ejemplo una inspección ocular desarrollada por el Fiscal o una prueba de alcoholemia que ordena practicar).

Entendemos, por otro lado, que el término contradicción, por lo que respecta a las investigaciones del Fiscal, es equivalente a “dar vista” de lo actuado a los intervinientes en aquella, por cuanto como ha señalado la Instrucción 2/2000 de la FGE “...las diligencias de investigación del Fiscal no precisan aval del Secretario Judicial⁴⁹ para que de fe de ellas porque no han de hacer prueba, carecen del valor probatorio de las diligencias practicadas de forma contradictoria ante el Juez de Instrucción...”.

olvidarse, en ésta problemática, el supuesto de las discrepancias y de las contradicciones habidas, cual aquí acontece, entre lo manifestado en el plenario y lo referido durante la instrucción. Cuando el medio de prueba sumarial, o de las diligencias, es reproducido en el acto del juicio oral en condiciones de inmediación, oralidad y publicidad , permitiendo la contradicción, adquiere carácter probatorio aunque su resultado sea distinto , pudiendo entonces el órgano judicial sentenciador fundar su convicción no solo en el sentido de lo manifestado en el acta del juicio oral, sino también en las versiones anteriores, debidamente documentadas , según la mayor o menor verosimilitud que una y otras le merezcan(ver concretamente el fundamento jurídico segundo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 98 de 1990). En conclusión, todo ello constituye un elemento de juicio de los jueces que pueden ponderar con conciencia y en relación a los restantes medios probatorios según el legítimo y exclusivo ejercicio de la facultad de valoración que los mismos tienen. Es, también en conclusión, el juego muchas veces incomprendido de la contradicción. A su través se ejercita el derecho de hacer valer las propias pruebas y de refutar las ajenas y adversas, de acuerdo con el espíritu que ya impusieron el Convenio de Roma de 1950 y el Pacto Internacional de Nueva York de 1966. *La contradicción obliga a que todas las pruebas pasen, se vean y se desarrollen, directa o indirectamente ,en el plenario, incluso si es preciso solo con su lectura, si resultare esta jurídicamente imprescindible por causas justificadas, en cualquier caso para que se rectifiquen o ratifiquen . De tal manera se da la posibilidad de hacer cuantas alegaciones estimen oportunas las partes en orden a esas pruebas, incluyendo pues las de la instrucción”* (FJ 3º). En un ejercicio de síntesis relevante, vid. BURGOS LADRON DE GUEVARA, Juan, *La reforma del proceso penal: por un modelo contradictorio*, Diario La Ley nº 7548(<http://www.diariolaley.laley.es>), enero 2011, págs. 1-8. Específicamente en relación al Fiscal y su investigación, vid. IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, Jesús María, *La investigación preliminar del Fiscal: aprendamos de la experiencia*, Diario La Ley nº 7122 (<http://www.diariolaley.laley.es>), febrero 2009, pág. 9.

⁴⁹ El Secretario Judicial, hoy Letrado de la Administración de Justicia, no forma parte de la oficina fiscal ni entonces ni hoy.

Por otro lado, limitar únicamente la asistencia letrada en el seno de las diligencias de investigación del Fiscal, sin reconocer un genuino derecho de defensa en su seno, equivalía a considerarlas igual que la declaraciones en sede policial algo que no debería ser, por cuanto no cabe asemejar la posición institucional del Fiscal y del investigador policial entre otras cosas porque éste último está subordinado a aquel. Asimismo, la propia LECRIM establecía, en el art. 118 de la LECRIM, el surgimiento del derecho de defensa en el “procedimiento, cualquiera que éste sea” por lo que no cabía limitar el derecho de defensa únicamente en el seno de la instrucción dirigida por un Juez.

Asimismo el Ministerio Fiscal podía entonces, como ahora, acordar una serie de medidas de investigación que sin duda condicionaban la posición del investigado tales como la toma de declaración de la víctima⁵⁰, la declaración de testigos (art. 773.2 LECRIM), encarar informes periciales⁵¹, obtención de datos personales informatizados⁵², conseguir el IMSI y el IMEI de los teléfonos, entre otros datos

⁵⁰ Lo que no equivale a reconocer el ejercicio de la acusación ni particular, ni en su caso la popular, en el seno de la investigación por el Fiscal.

⁵¹ Así la STS 4934/2007, de 30 de mayo, de la Sala II (Ponente: Marchena Gómez) señala que “Está, pues, fuera de dudas *la capacidad del SEPRONA para, con subordinación funcional a los Jueces y Tribunales o al Ministerio Fiscal, practicar la recogida de muestras que sirvan de base para la detección de esos niveles de contaminación en las aguas vertidas por cualquier empresa denunciada. Y la posibilidad de realizar, mediante personal facultativo debidamente especializado, un primer análisis químico de tales residuos, es también incuestionable. Cuestión distinta, claro es, sería el valor probatorio de esas diligencias iniciales*” (FJ 1º). La cursiva es nuestra.

⁵² La Circular 4/2010 de la FGE sobre investigación patrimonial ha señalado las instituciones a las que se les puede requerir datos y así, el Fiscal investigador puede interesar, mediante decreto, que se remitan de la Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA) o la Asociación Española de la Banca (AEB), respecto de datos bancarios. En relación a entidades públicas, se puede interesar datos a la Tesorería General de la Seguridad Social, Registro Mercantil, de Bienes Muebles y de la Propiedad, Dirección General de Tráfico, Registro de Matrículas de Aeronaves dependiente de la Agencia Tributaria y Dirección General del Catastro. Finalmente pueden ser recabados datos del Índice Único Informatizado Notarial, que recoge telemáticamente datos autorizados por las diferentes Notarías.

de telefonía⁵³, realizar u ordenar inspecciones oculares⁵⁴ e inspecciones corporales leves bajo criterios de urgencia, proporcionalidad y razonabilidad⁵⁵ y ordenar la recogida del ADN abandonado⁵⁶. Reconocer que se podía llevar acopio de tal conjunto de diligencias sin la presencia y defensa del afectado equivalía aceptar una dimensión inquisitiva inaceptable bajo los parámetros constitucionales.

Asumido, en abstracto, el derecho de defensa, en sede de investigación del acusador público, veamos su contenido y con arreglo a la reforma operada en la LECRIM.

3.4 ASPECTOS PRACTICOS DEL DERECHO DE DEFENSA DEL INVESTIGADO

Doctrinalmente se planteaba —antes de la reforma— igualmente el contenido del derecho de defensa ante las investigaciones por el Fiscal con el mismo contenido que ante el Juez de Instrucción⁵⁷. Así,

⁵³ La Circular 1/2013 sobre las pautas relativas a la intervención de las comunicaciones determina que la captación del IMSI e IMEI puede llevarse a cabo por la Policía Judicial, mientras que para que las operadoras puedan “ceder datos” sobre el IMSI e IMEI necesitan autoridad judicial. La anterior Circular extiende la posibilidad de obtención por parte de las autoridades policiales y por ende, del Ministerio Fiscal, sin necesidad de autorización judicial a la localización de la dirección IP, la grabación u observación de chats y foros de internet, así como la apertura de archivos de un disco duro o de unidades externas. Jurisprudencialmente, *vid.* STS 249/2008, de 20 de mayo, de la Sala II, FJ 4º, STS 227/2009, de 28 de enero, de la Sala II FJ 1º y la STS 8461/2011, de 16 de noviembre, de la Sala II, FJ 6º.

⁵⁴ La Circular 4/10 de la FGE reconoce específicamente la posibilidad de que el Ministerio Público pueda acordar inspecciones oculares en la investigación de delitos patrimoniales, algo que ha venido a ratificar, de modo general, la Circular 4/2013 sobre diligencias de investigación.

⁵⁵ *Vid.* la STC 207/96, de 16 de diciembre, FJ 2º y 4º.

⁵⁶ Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda, de 31 de enero de 2006, que “La Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial”.

⁵⁷ *Cfr.* MORENO CATENA, Víctor, *Las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal y el derecho de defensa*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1997, pág. 221-222; *Sobre el Derecho de defensa: Cuestiones generales*, Revista Teoría y Derecho nº 8 (<http://www.tirantonline.com>, TOL2.118.941), 2010, pág. 3; *La defensa en el proceso penal*, Editorial Civitas, Madrid, 1982, pág. 84; GIMENO SENDRA, Vicente, con otros autores, *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989, págs. 76-79.; ASENICIO MELLADO, José María, *La intervención de la defensa en la fase de instrucción*, Revista de Derecho Procesal nº 1, 1997, págs. 23-24, ORTELLS RAMOS, Manuel, *El proceso penal abreviado (nueve estudios)*, Editorial Comares, Granada, 1997, pág. 115; SANCHIS CRESPO, Carolina, *El Ministerio Fiscal y su actuación en el proceso penal abreviado. Especial referencia al procedimiento preliminar fiscal*, Editorial Comares, Granada, 1995, págs.110-111.

el indagado por el Fiscal tendría como derechos la comunicación de su condición de investigado y los hechos por los que se le investiga, con la debida contradicción, entendida como posibilidad de rebatir lo realizado por el Fiscal, dado que no hay propiamente un proceso, junto con derechos instrumentales dimanantes del art. 24.2 de la CE, tales como derecho a la asistencia de abogado, designado por el investigado o de oficio, a la propuesta de diligencias de descargo, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

Sin embargo, las anteriores reflexiones, una vez entrada en vigor la reforma operada por la Ley 13/2015, 5 de octubre, ya no son precisas para defender la plena operatividad del derecho de defensa en el seno de las diligencias de investigación practicadas por el Fiscal. Y en este sentido, distinguimos dos perspectivas.

En primer lugar, si se acuerda la **mera citación en calidad de investigado** sin que se hubiera acordado ninguna medida de detención. En este sentido, resultan de aplicación las exigencias previstas por parte del art. 118 de la LECRIM, ahora reformado. Así al “investigado” por el Fiscal le corresponde:

“Derecho a ser informado de los hechos que se le atribuyan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados. Esta información será facilitada con el grado de detalle suficiente para permitir el ejercicio efectivo del derecho de defensa”.

El Fiscal deberá de ilustrarle acerca de los elementos fácticos que motivan la apertura de sus diligencias, sin que pueda escudarse en el carácter secreto de las diligencias algo que no puede llevar a cabo⁵⁸. Conforme lo señalado por la STC 297/1993, de 18 de octubre, que “Es indudable que el derecho de defensa presupone el derecho a co-

FUENTES SORIANO, Olga, *La investigación del Fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos: perspectivas de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 51-62; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido con otros autores, *La investigación por el Ministerio Fiscal y la utilización por el Ministerio Fiscal y la utilización de la oportunidad reglada en el proceso penal* en “El Poder Judicial en Europa. Conferencia de Madrid de los Presidentes y Fiscales Generales de los Tribunales Supremos de los Estados Miembros de las Comunidades Europeas”, T. II, Madrid, 1989, pág. 124; TOME GARCIA, José, *Imputación, derecho de defensa y secreto de sumario*, Revista de Derecho Procesal nº 1, 1999, nota (40), pág. 148.

⁵⁸ Sin embargo el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 planteado por el Ministro de Justicia Ruíz Gallardón preveía en su regulación tal posibilidad. Así el art. 137 establecía “La declaración de secreto la realizará el Ministerio Fiscal por decreto motivado, que no será susceptible de impugnación. En el plazo de diez días la declaración de secreto habrá de ser ratificada por el Tribunal de Garantías por auto, que podrá ser recurrido en apelación”.

nocer los cargos antes de la imposición de la sanción. Ninguna defensa puede ser eficaz si el imputado no conoce con anterioridad los hechos en que se fundamenta la acusación, a fin de oponer frente a ellos las oportunas excepciones y defensas” (FJ 3º).

“Derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración”.

El sujeto investigado, o su Letrado o ambos podrán acudir a las dependencias de la Fiscalía para poder examinar el expediente del acusador público y preparar con la debida antelación la diligencia de declaración. Como ha apuntado la Circular 4/2013 de la FGE “El investigado puede tomar conocimiento de lo actuado. Son a estos efectos aplicables supletoriamente lo dispuesto en los arts. 776. 3 LECrim que dispone, para los que se personen en los procedimientos, que podrán desde entonces tomar conocimiento de lo actuado e instar la práctica de diligencias y cuanto a su derecho convenga; y los arts. 301 y 302 que proclaman el derecho de todas las partes personadas a tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento”⁵⁹.

“Derecho a actuar en el proceso penal para ejercer su derecho de defensa de acuerdo con lo dispuesto en la ley”

En el curso de la indagación desarrollada por el Ministerio Fiscal se impone la necesaria presencia del sujeto que ha sido citado en calidad de investigado en todas las diligencias de investigación que se practiquen y puedan afectarle. Puede igualmente proponer diligencias de descargo en el ejercicio de su derecho de defensa, todo ello sin perjuicio de la apreciación de su pertinencia por parte del Fiscal pues como ha señalado —a propósito de la instrucción judicial— la STC 186/1990, de 15 de noviembre, “que en la fase de instrucción o diligencias previas del procedimiento abreviado el imputado está facultado para pedir cuantas diligencias estime convenientes a su defensa, sin perjuicio de la facultad del Juez de acordar la práctica de dichas diligencias en función de su pertinencia y esencialidad y la de que las partes puedan, en calidad de actos de prueba, diferir su práctica a las sesiones del juicio oral” (FJ 4º).

⁵⁹ Apunta la Consulta 1/2015 FGE “...los Sres. Fiscales facilitarán al investigado o a su Letrado, cuando así lo soliciten, acceso al contenido de las diligencias de investigación. Si este acceso pudiera frustrar los fines de la investigación, lo procedente será judicializar las diligencias y solicitar el secreto de las mismas, sin que quepa retrasar a estos efectos la declaración del investigado”. En la misma línea la Circular 3/2018 FGE.

“Derecho a designar libremente abogado, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 a) del artículo 527” y “Derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita, procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla”.

La libertad de designación de letrado⁶⁰ que forma parte del derecho previsto en el art. 24 en tanto como ha señalado el ATC 255/2007 de 23 de mayo “...el mandato legal de defensa por medio de Abogado en el proceso penal es una garantía de un correcto desenvolvimiento del mismo, que pretende asegurar, en particular, la ausencia de coacciones durante el interrogatorio policial y, en general, la igualdad de las partes en el juicio oral, siendo ello lo que justifica que la asistencia letrada “ha de ser proporcionada en determinadas condiciones por los poderes públicos, por lo que la designación de tales profesionales se torna en una obligación jurídico-constitucional que incumbe singularmente a los órganos judiciales (SSTC 47/1987, 139/1987 y 135/1991)” (STC 132/1992, FJ 2) (FJ 2º).

Como complemento, debe de facilitarse asistencia letrada gratuita conforme la Circular 4/2013 “Por tanto, si el sospechoso comparece sin asistencia letrada, habrá de dirigirse un oficio con la solicitud dirigida al Decano del Colegio de Abogados para la designación de Letrado del turno de oficio”.

“Derecho a la traducción e interpretación gratuitas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 123 y 127”.

Como en este sentido ha apuntado la LO 5/2015, de 27 de abril en su EM “El derecho del imputado o acusado a ser asistido por un intérprete se extiende a todas las actuaciones en las que sea necesaria su presencia, incluyendo el interrogatorio policial o por el Ministerio Fiscal y todas las vistas judiciales”. Por tanto, en sede de interrogatorio del Ministerio Público procede, en caso de que estemos en presencia de ciudadano que no comprende la lengua castellana o cualquiera de las autonómicas el verse asistido por un intérprete para las actuaciones orales y un traductor para las escritas.

“Derecho a guardar silencio y a no prestar declaración si no desea hacerlo, y a no contestar a alguna o algunas de las pregun-

⁶⁰ Una excepción vendría dada por el art. 509 de la LECRIM, supuesto de incomunicación, que impide la designación de Letrado de confianza en relación con el art. 527 del mismo texto legal, pero que en todo caso es una decisión del Juez (auto) lo que impide que pueda ser acordada en el seno de una investigación preliminar de Fiscalía. Cfr. con la STS núm. 706/2016, de 15 de septiembre, de la Sala II (Ponente: Granados Pérez) FJ 1º

tas que se le formulen” y “Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable”.

A propósito del **silencio** y como apunta la STC 149/2008, de 17 de noviembre, “como se indica, entre otras, en las SSTC 75/2007, de 16 de abril, FJ 6, y 76/2007, de 16 de abril, FJ 8, habida cuenta de que nuestro Ordenamiento jurídico no sanciona la falta de colaboración del acusado con la Administración de Justicia, ni lo sujeta a la obligación jurídica de decir la verdad, no cabe extraer ninguna consecuencia negativa para aquél meramente del ejercicio de su derecho a guardar silencio o de los derechos a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable” (FJ 6°).

En relación al derecho **a no declarar contra uno mismo** la STC 54/2015, de 16 de marzo, “Concretamente, y en lo relativo a la garantía de no autoincriminación, este Tribunal ha afirmado en la STC 18/ 2005, de 1 de febrero, FJ 2, que “conforme señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, „aunque no se menciona específicamente en el art. 6 del Convenio, el derecho a guardar silencio y el privilegio contra la autoincriminación son normas internacionales generalmente reconocidas que descansan en el núcleo de la noción de proceso justo garantizada en el art. 6.1 del Convenio. El derecho a no autoincriminarse, en particular —ha señalado—, presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la ‘persona acusada’. Proporcionando al acusado protección contra la coacción indebida ejercida por las autoridades, estas inmunidades contribuyen a evitar errores judiciales y asegurar los fines del artículo 6 (STEDH de 3 de mayo de 2001, caso J.B. c. Suiza, § 64; en el mismo sentido, SSTEDH de 8 de febrero de 1996, caso John Murray c. Reino Unido, § 45; de 17 de diciembre de 1996, caso Saunders c. Reino Unido, § 68; de 20 de octubre de 1997, caso Seres c. Francia, § 46; de 21 de diciembre de 2000, caso Heaney y McGuinness c. Irlanda, § 40; de 21 de diciembre de 2000, caso Quinn c. Irlanda, § 40; de 8 de abril de 2004, caso Weh c. Austria, § 39). “En este sentido —concluye el Tribunal de Estrasburgo— el derecho está estrechamente vinculado a la presunción de inocencia recogida en el artículo 6, apartado 2, del Convenio” (Sentencias Saunders, § 68; Heaney y McGuinness, § 40; Quinn, § 40; y Weh, § 39)” (FJ 7°).

Señalado lo anterior es necesario abordar someramente los supuestos de derecho de defensa que **surge en los casos de detención** ordenada por el Ministerio Público, conforme la previsión del art. 5 del EOMF, que le permite acordar la “detención preventiva”. En este supuesto, las posibilidades de defensa se circunscriben a lo dispuesto

en el art. 520 de la LECRIM que junto con determinados derechos contenidos y analizados ya con relación a lo dispuesto en el art. 118 de la LECRIM añade adicionalmente algunos otros de interés.

Podemos destacar la previsión que se hace del **“Derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad”**, lo que permite la posibilidad de interponer el *habeas corpus* frente a una detención por parte del Ministerio Fiscal⁶¹.

El acceso a los “elementos esenciales”, como apunta la STC 21/2018, de 5 de marzo implica “...La información que la policía debe facilitar al detenido se extiende, por tanto, a los motivos jurídicos y fácticos de la detención; *es decir, no sólo debe identificar y calificar provisionalmente la infracción penal que se sospecha ha cometido la persona detenida, sino también los datos objetivos que permiten establecer una conexión lógica entre la conducta del sospechoso y el hecho investigado.*”

No es suficiente, por tanto, con hacer referencia al hecho investigado, su lugar y fecha de comisión y su calificación jurídica provisional, *sino que la información policial ha de poner también de manifiesto el fundamento de la conexión subjetiva y objetiva del detenido con el hecho ilícito que justifica la detención.* En este sentido, y a ello se hace referencia acertadamente en la demanda de amparo, la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial, en su reunión de 15 de julio de 2015, vigente ya la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, fijó como contenido mínimo de la información policial que ha de facilitarse a los detenidos la que se refiere *al lugar, fecha y hora de la detención y la comisión del delito, a la identificación del hecho delictivo, y también a los “indicios de los que se deduce la participación del detenido en el hecho delictivo”, indicios sobre los que ha de reseñarse su procedencia objetiva.*” (FJ 8^o)⁶². En todo caso, el art. 527

⁶¹ Tutela las detenciones cautelares gubernativas no acordadas judicialmente, ya sean de carácter penal o de distinta naturaleza. *Vid.* en relación al *Habeas Corpus* SSTC 86/1996, de 21 de mayo; 224/1998, de 24 de noviembre; 174/1999, de 27 de septiembre, 288/2000, de 27 de noviembre; 224/2002, de 25 de noviembre, 23/2004, de 23 de febrero; 165/2007, de 2 de julio, 95/2012, de 7 de mayo, 32/2014, de 24 de febrero.

⁶² La cursiva del fundamento es mía. Antes la STC 13/2017, de 30 de enero, ya había abordado esta espinosa cuestión, en FJ 7^o “Pues bien, la propia lógica de los hechos narrados en el atestado policial desvirtúan esta afirmación: si la detención se desencadenó a resultas de un operativo policial contra personas señaladas por la comisión de diversos delitos en varias localidades, como pone en evidencia el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, al menos debían existir *bajo algún soporte (papel o informático) las denuncias de tales delitos, así como la documentación de los registros efectuados al detenerles*, cuya entrega, precisa el Fiscal, “no parece proble-

de la LECRIM permite excluir de este acceso en auto dictado, y en supuestos de incomunicación, por el Juez de Instrucción con lo que no cabría la aplicabilidad de tal precepto en unas diligencias de Fiscalía.

Si el Fiscal ordena la detención se le debe permitir al investigado-detenido el acceso a los elementos documentales que sustenten tal privación de libertad y que indiciariamente lo apuntan como autor de un hecho delictivo, pudiendo incluso iniciar un procedimiento de habeas corpus para su puesta a disposición judicial. En todo caso, tal procedimiento, cuando la detención es ordenada por el acusador público, implica en el procedimiento de investigación preliminar fiscal un mecanismo de reacción que ciertamente resitúa, si bien de un modo no totalmente acabado, tanto al Fiscal como al Juez en lo que deberían de ser sus espacios naturales. Al Fiscal como investigador, y al Juez como garante de los derechos del investigado, pues éste recurre a la autoridad judicial en el supuesto de vulneración de aquellos, sin que previamente tenga el propio Juez intervención alguna en la indagación.

Igualmente como novedad destacamos la previsión de ***“Entrevistarse reservadamente con el detenido, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 527”***. Con este precepto se rompe la dicotomía existente entre el detenido que no tiene todavía la condición de investigado judicial y el investigado judicial no detenido. Con esta previsión se positiviza el ejercicio del derecho de defensa en los supuestos de detención, siendo la asistencia letrado un elemento accesorio para poder llevar a cabo este mismo derecho.

4. CONCLUSIONES

El Ministerio Fiscal es un órgano de investigación que desarrolla una actividad a medio camino entre la indagación policial y la instrucción judicial, limitándose la regulación de tal actividad a dos preceptos recogidos en cuerpos legales de distinta naturaleza. En el desarrollo de su investigación el acusador público puede acordar diligencias muy variadas, aunque no limitativas de derechos fundamentales, excepto la detención. Esta actividad indagatoria no está destinada a la apertura del juicio oral, sino a la eventual iniciación

mática por conllevar una amenaza para la vida o derechos fundamentales de otra persona y que hubiera sido aconsejable no entregar por razones de interés público”. La cursiva es mía.

de la instrucción judicial. Son diligencias preprocesales y preliminares amparadas por una presunción iuris tantum formal que deben ser calificadas como “diligencias de investigación penal” que las diferencie de otras actuaciones del Ministerio Público.

Aunque no se reconozca expresamente, el investigado por el Fiscal se encuentra amparado por el derecho de defensa en la misma extensión que ante el Juez de Instrucción. Es preciso señalar, sin embargo, que la diferencia entre asistencia letrada y derecho de defensa propiamente dicho contribuía a generar una discusión que entonces como ahora resulta estéril. El hecho de que el Fiscal pueda acordar una batería de medidas de investigación respecto de un sujeto justifica el despliegue del derecho de defensa y la participación de aquel en todo momento.

Ahora bien la presencia del investigado y su toma de declaración sólo se justifica en cuanto existan indicios de responsabilidad penal, pudiendo plantear aquel diligencias de descargo de su responsabilidad si bien el Ministerio Fiscal no crea, en el desarrollo de su actividad pruebas salvo aquellas que por su fugacidad o irrepetibilidad no puedan reiterarse en el acto de juicio.

Dado que el acusador público puede detener a un sujeto, será preciso que le informe de los elementos esenciales que han motivado su privación de libertad pudiendo el afectado impetrar el habeas corpus, situación que no obstante no esta resuelta adecuadamente en cuanto a la cuestión de la puesta en libertad del sujeto por el Fiscal.

No obstante todo lo anterior, hay que apuntar que el procedimiento de aceptación del decreto del Fiscal, introducido por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, que reforma la LECRIM, cuestiona sin embargo el derecho de defensa del sujeto y debe ser analizado a la luz de la jurisprudencia constitucional en el sentido en el que permite que ,sin tomarle declaración, puede el sujeto limitarse a aceptar su condena

5. BIBLIOGRAFÍA

ALMAGRO NOSETE, José, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1996.

ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, TOME GARCIA, José Antonio con DE LA OLIVA, Andrés HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, MUERZA ESPARZA, Julio, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004.

- ASENCIO MELLADO, José María, *La intervención de la defensa en la fase de instrucción*, Revista de Derecho Procesal nº 1, 1997.
- ASENCIO MELLADO, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan, *La reforma del proceso penal: por un modelo contradictorio*, Diario La Ley nº 7548(<http://www.diariolaley.laley.es>), enero 2011.
- CALVO SÁNCHEZ, Carmen, *La fase de investigación en el nuevo proceso penal abreviado regulado por la Ley Orgánica 7/1988 de 28 de diciembre*, Revista Jurídica La Ley núm. 2, 1990.
- COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel, *Las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal*, Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1994, Madrid, 1995.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido con otros autores, *La investigación por el Ministerio Fiscal y la utilización por el Ministerio Fiscal y la utilización de la oportunidad reglada en el proceso penal en "El Poder Judicial en Europa. Conferencia de Madrid de los Presidentes y Fiscales Generales de los Tribunales Supremos de los Estados Miembros de las Comunidades Europeas"*, T. II, Madrid, 1989.
- CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín, MORENO CATENA, Víctor, *Derecho Procesal Penal*, Valencia, 2008.
- CHOZAS ALONSO, José Manuel, *La conformidad penal española y patteggiamento italiano. Breve estudio de Derecho comparado*, La Ley Penal nº 104 (<http://www.laleydigital.laley.es>), 2013.
- DE HOYOS SANCHO, Montserrat, *La detención por delito*, Aranzadi Editorial, Navarra, 1997.
- DUERTO ARGEMÍ, Teresa, *Los procesos sobre la capacidad de las personas. La medida de internamiento*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal II, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 2001.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. don Luis Antonio Burón Barba*, Madrid, 1983.
- FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, *Libro Blanco del Ministerio Fiscal 2013* (<http://www.fiscal.es/>).
- FUENTES SORIANO, Olga, *La investigación del Fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos: perspectivas de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

- GANZENMULLER ROIG, Carlos, SANTOS URBANEJA, Fernando, LÓPEZ EBRI, Gonzalo, FABREGA RUIZ, Cristóbal, LOPEZ-MORA GONZALEZ, Nuria, ALCANTARA BARBANY, Felisa, MAYOR FERNÁNDEZ, David, DE LA BLANCA GARCIA, Ángeles, *Manual de buenas prácticas. La intervención del Fiscal, en la aplicación de la Convención de Nueva York, sobre los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006*, Tirant Monografías, Valencia, 2012.
- GIMENO SENDRA, Vicente, con otros autores, *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989.
- GIMENO SENDRA, Vicente, *Filosofía y principios de los “juicios rápidos”*, Diario La Ley n° 5667, 2002-VII.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*, Librería Bosch, Barcelona, 1988.
- GÓNZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Editorial Colex, Madrid, 1990.
- HERCE QUEMADA, Vicente, GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho Procesal*, Artes Gráficas, Madrid, 1987 .
- IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, Jesús María, *La investigación preliminar del Ministerio Fiscal. La intervención de las partes en la misma*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2001.
- IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, Jesús María, *La investigación preliminar del Fiscal: aprendamos de la experiencia*, Diario La Ley n° 7122 (<http://www.diariolaley.laley.es>), febrero 2009.
- LÓPEZ GARCÍA, José, *La Fiscalía Especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción: Fundamento, antecedentes y formación*, Diario La Ley n° 4141 y 4142, 1996-V.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego, *Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Trabajos Parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1989.
- LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel, *Defensa técnica y proceso penal*, Actualidad Penal n° 39, 1994.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Tratado de Derecho Procesal*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.
- MAJADA PLANELLES, Arturo, *Practica procesal penal*, Vol. II, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1990.
- MARTÍN MARTÍN, José Antonio, *La instrucción penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004.

- MARTÍN PASTOR, José, *El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2005.
- MORENO CATENA, Víctor, *La defensa en el proceso penal*, Editorial Civitas, Madrid, 1982, pág. 84.
- MORENO CATENA, Víctor, *Las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal y el derecho de defensa*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1997.
- MORENO CATENA, Víctor, *Sobre el Derecho de defensa: Cuestiones generales*, Revista Teoría y Derecho n° 8 (<http://www.tirantonline.com>, TOL2.118.941), 2010, pág. 3.
- MORENO CATENA, Víctor, con COLMENERO GUERRA, Antonio, *Ley de Enjuiciamiento Criminal y legislación complementaria*, Tecnos, Madrid, 2010.
- ORTELLS RAMOS, Manuel, *El nuevo procedimiento abreviado: Aspectos fundamentales*, Justicia 89, núm. III.
- ORTELLS RAMOS, Manuel, Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal en el proceso penal: Límites constitucionales y valoración política-jurídica, Revista de Derecho Procesal n° 2, 1990.
- ORTELLS RAMOS, Manuel, *El proceso penal abreviado (nueve estudios)*, Editorial Comares, Granada, 1997.
- PÉREZ GORDO, Alfredo, *Naturaleza y funciones del Ministerio Público en la Constitución y en su Estatuto Orgánico*, El Poder Judicial Vol. III, Dirección General de lo Contencioso, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento Criminal. Novena lectura constitucional*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2010.
- RODRIGUEZ CASTRO, Justo, *El atestado policial*, Actualidad Penal n° 36, 1995.
- SANCHIS CRESPO, Carolina, *El Ministerio Fiscal y su actuación en el proceso penal abreviado. Especial referencia al procedimiento preliminar fiscal*, Editorial Comares, Granada, 1995.
- SANVICENTE SAMÁ, Alejandro, La presunción de autenticidad de las diligencias practicadas o dirigidas por el Fiscal, Revista Jurídica de Cataluña n° 4, 1995, pág.300.

SANCHIS CRESPO, Carolina, *El Ministerio Fiscal y su actuación en el proceso penal abreviado. Especial referencia al procedimiento preliminar fiscal*, Editorial Comares, Granada, 1995, págs.110-111.

TOME GARCÍA, José, *Imputación, derecho de defensa y secreto de sumario*, Revista de Derecho Procesal nº 1, 1999.

VILLAGOMEZ CEBRIAN, Marco, *El nuevo proceso penal italiano*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.