

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

■ Año LXIX

■ Núm. 2177

■ Abril de 2015

RECENSIÓN



**Recensión a la obra: Las diligencias de investigación fiscal
(Marien Aguilera Morales)**

Carlos Martín Brañas

Aguilera Morales, Marien. *Las diligencias de investigación fiscal*. Ed. Thomson Reuters, Madrid, 2014

CARLOS MARTÍN BRAÑAS

Profesor Contratado Doctor de Derecho Procesal de la UCM

Abordamos la lectura, y breve análisis, de una obra que incide directamente en uno de los temas que, podría sostenerse, se convierten en la estrella de la, ya manida, necesaria reforma de nuestra legislación procesal penal: el Ministerio Público. En concreto se dedica la obra al estudio de las diligencias de investigación encomendadas al Ministerio Fiscal en el curso de la actividad preliminar al proceso penal.

Hasta nuestros días, la labor de dirección de la fase de instrucción penal ha recaído de forma directa en los órganos judiciales, en el Juez de Instrucción. Sin embargo, esta realidad, últimamente, viene cuestionándose, probablemente como consecuencia de las influencias que en un mundo globalizado, como el que tenemos, provocan los sistemas penales instaurados en países de nuestro entorno, donde esa instrucción se encomienda no al Juez, sino al Ministerio Público.

En realidad, la existencia de un Juez instructor o un Fiscal Instructor, en nada o muy poco ha de afectar al objeto del trabajo que analizamos, pues la tarea del Fiscal seguirá, en uno u otro caso, centrándose en la práctica de las diligencias de investigación que la profesora Aguilera disecciona en esta obra.

Sin embargo, la autora, con buen criterio, no quiere escapar de la polémica y nos ofrece unas pinceladas que sirven para apreciar cuál es su posicionamiento al respecto.

De inicio, debemos partir de la existencia de argumentos válidos tanto para sostener que la dirección de la fase de instrucción debe recaer sobre el Juez (mayores garantías para el afectado, mayor independencia, etc.), como para mantener que esa dirección debe ser asumida por el Fiscal (mayor celeridad, neutralidad, etc.).

Históricamente, aunque siempre ha prevalecido la figura del Juez instructor, desde tiempos no muy lejanos puede apreciarse un acercamiento de nuestro legislador a posiciones cercanas a la atribución de esta labor de investigación al Ministerio Público (v.gr. Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, procedimiento abreviado, Tribunal del Jurado, Pactos de Estado para la Reforma de la Justicia, etc.), evolución que pretende concluirse en la, proyectada y deseada, nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, intentando favorecer la imparcialidad del juzgador pasando de impulsor de la fase de instrucción a garante de los derechos individuales puestos en duda en esta fase, y convirtiendo al Ministerio Fiscal en el centro de la investigación penal.

Aunque la autora no pretende tomar partido expreso por ninguna de ambas opciones, se desprende de su exposición, aun implícitamente, un claro aroma no muy partidario de este cambio, al menos en los términos planteados.

Desde la LO 7/1988, de 28 de diciembre, por la que se reformó la Ley de Enjuiciamiento Criminal y se introdujo el procedimiento abreviado, se encomendó en nuestro sistema procesal penal, la investigación preprocesal de los supuestos presuntamente delictivos al Ministerio Fiscal.

Aunque como reconoce la autora, que esa atribución no dejó de constituir un “*procedimiento de contenido y efectos limitados*”.

El fiscal no puede ordenar la práctica de diligencias que sean las mismas que debe acordar el Juez de Instrucción en la fase preliminar del proceso penal (ninguna diligencia limitativa de derechos, medidas cautelares distintas a la detención), además las ordenadas y efectuadas carecerán de valor probatorio, debiendo el Ministerio Fiscal abandonar cualquier actividad investigadora, en el momento en que tenga conocimiento de la existencia de un proceso sobre los mismos hechos objeto de su investigación. Todo lo anterior, sin perjuicio de reconocer la escasez de medios con los que cuenta el Ministerio Público para llevar a cabo esta limitada actuación investigadora.

Todo lo anterior, unido a la falta de desarrollo de su regulación legal (art. 5 EOMF, 773.2 LECrim y 123 Ley Orgánica Procesal Militar), concluye la autora, hace que las diligencias de investigación fiscal presenten un limitado recorrido práctico.

Dentro de ese reducido ámbito de aplicación, se suscita otro problema adicional: la escasa regulación legal, tampoco se caracteriza por su homogeneidad. Problema que, como propone la autora, “en la medida en que todas estas normas están guiadas por una misma razón de ser, criterios elementales de hermenéutica imponen que esta normativa sea objeto de una interpretación armonizadora e integradora”.

Obviando todo lo anterior, la autora se lanza a reseñar cuáles, bajo su criterio, constituyen los elementos caracterizadores de las diligencias de investigación fiscal, destacando: su carácter procedimental, naturaleza penal e índole inquisitivo.

De las anteriores características se desprenden como consecuencias ineludibles, que estas diligencias son ordenadas mediante Decreto y no resolución judicial, que carecen de fuerza interruptora de la prescripción y, finalmente, que pueden ser acordadas de oficio.

Estas diligencias se desarrollarán bajo idénticos principios a los que informan el proceso penal – contradicción, proporcionalidad y defensa–, eso sí con ciertas peculiaridades (v.gr. contradicción limitada a la puesta en conocimiento de los sujetos pasivos de las concretas actuaciones acordadas, y oportunidad de instar diligencias en su descargo). Sin embargo, esta circunstancia, más que constituir una ventaja, se convierte en un elemento que lastra la propia efectividad perseguida por este tipo de diligencias.

Finaliza, la autora, el primer capítulo de la obra realizando un listado de figuras afines a las diligencias de investigación fiscal, e indicando las diferencias existentes, destacando entre ellas: diligencias preprocesales, las diligencias de inspección fiscal, e informativas, expedientes de cooperación penal internacional, instrucciones a la Policía Judicial.

En el capítulo segundo de esta obra, la autora persiste en su tarea de individualización de las diligencias de investigación fiscal. Tras diferenciar a éstas de figuras semejantes, se aborda en el inicio de este capítulo una labor de distinción con el conjunto de actos de investigación que conforman el procedimiento preliminar judicial que, si bien presenta en principio importantes similitudes con la estudiada, sin embargo sus diferencias, atendiendo a la diversa naturaleza del procedimiento en el que surgen, son evidentes.

La primera, y más obvia, distinción existente entre las diligencias de investigación preliminar del Juez y del Fiscal, debe buscarse, precisamente en la diversa naturaleza que presentan el

Juez y el Fiscal, como directores de ambas. Sin embargo, el elenco de divergencias existente entre uno y otro tipo de diligencias es mucho mayor: sistema mixto, frente a sistema acusatorio; determinación de la existencia de un hecho delictivo y de un sospecho de ser su autor, frente a la búsqueda de elementos suficientes para formular la acusación; valor probatorio frente a simples actos de investigación sin ese valor.

Sin embargo, sin negar las diferencias que existen, ambos tipos de diligencias convergen en un punto, que quizás consista en la piedra angular de toda investigación penal, la de “esclarecer los hechos aparentemente delictivos de los que se tenga noticia”. Y precisamente de este objetivo común, pueden suscitarse diversas consecuencias para el desarrollo del propio proceso penal, tanto en un caso, como en el otro:

- Si como resultado de las diligencias practicadas, aparecen nuevos hechos conexos con los que dieron lugar a la apertura de las diligencias de investigación, el objeto de éstas se amplía, comprendiendo también la noticia aparecida ex novo.
- También puede suceder que los nuevos hechos descubiertos no presenten conexidad alguna con aquellos otros que provocaron la apertura de estas diligencias, lo razonable será ordenar la incoación de unas nuevas diligencias de investigación respecto de aquellos nuevos hechos.
- Por último, podemos encontrarnos con que las diligencias de investigación practicadas acrediten que los supuestos hechos delictivos que dieron lugar al inicio de las actuaciones, en realidad carezcan de relevancia penal, o que no existan elementos incriminatorios que puedan sostener la participación en los hechos de las personas sobre las que se proyecta la actividad investigadora, debiendo, igualmente que en el supuesto anterior, procederse al archivo de las actuaciones.

Termina la autora el inicio de este capítulo, abordando tres cuestiones que en la práctica forense acaparan gran interés: el cuestionable carácter no necesario y exhaustivo de las diligencias de investigación fiscal, el riesgo de utilizar estas diligencias al servicio de una causa general y la utilidad que presentan éstas en la investigación de la acción civil derivada del delito.

Una vez concluye, la autora, el análisis de qué ha de entenderse por objeto de este tipo de diligencias y antes de adentrarse en el estudio de los elementos subjetivos que las tipifica, procede a describir su ámbito de aplicación.

La primera advertencia que se nos hace, es aquella que nos indica el carácter limitado que presenta el procedimiento preliminar fiscal, quedando excluidas de dicho ámbito: la investigación de hechos constitutivos de delitos privados, e incluso, aunque con más dudas, aquellos hechos que pudieran ser constitutivos de delitos semipúblicos, y sin olvidar que la investigación de los delitos de carácter público, si bien no deben ser considerados excluidos, en la práctica también lo son como consecuencia de la especial tramitación procedimental diseñada en determinados casos (v.gr. procesos rápidos, procedimiento de faltas).

Semejante limitación, también resulta aplicable si nos referimos al ámbito de actuación subjetiva que las diligencias de investigación fiscal presentan, explicándonos la autora la situación en la que quedan menores, aforados y personas jurídicas respecto al desarrollo de este tipo de diligencias, debiendo entender excluidas de su ámbito de acción los primeros, pero no así ni los terceros, ni los sujetos aforados.

Finaliza este segundo capítulo con una detallada descripción de los diferentes actores que forman parte de este procedimiento preliminar fiscal.

Y no nos sorprende que se inicie este análisis por la figura del propio Ministerio Fiscal, sin duda protagonista del desarrollo en estas diligencias, siendo él quien decide su apertura, cierre y contenido. Tras ayudar, la autora, al lector ofreciéndole una descripción genérica de la compleja estructura funcional del Ministerio Público, pasa a informarnos de cómo puede identificarse al concreto fiscal encargado de llevar a cabo unas específicas diligencias de investigación preliminar.

Para descifrar esta incógnita tenemos a nuestra disposición una norma general que nos será de utilidad para fijar el fiscal objetivamente competente, "la competencia para realizar la investigación viene dada al Fiscal por la competencia de los órganos jurisdiccionales ante los que está legitimado para actuar, respecto al conocimiento del hecho objeto de aquélla". Siendo ésta la norma general deberemos determinar, antes de precisar el fiscal competente, cuál es el órgano judicial apto, objetivamente, para resolver la cuestión objeto del proceso. Para llevar a cabo dicha determinación haremos uso de las correspondientes normas de competencia *rationae personae*, *rationae materiae* y gravedad de la infracción, aunque nos advierte la autora del numeroso elenco de especialidades que debemos tener presente a la hora de aplicar estos criterios.

Tras precisar el fiscal objetivamente competente, fijaremos el ámbito territorial de éste, viniendo determinado (a salvo de las especialidades que presentan las investigaciones de supuestos complejos –v.gr. hechos delictivos cometidos en varios ámbitos, delitos conexos, etc.–), por el lugar de comisión del hecho delictivo y, de no tener constancia de éste, por el lugar donde se hayan descubierto las pruebas materiales del delito, donde se haya detenido al sospechoso, donde resida este último o, finalmente, donde se encuentre la sede de la Fiscalía que tenga primera noticia del delito (arts. 14 y 15 LECrim).

Terminará, esta inicial tarea, con la aplicación de las normas de reparto correspondientes, resolviéndose cualquier discrepancia mediante el método previsto para idéntica función en el ámbito de los órganos jurisdiccionales, esto es, resolverá el superior jerárquico común.

En definitiva, en la determinación del Fiscal competente para investigar serán de aplicación, también, los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, sin que sea viable en este ámbito la aplicación del principio del juez ordinario predeterminado por la ley.

Concluye la autora afirmando que, al final, más que estar ligada la determinación del fiscal competente a la, previa, fijación del órgano judicial competente para conocer de determinados asuntos, lo está a la concreta materia sobre la que versen esos asuntos que han de ser objeto de investigación.

La mano derecha del Ministerio Público, al momento de llevar a cabo estas diligencias preliminares, está representada por la Policía Judicial (Policía Judicial Genérica, Cuerpo Nacional de Policía, Guardia Civil, Cuerpos de Policía autonómicos, otros organismos específicos a los que se les otorgue estas funciones –agentes forestales, aduaneros, etc.), debiendo llevar a cabo todas aquellas labores que aquél les asigne, y sin olvidar la importante colaboración que prestan a la Fiscalía en el desarrollo de su labor otros muchos organismos, públicos y privados (AEAT, TGSS, Registros públicos, CECA, AEB, etc.).

Por último, se nos ofrecen una serie de notas caracterizadoras del sujeto pasivo de estas diligencias, sospechoso, quien aparece como persona frente a la que se dirigen éstas, por su posible participación en los hechos investigados. La autora informa al lector de cuál es su status procedimental, indicando el conjunto de garantías que le amparan (arts. 520 y 773 LECrim), haciendo una velada crítica de la forma en la que se configuran éstas, forma que termina por hacer poco eficaz alguna de dichas garantías.

Para adquirir la cualidad de sospechoso, será necesario cumplir con una serie de requisitos que la autora nos relata con cierto interés: capacidad para ser parte –v. gr. personas jurídicas–, capacidad procesal –v. gr. incapaces–.

Finaliza este capítulo subrayando la autora que en el procedimiento de investigación preliminar llevado a cabo por el Fiscal, no tienen cabida aquellos que, en un futuro podrán ejercitar bien la acusación particular, ya la popular, ni tampoco aquellos sujetos, distintos al sospechoso, que puedan verse alcanzados por la actividad de investigación.

Se reservan los tres capítulos siguientes al análisis del iter que presenta la realización de estas diligencias de investigación fiscal.

Comenzarán desde el momento en que se tenga “conocimiento de un hecho o conjunto de hechos, concretos y de fisonomía delictiva” (notitia criminis), constituyendo esta circunstancia, elemento sin el que no podrá dar inicio el proceso penal y cuanto más la investigación criminal.

Tras describir los elementos constitutivos de la notitia criminis, y las diversas formas en las que el Ministerio Público puede llegar a tener conocimiento de ella (directamente – v.gr. conocimiento personal, rumor generalizado–, o a través de terceros –atestado policial; denuncia de particulares, Administración Pública, anónima), se nos informa cómo el Ministerio Público estará en condiciones de dictar el correspondiente Decreto de apertura de las diligencias de investigación, o bien, ordenar la transmisión de la denuncia correspondiente a la autoridad judicial o, simplemente, dictar Decreto de conclusión.

De optar el Fiscal por la primera opción, empezará a contar el plazo, dentro del cual, deberán practicarse aquellas diligencias “que se estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo”, pudiéndose extender éstas desde la práctica de meras diligencias de investigación a determinadas medidas cautelares.

Inmediatamente antes de proceder la autora a describirnos el compendio de diversas actuaciones que puede llevar a cabo el Fiscal en este período preprocesal, se nos indican aquellos elementos que pueden ser considerados como denominador común de todas ellas: ausencia de eventuales acusadores o actores del proceso penal; publicidad externa e interna; limitación temporal.

Tras advertirnos, la obra, que le estará vedado al Fiscal acordar tanto medidas cautelares, como diligencias de investigación que resulten restrictivas de derechos fundamentales, se procede a realizar un listado de actuaciones que puede llevar a cabo el Ministerio Público, siempre respetando aquellos límites que la Ley impone al propio órgano judicial, en los casos en que sea éste quien las verifique en el proceso.

La autora nos advierte de que en las páginas dedicadas a esta labor, se centrará en el análisis de aquellas actuaciones que resultan más frecuentes o que presenten problemas de especial relevancia.

Se procede, en primer lugar, a describir aquellas diligencias que pueden acordarse en el procedimiento preliminar fiscal: declaración del investigado; declaración de testigos; informes periciales; determinadas diligencias limitativas del derecho a la intimidad y protección de datos (intervención de agendas o dietarios, vigilancia y obtención de grabaciones videográficas; investigaciones patrimoniales; acceso a información de los registros oficiales); entregas vigiladas; utilización del agente encubierto. Describiéndose, inmediatamente después, aquellas diligencias cuya práctica está vedada al Fiscal: diligencias de entrada y registro, siempre que no exista consentimiento del titular del domicilio, nos encontremos ante un delito flagrante o, finalmente, estemos ante la detención de personas integrantes o relacionadas con bandas armadas; intervención de las comunicaciones o determinados datos de tráfico de las comunicaciones.

Dentro del conjunto de actividades que puede llevar a cabo el Fiscal en el marco del procedimiento preliminar, también son de destacar la posible adopción de medidas cautelares, en concreto la detención preventiva y la intervención de los efectos del delito.

Ya en los capítulos V y VI se aborda el, quizás más complejo, tema de la forma de terminación de este conjunto de diligencias y, sobre todo, la eficacia que las mismas entrañan en el seno del proceso penal.

En relación con el primero de los temas anunciados, tras advertir la no inclusión en este apartado determinadas figuras (remisión a la autoridad judicial de las denuncias presentadas ante el Ministerio Fiscal), se nos presenta un claro esquema de las diversas formas en las que pueden concluir las diligencias de investigación fiscal, ante tanta claridad nos es imposible evadirnos de la tarea de reseñarlo.

Existen dos modalidades de terminación:

a) Anormal: esta fase preliminar puede concluir:

* Tras explicarnos la autora, de forma magistral, lo complicado que resulta desentrañar el sentido de la normativa que regula el archivo de las actuaciones por parte el Ministerio Fiscal, finaliza ofreciéndonos una solución a modo conclusivo: ante la certeza de la existencia de un hecho delictivo, el fiscal debe poner fin a su actuación y remitir las actuaciones a la autoridad judicial, para que ésta incoe el correspondiente proceso. En caso contrario, cabrá el correspondiente archivo de las actuaciones.

De optar por esta última vía, el Ministerio deberá dictar un Decreto que será motivado, pero que no es susceptible de recurso alguno.

* También concluirá la investigación preliminar iniciada por el Ministerio Público, de forma anormal, en aquellos supuestos en los que se tenga conocimiento de la existencia de un proceso judicial sobre los mismos hechos.

En este punto, la autora nos advierte de la complejidad que presenta desvelar el sentido que nos brinda la normativa reguladora de esta materia, más si cabe, tras sufrir ésta la interpretación de la Fiscalía General del Estado.

El Ministerio Fiscal deberá cesar en sus diligencias en aquel momento en que tenga conocimiento de la existencia de un auto de incoación de un sumario o de unas diligencias previas, como consecuencia de los mismos hechos que él investiga.

Este cese de actuaciones, como en el caso del archivo, se acuerda mediante Decreto que, igual al caso precedente, habrá de estar motivado y no será recurrible.

b) Normal: comprobada, en el curso de las diligencias preliminares de investigación, la probable existencia de los hechos que dieron lugar al inicio de las misma, y resultando viable el ejercicio de la acción penal, el Fiscal formulará denuncia o querrela ante el Juez de Instrucción, remitiendo todas las actuaciones practicadas.

Las causas de judicialización pueden ser diversas: por imperativo legal; por entenderse el Ministerio Público suficientemente informado para ejercitar la acción penal; por considerarlo apropiado el propio Fiscal, de forma discrecional.

Como el resto de formas en las que puede concluir estas diligencias, deberá emitir el correspondiente fiscal un Decreto que deberá estar correctamente motivado y será no recurrible. Junto al mencionado Decreto, el fiscal deberá remitir al Juez las diligencias a las que pone fin, así como un escrito de denuncia o querrela solicitando la apertura del proceso penal. Querrela “cuando las diligencias practicadas a su instancia revelen datos suficientes para su formulación”, denuncia de acontecer lo contrario.

Pone fin, la autora, a este capítulo, informándonos de, quizás, lo que más relevancia puede tener en la práctica forense, y que no es otra cosa que el valor probatorio que pueden alcanzar estas diligencias de investigación realizadas por el Ministerio Fiscal, en fase preliminar.

Históricamente, la eficacia probatoria atribuible a las diligencias fiscales ha sido muy limitada. Con el paso del tiempo, nos encontramos ante una situación en la que la jurisprudencia sigue negando valor probatorio a estas diligencias, mientras que la Fiscalía General del Estado y un importante sector de la doctrina científica, aboga por equiparar el valor probatorio de estas diligencias, al otorgado al atestado policial o a los informes emitidos por gabinetes policiales, pudiendo “alcanzar la consideración de prueba e incorporarse al proceso para su debate en condiciones efectivas de inmediación, oralidad y contradicción”.

Finaliza la obra perfilando el tratamiento jurídico del que son merecedoras las diligencias de investigación fiscal. Esta labor no presenta mucha complejidad, ni requiere una excesiva extensión, básicamente por el silencio del legislador, Fiscalía, jurisprudencia y doctrina científica. Pudiendo afirmarse que esta categoría de actos no son susceptibles de ser recurridos ante los órganos del orden jurisdiccional penal, aun existiendo diversos mecanismos de carácter indirecto que pueden, de alguna forma, suplir esta carencia y que la autora describe: control mediante el propio proceso penal, procedimientos especiales penales, control administrativo.

Después de concluir esta agradable, debo confesar, labor de lectura me veo en la necesidad de aplaudir la obra presentada por la profesora Aguilera, que nos vuelve a sorprender con un análisis de una institución que, en estos tiempos, se ve sometida a importantes presiones de toda índole, presiones que pueden concluir con una histórica transformación de nuestro esquema procesal penal.

Hemos de agradecer a la autora que aunando una magistral técnica procesal con un más que agradable estilo literario, nos brinde un profundo análisis de una serie de actuaciones que, con independencia de cuál sea el futuro que le espere a la figura del Ministerio Público en el ámbito del proceso penal, seguirán teniendo, como mínimo, la relevancia que hoy atesoran, pero que con gran probabilidad, podrán alcanzar una importancia estelar, en mayor o menor grado, en el cercano horizonte ritual penal que nos espera.

