

## DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

---

### **Circular 4/2013, de 30 de diciembre, sobre las Diligencias de Investigación.**

Referencia: FIS-C-2013-00004

---

#### **ÍNDICE**

I.- Introducción I.-1 Doctrina de la Fiscalía General del Estado I.-2 Régimen jurídico y denominación de las diligencias I.-3 Principios generales II.- Recepción de la notitia criminis III.- Práctica de diligencias III.-1 Toma de declaración del investigado III.-2 Otras diligencias III.-2.1 Ruedas y reconocimientos fotográficos III.-2.2 Declaraciones testificales III.-2.3 Inspecciones oculares III.-2.4 Diligencias limitativas del derecho a la intimidad III.-2.5 Exhumación de cadáveres III.-2.6 Investigaciones patrimoniales III.-2.7 Entregas vigiladas III.-2.8 Autorización de la técnica del agente encubierto III.-2.9 Acceso a la información de los registros oficiales III.-3 Diligencias cuya práctica está vedada al Fiscal III.-3.1 Entradas y registros III.-3.2 Comunicaciones telefónicas IV.-Posibilidad de declaración del secreto de las actuaciones V.-Adopción de medidas cautelares VI.-Diligencias a instancias del investigado VII.-Principio de proporcionalidad: plazo máximo y prórrogas VIII.-Conclusión de las diligencias VIII.-1 Principios generales VIII.-2 Conclusión tras la práctica de diligencias VIII.-2.1 Archivo VIII.-2.2 Formulación de denuncia o presentación de querrela VIII.-3 Remisión de testimonio a autoridades administrativas IX.-Recursos IX.-1 Recursos contra resoluciones del Juzgado de Instrucción IX.-2 Recursos contra resoluciones del Fiscal X.-Valor de las diligencias practicadas por el Fiscal XI.-Personación de perjudicados y ofendidos XII.-Cuestiones sobre competencia XII.-1 Cuestiones generales XII.-2 Competencia de los Fiscales Superiores XIII.-Aforados XIV.-Diligencias de investigación y tutela de víctimas XV.-Auxilios Fiscales XVI.-Aspectos Accesorios XVII.-Tratamiento de las solicitudes de copia de las actuaciones XVIII.-Diligencias de investigación y relaciones con los medios de comunicación XIX.-Diligencias de investigación y cooperación jurídica internacional XX.-Diligencias preprocesales en ámbitos no penales XXI.-Conclusiones.

#### **I.- Introducción**

##### **I.-1 Doctrina de la Fiscalía General del Estado**

Las diligencias de investigación del Fiscal han sido reguladas tanto en el EOMF como en la LECrim. Pese a esta duplicidad normativa, el marco legal es parco e insuficiente para abarcar los numerosos problemas que con frecuencia la *praxis* pone de relieve.

La importancia de estas diligencias y su limitada regulación legal ha motivado numerosos pronunciamientos de la Fiscalía General del Estado, entre los que podemos destacar 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 Instrucción 9/2005 en materia de incendios forestales; la Instrucción 11/2005 *sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el art. 124 de la CE* y las demás Instrucciones, derivadas de la anterior, reguladoras de las especialidades; 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 julio, *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* y la Instrucción 1/2008, de 7 de marzo, *sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial*.

Debe también citarse la Consulta 1/2005, de 31 de marzo *sobre competencia de las Fiscalías para tramitar diligencias de investigación que afecten a personas aforadas*.

Últimamente debe destacarse la Circular 2/2012, de 26 de diciembre, *sobre unificación de criterios en los procedimientos por sustracción de menores recién nacidos* y la Instrucción 2/2013, de 5 de agosto, *sobre algunas cuestiones relativas a asociaciones promotoras del consumo de cannabis*.

Fue la Circular 1/1989, de 8 de marzo *sobre el procedimiento abreviado, introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre* la que con mayor afán de generalidad y exhaustividad abordó las cuestiones relativas a esta investigación preprocesal.

Pese a la profusa doctrina de la Fiscalía General del Estado, cierto es que en el momento presente puede seguir considerándose vigente la afirmación contenida en la Circular 1/1989 en el sentido de que esa facultad de investigación que se concede al Fiscal carece en la práctica de las condiciones necesarias para ser ejercida con toda efectividad y hasta sus últimas consecuencias. Debe también partirse de la afirmación contenida en la Consulta 2/1995 en el sentido de que *la investigación del fiscal en nuestro actual sistema procesal no se concibe como una alternativa a la instrucción judicial, sino como una posibilidad previa a la misma que no la sustituye aunque pueda simplificarla o allanarla*.

Pero en todo caso ha de abandonarse esa visión de pesimismo y recelo que –en ocasiones– ha lastrado el agotamiento por el Fiscal de las posibilidades de las diligencias de investigación. En definitiva, la regulación de este procedimiento no es sino la plasmación de la voluntad del Legislador de dotar al Fiscal como promotor de la acción de la Justicia de más vías procedimentales en aras a facilitar su labor de defensa de la sociedad, de los derechos de los ciudadanos y de promoción de la Justicia.

Por lo demás, las últimas reformas orgánicas apuntan a una potenciación de esta investigación autónoma del Fiscal en general (vid. reformas operadas en el EOMF por Leyes 14/2003, de 26 de mayo y 24/2007, de 9 de octubre) como en relación con las Fiscalías Antidroga y contra la corrupción, y de una forma decidida y rotunda en el ámbito procesal penal de menores (Leyes Orgánicas 4/1992, de 5 de junio, sobre Reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores y 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores).

Pese a la anunciada asignación de la investigación al Fiscal, plasmada tanto en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de julio de 2011 como en la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013, hasta tanto no se apruebe el nuevo modelo, deben abordarse los problemas que plantea el sistema actualmente vigente, en el bien entendido que la doctrina contenida en la Circular 1/1989 ha de considerarse vigente en lo no expresamente afectado por la presente.

## **I.-2 Régimen jurídico y denominación de las diligencias**

Además del art. 5 EOMF, en su redacción dada por Ley 24/2007, de 9 de octubre, regula también la materia la LECrim en su art. 773.2, en la numeración dada por la ley 38/2002, de 24 de octubre.

Aunque este precepto de la LECrim se contiene dentro del Título II dedicado al procedimiento abreviado, debe entenderse que sus disposiciones son aplicables a la investigación por el Fiscal de cualquier delito, al apreciarse *eadem ratio decidendi*.

De hecho, aunque el procedimiento pre-procesal regulado en el art. 773.2 LECrim es una transposición de la regulación contenida en el anterior art. 785 bis LECrim, la reforma operada

en 2002 sustituyó como mejora técnica (asumiéndose en el trámite parlamentario la enmienda núm. 53 del grupo Vasco) la referencia a instar del juez de instrucción *la incoación de diligencias previas*, por la de instar del juez de instrucción *la incoación del procedimiento que corresponda*, con lo que claramente se está atribuyendo a estas diligencias una dimensión omnicompreensiva, sirviendo de cauce para la investigación de cualesquiera delitos.

Parece conveniente unificar la denominación de estas diligencias, pues en la práctica han sido intituladas de forma diversa con los perturbadores efectos inherentes a tal dispersión. A tales efectos habrá de emplearse la denominación de diligencias de investigación siempre que se abran para investigar si un hecho tiene relevancia penal. Tal denominación tiene el valor añadido de distinguir estas actuaciones previas de la fase propiamente instructora, hasta el presente encomendada en exclusiva a los Jueces de Instrucción, Centrales de Instrucción y de Violencia de Género. Al mismo tiempo esta denominación permite distinguir estas diligencias de otras, que practicadas por el Fiscal *extra processum*, no tienen carácter penal.

Cuando se reciba noticia de la comisión de hechos que pudieran tener relevancia penal, sea cual fuere la vía a través de la cual la *notitia criminis* llegue al Fiscal, habrán de incoarse diligencias de investigación, y acomodarse a sus requisitos y exigencias. No deberán los Sres. Fiscales en estos casos incoar diligencias preprocesales.

Debe recordarse que el Fiscal como autoridad judicial en el ámbito internacional ejecuta comisiones rogatorias y otras diligencias de auxilio que son de naturaleza penal pero no se consideran diligencias de investigación conforme a lo dispuesto en la Instrucción 2/2003, de 11 de julio *sobre actuación y organización de las Fiscalías en materia de cooperación jurídica internacional*. Estos expedientes de cooperación internacional tienen, desde 2012, un registro separado y automatizado (CRIS).

La Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, *Procesal Militar* (LOPM) dispone en el párrafo primero del art. 123 que *cuando la Fiscalía Jurídico-Militar tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, que fuere competencia de la Jurisdicción militar, cuya noticia reciba directamente o por serle presentada una denuncia o atestado, practicará ella misma 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 Togado. En otro caso instará del Juez Togado la incoación del correspondiente procedimiento con remisión de lo actuado, poniendo a su disposición al detenido, si lo hubiere, y los efectos del delito.*

En el párrafo segundo de este mismo precepto se establece que *la Fiscalía Jurídico-Militar, en el ámbito de su jurisdicción, podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en esta 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 Togado o Tribunal Militar. Cesará el Fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos.*

En tanto el régimen previsto en este art. 123 LOPM es similar al de los arts. 5 EOMF y 773.2 LECrim, deberán entenderse aplicables en el ámbito de la jurisdicción militar, *mutatis mutandis*, las disposiciones de la presente Circular.

### I.-3 Principios generales

Debe en primer lugar partirse de que la regulación de las diligencias de investigación contenida en la LECrim y en el EOMF se complementan, por lo que habrá de entenderse que el art. 773.2 LECrim se integra con el art. 5 EOMF en los puntos que éste no regula y aquél contempla, y viceversa. Es necesaria una interpretación sistemática que armonice ambos preceptos y les dote de unidad y coherencia.

Los ejes que deben constituir la referencia de los Sres. Fiscales en sus diligencias de investigación son el principio de legalidad y el de imparcialidad, de modo que al mismo le es plenamente aplicable lo dispuesto en el art. 2 LECrim conforme al que *todas las Autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal cuidarán, dentro de los límites de su*

*respectiva competencia, de consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo; y estarán obligados, a falta de disposición expresa, a instruir a éste de sus derechos y de los recursos que pueda ejercitar, mientras no se hallare asistido de defensor y, en especial, lo dispuesto en el art. 773.1 que encomienda al Fiscal velar por el respeto de las garantías procesales del imputado. Deberán los Sres. Fiscales en su función investigadora, recordar la máxima de que no todo es lícito en el descubrimiento de la verdad (AATS de 18 de junio de 1992 y de 11 de abril de 2011).*

Por otro lado, como ya se mantuvo en la Circular 1/1989 y en las Instrucciones 2/2000 y 3/2004, las diligencias de investigación del Fiscal no precisan del aval del Secretario Judicial que dé fe de ellas porque no han de hacer prueba. La no asistencia de Secretario refuerza la obligación de que el Fiscal esté presente en la práctica de las diligencias que acuerde.

A la vista de la presunción de autenticidad que la Ley y la doctrina constitucional predicán de las diligencias del Ministerio Público, los Sres. Fiscales habrán de emplear el máximo rigor para que las actas de declaración prestadas en la fase de investigación tanto por sospechosos como por testigos sean fiel y exacto trasunto de lo acontecido.

Debe recordarse que las diligencias de investigación del Fiscal no interrumpen la prescripción, como ya ha tenido ocasión de declarar el TS (vid. STS nº 867/2002, de 29 de julio). Tras la reforma operada por LO 5/2010 en la regulación de la prescripción, cualquier atisbo de duda ha quedado despejado. En este sentido se pronuncia igualmente la Circular 2/2012.

Por ello, al analizar la *notitia criminis*, una de las cuestiones que han de tenerse muy en cuenta es la del transcurso del tiempo a los efectos del cómputo de los plazos de prescripción, valorando no solo el tiempo transcurrido hasta el momento de la incoación de las diligencias de investigación, sino el que razonablemente pueda preverse que deba invertirse en la investigación. A tales efectos habrá de seguirse lo ya postulado por la Instrucción 5/2005, de 15 de junio, *sobre interrupción de la prescripción* que estableció que *los Sres. Fiscales cuidarán de presentar las denuncias y querellas con antelación suficiente para permitir que la resolución judicial sobre su admisión recaiga antes del cumplimiento del plazo de prescripción.*

## **II.- Recepción de la *notitia criminis***

De la lectura combinada de los arts. 773.2 LECrim y 5 EOMF puede colegirse que la incoación de diligencias puede producirse por denuncia, tanto de particulares como de organismos o instituciones públicas, por remisión de atestado o por directo conocimiento del Fiscal.

En este punto deben tenerse en consideración las observaciones que se realizaron en la Instrucción 3/1993, de 16 de marzo en relación con el tratamiento de las denuncias anónimas. Recordemos que tal Instrucción concluía con que la ponderación de la conveniencia de iniciar una fase de investigación preparatoria con origen en una denuncia anónima transmisora de una noticia delictiva, habrá de calibrar, fundamentalmente, el alcance del hecho denunciado, su intensidad ofensiva para un determinado bien jurídico, la proporcionalidad y conveniencia de una investigación por hechos cuyo relator prefiere no identificarse y, en fin, la legitimidad con la que se pretenden respaldar las imputaciones delictivas innominadas.

El Tribunal Supremo ha asumido la doctrina de la Fiscalía General. Para la STS 1335/2001, de 19 de julio "la cualidad de anónima de una denuncia no impide automática y radicalmente la investigación de los hechos de que en ella se da cuenta, por más que la denuncia anónima... deba ser contemplada con recelo y desconfianza. Sin embargo, al no proscribirla expresamente la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no puede decretarse "a limine" su rechazo por principio, máxime teniendo en cuenta la multitud de hechos delictivos de que las Autoridades policiales y judiciales son informadas de esta forma por quienes a causa de un temor razonable de represalias en ocasiones notoriamente feroces y crueles, prefieren preservar su identidad, de lo cual la experiencia cotidiana nos ofrece abundantes muestras. En tales casos, el Juez debe actuar con gran prudencia, y no puede ni debe actuar con ligereza en la admisión o en el rechazo de la denuncia anónima. Pero si ésta aparenta credibilidad y verosimilitud, debe inicialmente inquirir, con todos los medios a su alcance, en la comprobación, "prima facie", de la exactitud de su contenido, y si ello fuera afirmativo, puede proceder desde luego por sí mismo,

de oficio, si el delito fuere público, sin necesidad de la intervención del denunciante y sin ningún otro requisito.”.

Debe no obstante tenerse presente que, como puede extraerse de la STC nº 184/2003 de 23 de octubre y de la STS nº 416/2005, de 31 de marzo la existencia de una denuncia anónima no puede considerarse, en principio, suficiente para restringir un derecho fundamental, pues un anónimo *no es por sí mismo fuente de conocimiento de los hechos que relata, sino que en virtud de su propio carácter anónimo, ha de ser objeto de una mínima investigación por la Policía a los efectos de corroborar, al menos en algún aspecto significativo, la existencia de hechos delictivos y la implicación de las personas a las que el mismo se atribuye su comisión*. En el mismo sentido, la STS nº 27/2004, de 13 de enero declara que *la desnuda confidencia anónima como único indicio no puede justificar la petición ni menos la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales*.

La frecuente y censurable práctica ante determinados hechos generadores de debates sociales de autoinculpaciones en masa debe ser objeto de un tratamiento expeditivo para evitar que las mismas alcancen la finalidad que precisamente persiguen de colapsar o perturbar la acción de la justicia, de modo que cuando claramente pueda aprehenderse la inexistencia de elementos indiciarios de delito podrá procederse al archivo de plano de las mismas.

Aunque las denuncias deben en principio cumplimentar los requisitos previstos en la LECrim para ser tenidas como tales, el incumplimiento de alguno de ellos no ha de llevar a su inadmisión, si se están poniendo de manifiesto hechos constitutivos de delito perseguibles de oficio con visos de verosimilitud. Como tales deben entenderse comprendidos los supuestos de denuncias remitidas por correo ordinario, fax o correo electrónico. Como criterio general la ratificación posterior del denunciante, aprovechada para su toma de declaración y en su caso, ofrecimiento de acciones, puede ser el mecanismo para suplir deficiencias.

La iniciación por puesta en conocimiento de otras autoridades u organismos públicos es cada vez más frecuente. La difusión de esta práctica tiene perfecto acomodo legal en el art. 262 LECrim, conforme al que *los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal...* Su utilización pone de relieve por lo demás, un progresivo incremento en la confianza que se deposita en las potencialidades de nuestra Institución.

La primera actuación a realizar ante la recepción de la *notitia criminis* habrá de ser la de incoar las diligencias mediante un decreto de apertura del Fiscal Jefe especificando los hechos a investigar, aunque puedan emplearse fórmulas genéricas cuando los mismos no estén perfilados y, si existen datos, la identidad de la persona investigada. También deberá contener su provisional calificación jurídica, designando un Fiscal investigador, resolviendo sobre las diligencias iniciales que hayan de practicarse para el esclarecimiento del delito y acordando la anotación en el Libro registro correspondiente.

El Fiscal investigador habrá de practicar las diligencias procedentes para adoptar una resolución, debiendo elevar al Fiscal Jefe un informe-propuesta una vez concluidas las actuaciones, sin perjuicio de las delegaciones generales que pudieran realizarse en cada Fiscalía en favor de los Fiscales Decanos o Delegados para resolver las diligencias de investigación.

En este punto deben hacerse dos observaciones: sin perjuicio de las facultades autoorganizativas de cada Fiscalía, el reparto debe realizarse conforme a un turno preestablecido. Evidentemente, cuando la *notitia criminis* se refiera a hechos cuyo conocimiento está atribuido a una específica Sección de la Fiscalía, a uno de sus integrantes habrá de designarse como instructor. El turno de reparto también podrá quedar modulado por la asignación interna que se haya acordado en relación con determinado tipo de asuntos por razones de coordinación o especialización.

Ello no empaña la plena vigencia del principio de unidad de actuación que genera la fungibilidad de los miembros del Ministerio Fiscal y por tanto, la carencia de efectos *ad extra* de un eventual cambio en la dirección de una investigación. Debe desde luego afirmarse la improcedencia de trasladar el principio del Juez predeterminado por la Ley a la hora de fijar el concreto Fiscal que dentro de la Fiscalía competente debe hacerse cargo de las

investigaciones. En efecto, la STS nº 128/1997, de 5 de febrero declara que *la hermenéutica del motivo olvida el principio de unidad de actuación y dependencia jerárquica que proclama el art. 2.1 del Estatuto..., así como lo recogido en el art. 22,1 de dicha normativa relativo a que el Ministerio Fiscal es único para todo el Estado y por ello resulta incomprensible el planteamiento de la recurrente de referirse a la competencia de sus representantes o pretende con tal absurdo planteamiento la ilicitud probatoria y la vulneración de la presunción de inocencia. La propia Circular 1/1989 ya subrayaba que el cambio de un funcionario Fiscal como director de una investigación no afecta a la validez de los actos realizados.*

Todo lo expuesto debe entenderse dejando a salvo la aplicabilidad de los mecanismos estatutarios relativos al apartamiento de un Fiscal concreto respecto de un específico asunto a él en principio encomendado. Debe por ello recordarse aquí que conforme al art. 23 EOMF *en cualquier momento de la actividad que un Fiscal esté realizando en cumplimiento de sus funciones o antes de iniciar la que le estuviere asignada en virtud del sistema de distribución de asuntos entre los miembros de la Fiscalía, podrá su superior jerárquico inmediato, mediante resolución motivada, avocar para sí el asunto o designar a otro Fiscal para que lo despache. Si existe discrepancia resolverá el superior jerárquico común a ambos. La sustitución será comunicada en todo caso al Consejo Fiscal, que podrá expresar su parecer.*

También deben en este punto tenerse presentes las facultades estatutariamente conferidas al Fiscal General del Estado (art. 26 EOMF) para designar un Fiscal concreto para una determinada investigación.

En segundo lugar, todas las diligencias de investigación de naturaleza penal que se incoen deberán seguir una numeración correlativa, con el fin de lograr una mayor eficacia en el archivo y localización de las mismas. Esta regla no debe excepcionarse por el hecho de que la *notitia criminis* se refiera a hechos competencia de alguna Sección especializada.

Tanto el acuerdo de apertura como los demás acuerdos que se adopten en el curso de la investigación, incluido el de conclusión, habrán de adoptar la forma de decreto, conforme a las pautas recogidas en la Instrucción 1/2005, de 27 de enero, *sobre la forma de los actos del Ministerio Fiscal*. Recordemos que en relación con la exigencia de motivación refería que *la mayor o menor extensión, exhaustividad o detalle dependerá lógicamente de la entidad de la materia sobre la que verse... En todo caso habrá de ser acorde con los parámetros de la suficiencia y la razonabilidad, huyendo del uso de fórmulas estereotipadas.*

Debe por último tenerse presente que no podrán ser objeto de investigación a través de diligencias de investigación los delitos privados (calumnia e injuria a particulares), al ser sólo perseguibles mediante querrela del ofendido (arts. 104 LECrim. y 215 CP), al ser por esencia destinatario de la querrela exclusivamente la autoridad jurisdiccional y teniendo en cuenta que el Fiscal no es parte en estos procedimientos (vid. Consulta 7/1997, de 15 de julio, *sobre legitimación del Ministerio Fiscal en procesos penales por los delitos de calumnias e injurias*).

La investigación preprocesal del Fiscal es posible en todos los demás delitos.

Cuando la *notitia criminis* se refiera a delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, las diligencias de investigación serán también el cauce adecuado para ponderar los legítimos intereses en presencia y decidir si procede presentar denuncia o querrela, conforme a las previsiones del art. 191.1 CP. Este mismo criterio será aplicable en relación con los demás delitos semipúblicos en los que se legitima al Fiscal para presentar denuncia.

Debe hacerse hincapié en que las diligencias de investigación deben tramitarse conforme al principio de impulso de oficio, por lo que los Sres. Fiscales deberán activar los mecanismos necesarios para evitar la paralización de las mismas, controlando periódicamente el estado de éstas y comprobando si han sido practicadas o no las diligencias acordadas.

Las diligencias de investigación deben tener por objeto unos hechos determinados. Si durante la investigación se pone de relieve la posibilidad de comisión de hechos distintos a los inicialmente investigados, procederá acodar la incoación de nuevas diligencias de investigación, salvo cuando se trate de hechos conexos que puedan ser abarcados por las diligencias iniciales sin merma de los principios de celeridad y eficacia.

Si en unas diligencias de investigación se acuerda un desglose y la incoación de unas nuevas diligencias, a éstas habrá de dárseles el número de registro que corresponda, para seguidamente dictar el decreto de incoación. Los plazos máximos de las diligencias originarias -inicial o prorrogados- no serán aplicables a las nuevas diligencias cuando se trate de comenzar una investigación por un delito cuya *notitia* ha aparecido *ex novo*.

Debe en todo caso partirse de que quedan prohibidas las investigaciones generales sobre la conducta o actividades de una persona y las investigaciones prospectivas. No deben iniciarse unas diligencias de investigación sino en virtud de la noticia de la comisión de un hecho concreto que revista los caracteres de infracción penal.

### III.- Práctica de diligencias

Con carácter general, y con las limitaciones que se dirán, pueden los Sres. Fiscales practicar u ordenar la práctica de cuantas diligencias sean pertinentes para la averiguación de los hechos. Ya la Circular 1/1989 manifestaba que del contenido de la regulación legal "...dedúcese que el Fiscal puede acordar cualquier clase de diligencia documental, personal, pericial o real que estime útil a los fines de la investigación...".

#### III.-1 Toma de declaración del investigado

El Fiscal deberá informar al investigado de sus derechos, conforme al art. 520 LECrim, aplicable por analogía.

El art. 5 EOMF dispone que en la toma de declaración del sospechoso éste habrá de estar asistido de Letrado. El art. 767 LECrim establece que desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada será necesaria la asistencia letrada, especificando que además de la Policía Judicial y de la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal recabará "de inmediato del Colegio de Abogados la designación de un abogado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado".

A tales efectos, en la citación al sospechoso deberá advertírsele de esta circunstancia, comunicándole que podrá estar asistido de Letrado de su elección y de que si no lo hace se le nombrará de oficio.

La Circular 1/1989, de 8 de marzo ya establecía que "los Colegios de Abogados remitirán una copia de la lista de colegiados ejercientes del turno de oficio al Fiscal, lista que los señores Fiscales deberán, en otro caso, reclamar".

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.

Una garantía básica que debe constituirse como presupuesto de la declaración y de inexcusable observancia debe ser la comunicación al investigado del motivo de su citación. El art. 520.2 LECrim dispone que toda persona detenida o presa será informada, de modo que le sea comprensible, y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan; y el 118, que la admisión de denuncia o querrela y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculpados.

Debe darse al investigado y a su Letrado la posibilidad de leer su declaración a efectos de que puedan solicitar la modificación de lo que entienda no ha sido correctamente transcrito. En caso de desacuerdo con el Fiscal, deberán consignarse en el acta de la declaración las eventuales protestas que efectúe el Letrado, así como la resolución que al efecto dicte el Fiscal. El acta será firmada por todos los intervinientes y se entregará una copia al declarante.

Tras la reforma operada en el EOMF por Ley 14/2003 de 26 mayo es en principio obligado tomar declaración al investigado asistido de Letrado y darle conocimiento de lo actuado. La filosofía que alienta la reforma es la que de no se puede investigar a espaldas del sujeto pasivo. Este reconocimiento ineludible debe, no obstante, ser objeto de matizaciones.

En efecto, de la regulación legal parece desprenderse que esta diligencia es de inexcusable práctica. Pero no debe olvidarse la filosofía que inspira al precepto y que debe inspirar su correcta interpretación: “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 nº 44/1985, 135/1989 y 273/1993) no porque constitucionalmente sea obligada una fase de investigación plenamente contradictoria” (ATC nº 94/2003, de 24 de marzo).

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 diligencia. Es claro que no siempre habrá de practicarse inmediatamente a que se abran unas diligencias de investigación. Con respeto al principio de proporcionalidad y de defensa procederá su posposición cuando por ejemplo, no existan todavía indicios de comisión del delito o los contornos de éste permanezcan difusos, o no se dispongan aún de elementos que incriminen al denunciado.

Cuando la práctica de la diligencia de toma de declaración del sospechoso pudiera frustrar la investigación, lo procedente será judicializar las actuaciones solicitando del Juzgado la declaración de secreto. No será admisible por tanto en estos casos continuar investigando de espaldas a un sospechoso claramente determinado.

La declaración acordada por el Fiscal puede ir seguida de otra u otras interesadas por el propio investigado, de conformidad con las previsiones del art. 400 LECrim, que debe entenderse subsidiariamente aplicable.

De la declaración prestada en Fiscalía debe entregarse copia al investigado, a petición del mismo.

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.

Debe recordarse el Oficio de la Inspección Fiscal de 7 de marzo de 2007, que invocando la Carta de Derechos de los ciudadanos ante la Justicia, el EOMF y el artículo 393 LECrim ordena que las actas de comparecencia y declaración en Fiscalía dejen constancia de su duración, reflejando la hora y minuto del inicio del acto y de conclusión. Si se demora su celebración, el Fiscal o un funcionario del Cuerpo de personal al servicio de la Administración de Justicia destinado en Fiscalía, ha de ofrecer respetuosa explicación de las razones del retraso.

### **III.-2 Otras diligencias**

Sin vocación de analizar exhaustivamente la materia deben analizarse algunos supuestos.

#### **III.-2.1 Ruedas y reconocimientos fotográficos**

En primer lugar puede afirmarse la posibilidad de que el Fiscal, en el curso de las diligencias de investigación, acuerde la práctica de una rueda de reconocimiento. El Reglamento de la LORPM, aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, en el apartado cuarto de su art. 2, expresamente autoriza al Fiscal para llevar a cabo esta diligencia en el ámbito de la jurisdicción de menores.

A fin de averiguar la identidad del sospechoso, el Fiscal también puede acordar la práctica de reconocimientos fotográficos, o la práctica de informes periciales de antropometría o lofoscopia.

#### **III.-2.2 Declaraciones testificales**

Tras la reforma operada en el EOMF por Ley 24/2007, de 9 de octubre se modificó el párrafo segundo del apartado 5 del art. 3 en el que se disponía que *las autoridades, funcionarios u*

*organismos requeridos por el Ministerio Fiscal en el ejercicio de las facultades que se enumeran en los párrafos precedentes deberán atender inexcusablemente el requerimiento dentro de los límites legales. En la nueva redacción se prevé esa misma obligación inexcusable para los particulares y no solo a efectos del art. 4 sino también a efectos de las diligencias de investigación. Se incorpora asimismo un inciso clarificador: igualmente, y con los mismos límites, deberán comparecer ante el Fiscal cuando éste lo disponga.*

Subrayando esta obligatoriedad de la comparecencia ante el Fiscal, el párrafo segundo del art. 773.2 LECrim dispone que 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.

Del mismo modo podrá el Fiscal acordar la práctica de careos, en los términos y con las limitaciones y garantías establecidas en los arts. 451 y ss LECrim.

Debe tenerse presente que la falta de veracidad en las manifestaciones vertidas por el testigo en el seno de las diligencias de investigación no es legalmente constitutiva del delito de falso testimonio, pues el art. 458 CP exige que se vierta en causa judicial.

### **III.-2.3 Inspecciones oculares**

Podrá igualmente el Fiscal practicar una diligencia de inspección ocular, haciendo constar su resultado en las actuaciones, conforme a los arts. 334 y 335 LECrim, realizar reportajes fotográficos o llevar a cabo diligencias de reconstrucción de los hechos.

### **III.-2.4 Diligencias limitativas del derecho a la intimidad**

Puede también el Fiscal adoptar determinadas medidas limitativas del derecho a la intimidad, como puedan ser la intervención de agendas o dietarios del imputado. La LO 1/1982, de 5 de mayo, *de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* dispone en su art. 8.1 a tales efectos que *no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley.* Puede, en definitiva afirmarse que no existe en nuestro ordenamiento exclusividad jurisdiccional para la adopción de medidas limitativas del derecho a la intimidad.

Debe también tenerse presente que aunque conforme al apartado primero del art. 11 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, *de Protección de Datos de Carácter Personal* “los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado”, de acuerdo con el apartado segundo letra d) del mismo precepto *el consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario...el Ministerio Fiscal...en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas.*

En este sentido, en la STS nº 986/2006, de 19 de junio se declara expresamente que “el art. 11.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, exime de la exigencia del previo consentimiento del interesado los casos en que la comunicación de datos tenga por destinatario al Ministerio Fiscal, en el ejercicio de las funciones que éste tiene atribuidas.”

También puede acordar el Fiscal diligencias que impliquen grabaciones videográficas de personas o cosas. En este sentido, la STS de 6 de mayo de 1993, rec 2339/1991 declara que en el desarrollo de las funciones de investigación *se pueden realizar labores de vigilancia u observación de lugares o personas que pudieran estar relacionadas con el hecho que es objeto de la investigación. Estas labores de vigilancia se pueden desarrollar en la vía pública concretándose en tareas de seguimiento o visualización de comportamientos y conductas de las personas consideradas como sospechosas. Para llevar a cabo estas funciones se pueden utilizar toda clase de medios que permitan constatar la realidad sospechada y que sean aptos para perfilar o construir un material probatorio que después pueda ser utilizado para concretar una denuncia ante la autoridad judicial...no están descartados los sistemas mecánicos de grabación de imágenes y su utilización debe realizarse dentro de los márgenes marcados por el respeto a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio.. No existe obstáculo para que las*

*labores de investigación se extiendan a la captación de la imagen de las personas sospechosas de manera velada y subrepticia en los momentos en que se supone fundadamente que está cometiendo un hecho delictivo. Estas posibilidades tienen un límite, establecido en la misma sentencia: la captación de imágenes se encuentra autorizada por la ley en el curso de una investigación criminal siempre que se limiten a la grabación de lo que ocurre en espacios públicos fuera del recinto inviolable del domicilio donde tiene lugar el ejercicio de la intimidad. Por ello, cuando el emplazamiento de aparatos de filmación o de escucha invada el espacio restringido reservado para la intimidad de las personas sólo puede ser acordado en virtud de mandamiento judicial que constituye un instrumento habilitante para la intromisión en un derecho fundamental.*

Podrán acordarse igualmente vigilancias y seguimientos de personas en lugares públicos, aunque no cabrá ordenar la realización de grabaciones de audio de conversaciones.

Puede igualmente el Fiscal acordar el acceso a documentos no integrados en un proceso de comunicación y archivados en teléfonos móviles, ordenadores o asimilados, siempre que concorra urgencia. Reconociéndose tal habilitación a la Policía (STS nº 782/2007, de 3 de octubre, STC nº 173/2011, de 7 de noviembre) también deberá reconocerse al Fiscal. La reciente STC nº 115/2013, de 9 de mayo claramente distingue entre el acceso a la agenda de un móvil, que no precisa de autorización judicial, y el acceso al listado de llamadas, que sí lo precisaría.

### **III.-2.5 Exhumación de cadáveres**

Del mismo modo podrá el Fiscal acordar la exhumación de cadáveres, respetando las previsiones sentadas por la Circular 2/2012, de 26 de diciembre, *sobre unificación de criterios en los procedimientos por sustracción de menores recién nacidos.*

### **III.-2.6 Investigaciones patrimoniales**

En relación con el delito de blanqueo, deben tenerse presentes los arts. 44 y 45 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, *de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.* El art. 44.2 c) dispone que serán funciones de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones garantizar el más eficaz auxilio en estas materias...al Ministerio Fiscal. El art. 54.4. a) establece que El Servicio Ejecutivo de la Comisión ejercerá la función de prestar el necesario auxilio...al Ministerio Fiscal.

También podrá el Fiscal en el seno de sus diligencias de investigación solicitar datos a entidades bancarias (vid. STS nº 986/2006, de 19 de junio).

En la Circular 4/2010, de 30 de diciembre *sobre las funciones del Fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal* respecto de las personas e instituciones de las que el Fiscal puede recabar datos en el seno de unas diligencias de investigación se establece que "...sin ánimo exhaustivo se puede señalar respecto a productos bancarios: la Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA), la Asociación Española de la Banca (AEB); en relación con investigaciones sobre sociedades y empresas: la Tesorería General de la Seguridad Social o los Registros Mercantiles; para la investigación sobre bienes muebles: el Registro de automóviles de la Dirección General de Tráfico, el Registro de matrículas de embarcaciones de la Dirección General de la Marina Mercante, el Registro de matrículas de Aeronaves de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, así como el Registro de Bienes Muebles; respecto de la situación de bienes inmuebles: los Registros de la Propiedad o la Dirección General del Catastro. Hay que destacar por su utilidad a estos efectos el Índice Único Informatizado Notarial, que recibe quincenalmente, de forma telemática, la comunicación al Consejo General del Notariado de todos los datos sobre los documentos autorizados en las diversas notarias.

### **III.-2.7 Entregas vigiladas**

El art. 263 bis LECrim habilita al Ministerio Fiscal para autorizar en el seno de unas diligencias de investigación la circulación o entrega vigilada de drogas y otras sustancias prohibidas y los equipos, materiales y sustancias a los que se refiere el art. 371 del Código Penal, de los bienes y ganancias a que se hace referencia en el art. 301 CP en todos los supuestos previstos en el

mismo, así como de los bienes, materiales, objetos y especies animales y vegetales a los que se refieren los arts. 332, 334, 386, 399 bis, 566, 568 y 569 CP.

Debe tenerse presente que los supuestos en los que se puede aplicar la entrega vigilada se amplían en el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal de 2000, cuyo art. 12 dispone que *los Estados miembros se comprometerán a permitir en sus territorios, a petición de otro Estado miembro, entregas vigiladas en el marco de investigaciones penales respecto de hechos delictivos que puedan dar lugar a extradición.*

### III.-2.8 Autorización de la técnica del agente encubierto

También el Fiscal podrá autorizar la técnica del agente encubierto, en los casos y con las formalidades previstas en el art. 282 bis LECrim, en su redacción dada por LO 15/2003 de 25 noviembre.

El apartado primero de este precepto exige del Fiscal que cuando autorice tal técnica de investigación dé *cuenta inmediata al Juez*. A tales efectos, aun cuando la Ley no lo especifica, habrá de entenderse que tal dación de cuenta deberá darse al Juzgado de Instrucción o Central de Instrucción de Guardia competente, con el fin de cumplir esa inmediatez.

La dación de cuenta no implica la necesidad de acordar la inmediata judicialización del expediente. No procederá la remisión al Juez de lo actuado sino hasta tanto se constate la existencia de unas diligencias judiciales abiertas o concurran las circunstancias previstas en el epígrafe VIII.-2.1 de la presente Circular.

### III.-2.9 Acceso a la información de los registros oficiales

El art. 4.1 EOMF tras la redacción dada por Ley 24/2007, de 9 de octubre dispone que *el Ministerio Fiscal, para el ejercicio de sus funciones...podrá acceder directamente a la información de los Registros oficiales, cuyo acceso no quede restringido a control judicial.*

La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, *General Tributaria* habilita expresamente al Fiscal para recabar los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración tributaria en el desempeño de sus funciones en la investigación o persecución de delitos que no sean perseguibles únicamente a instancia de persona agraviada.

Debe recordarse, como resalta la Circular 4/2010, que "...el Fiscal, en virtud de los arts. 4, 5, y 18 bis EOMF, puede requerir a las Administraciones Públicas, Entidades, Sociedades y particulares las informaciones que estime precisas en el curso de sus investigaciones, y que el art. 11.2.d) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, exime de la exigencia del previo consentimiento del interesado los casos en que la comunicación de datos tenga por destinatario al Ministerio Fiscal, en el ejercicio de las funciones que éste tiene atribuidas...".

Expresamente se prevé esta facultad en relación con el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica regulado por Real Decreto 355/2004, de 5 de marzo, modificado por Real Decreto 660/2007, de 25 de mayo que aunque limita el acceso a sus datos, en su art. 8 permite solicitar información al Ministerio Fiscal.

Ya la Instrucción 1/1993, de 16 de marzo autorizaba expresamente al Fiscal para solicitar certificaciones del Registro Civil.

El art. 43.3 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, *de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo* establece que con ocasión de la investigación de delitos relacionados con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo el Ministerio Fiscal podrá obtener los datos declarados en el Fichero de Titularidades Financieras. Debe, no obstante tenerse presente que el Fichero de Titularidades Financieras aún no se ha desarrollado.

## III.-3 Diligencias cuya práctica está vedada al Fiscal

### III.-3.1 Entradas y registros

Es claro que al Ministerio Fiscal le está vedada la práctica de la diligencia de entrada y registro en domicilio. El concepto de domicilio ha sido perfilado por la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional (vid. SSTC nº 22/1984, de 17 de febrero, 137/1985, de 17 de octubre y 10/2002, de 17 de enero).

Tampoco podrá acordar el Fiscal entradas y registros en edificios y lugares cerrados distintos de los domicilios, pues aunque la Constitución no impone la exclusividad jurisdiccional en este ámbito, sí lo hace la LECrim (vid. arts. 545 a 572).

Sin embargo, en los supuestos en los que medie autorización del titular o se esté cometiendo un delito flagrante, habrá de partirse de que la misma legitimación que se confiere a las Fuerzas de Seguridad, es trasladable al Ministerio Fiscal.

### III.-3.2 Comunicaciones telefónicas

Debemos especialmente analizar la diligencia relativa a la investigación sobre titularidad y comunicaciones realizadas desde un determinado número de teléfono o terminal informático.

En relación con esta materia, la Consulta 1/1999, de 22 de enero, *sobre tratamiento automatizado de datos personales en el ámbito de las telecomunicaciones* concluía al respecto con que el Ministerio Fiscal no puede inmiscuirse en datos incorporados al contenido sustancial del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones sin licencia judicial...Exigir del operador telefónico la identificación de los números de abonado conectados en una concreta y determinada comunicación supone una restricción de derechos prohibida por el art. 5.2 EOMF, por lo que es preciso acudir al Juez de Instrucción, justificar la necesidad de la medida e instar la incoación de diligencias previas...Ni las diligencias de investigación preprocesal amparadas en los arts. 5 EOMF y 785.bis LECrim, ni las posibilidades de investigación autónoma paraprocesal que cabe deducir de los arts. 781.2 y 792.1.2 LECrim constituyen marco legal idóneo para exigir del operador de la red o del prestador del servicio la revelación de los datos de tráfico registrados en las comunicaciones establecidas.

La Ley 25/2007, de 18 de octubre, *de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones* viene a reforzar de manera expresa estas conclusiones, tanto en relación con telefonía de red fija y telefonía móvil como con respecto al acceso a Internet, correo electrónico por Internet y telefonía por Internet a los efectos de obtener los datos que las operadoras, conforme a lo dispuesto en el art. 3 de la Ley, están obligadas a conservar.

De acuerdo con el apartado primero del art. 6 de la reseñada Ley 25/2007 *los datos conservados de conformidad con lo dispuesto en esta Ley sólo podrán ser cedidos de acuerdo con lo dispuesto en ella para los fines que se determinan y previa autorización judicial*.

El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2010 establece que “es necesaria la autorización judicial para que los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación cedan los datos generados o tratados con tal motivo. Por lo cual, el Ministerio Fiscal precisará de tal autorización para obtener de los operadores los datos conservados que se especifican en el art. 3 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre”.

Debe recordarse aquí que la Circular 1/2013 declara al respecto que *puede pues concluirse con que tras fluctuaciones jurisprudenciales se ha asentado el criterio que establece que la relación de llamadas emitidas o recibidas por un terminal telefónico es materia que afecta al derecho que garantiza el art. 18.3 CE, siendo necesario a tales efectos, a falta de consentimiento de los sujetos comunicantes, la autorización judicial correspondiente otorgada en el curso de una investigación de carácter penal. Tal autorización será también necesaria para acceder al registro de llamadas entrantes y salientes grabadas en un teléfono móvil*.

## IV.- Posibilidad de declaración del secreto de las actuaciones

Es evidente que en ocasiones, la naturaleza de los hechos investigados exigirá que los mismos queden al margen del conocimiento del sospechoso o imputado. Sin embargo, aunque se han intentado interpretaciones voluntaristas para justificar la posibilidad de que el Fiscal declare secretas sus actuaciones debe descartarse, ante la falta de previsión legal, de forma rotunda. De hecho, en el primer borrador elaborado para la reforma del EOMF que cristalizó en el año 2007 se incluyó un párrafo que establecía que *no obstante, cuando resulte imprescindible para preservar la continuidad o asegurar el éxito de la investigación, el Fiscal podrá, mediante resolución motivada, decretar el secreto total o parcial de las actuaciones por tiempo no superior a un mes, que podrá prorrogarse con las mismas condiciones si subsiste el motivo para ello*. Este párrafo resultó finalmente suprimido.

Desde luego, la dicción legal no admite una declaración de secreto de las actuaciones por parte del Fiscal, por lo que de ser ello necesario para asegurar el buen fin de las actuaciones, deberá procederse a judicializar las diligencias promoviendo simultáneamente la declaración de secreto de las actuaciones judiciales.

## V.- Adopción de medidas cautelares

Las medidas cautelares tanto personales como reales tienen en la nota de la jurisdiccionalidad uno de sus elementos definitorios. Es por ello que no será con carácter general admisible la adopción de las mismas por parte del Fiscal en el seno de las diligencias de investigación.

Esto no obstante, existen dos importantes excepciones. Desde el punto de vista personal, el Fiscal estará expresamente habilitado para adoptar la detención del imputado o sospechoso (art. 5.2 EOMF).

Desde el punto de vista real cabe colegir que el Fiscal está habilitado para intervenir los efectos del delito en el seno de sus diligencias. Ello puede deducirse sin dificultad de lo dispuesto en el párrafo primero, *in fine*, del art. 773.2 LECrim, conforme al que si los hechos son delictivos el Fiscal *instará del Juez de Instrucción la incoación del procedimiento que corresponda... poniendo a su disposición... los efectos del delito*. Estos efectos del delito pueden haberse incorporado a las diligencias preliminares por múltiples causas: bien porque la Policía los ha recogido de oficio o a instancias del Fiscal, bien porque denunciantes o testigos los hayan entregado a éste, bien porque el sospechoso, voluntariamente o requerido por el Fiscal, los haya puesto en su poder. En los casos en los que las diligencias sean finalmente archivadas por no ser los hechos constitutivos de infracción penal, el propio Fiscal habrá de devolver estos efectos a sus propietarios o poseedores. Si los efectos son de ilícito comercio habrá de darles el destino legal en cada caso previsto por el ordenamiento, conforme a las disposiciones del Real Decreto 2783/1976, de 15 de octubre, sobre conservación y destino de piezas de convicción.

## VI.- Diligencias a instancias del investigado

En conexión con los principios de contradicción y defensa deberá reconocerse al investigado la facultad de instar la práctica de diligencias en su descargo, que habrán de ser admitidas por el Fiscal cuando sean pertinentes y útiles y rechazadas en caso contrario, mediante decreto debidamente motivado.

## VII.- Principio de proporcionalidad: plazo máximo y prórrogas

El principio de proporcionalidad proscribire mantener abiertas *sine die* las diligencias de investigación. En coherencia con la expresa asunción de este principio en el EOMF se establece un plazo máximo de duración de las diligencias, plazo que desde luego no debe ser agotado cuando la entidad de los hechos o las facilidades para su investigación permitan dictar el decreto de conclusión con anterioridad. La posibilidad de prórroga debe ser rectamente entendida como una excepción a lo que debe ser la regla general, constituida por unas diligencias de vida ordinaria por debajo de los seis meses.

Pese a las críticas de algunos autores a esta limitación temporal de las diligencias, tal disposición, entendida en sus rectos términos, es una garantía inalienable del investigado, y

supone la definitiva interdicción de los riesgos de incurrir en una investigación que se pueda perpetuar en el tiempo, incurriendo en la justamente denostada *inquisitio generalis* de duración indefinida.

En caso de que tal plazo no pueda cumplirse, el oficio solicitando la concesión de prórroga, que debe ser dirigido al Fiscal General del Estado a través de la Secretaría Técnica, deberá contener como mínimo la fecha de incoación de las diligencias de investigación, la identificación de las personas investigadas, una sucinta descripción de los hechos investigados y de su encaje penal y las causas que impiden la terminación de las mismas en el plazo ordinario de los seis meses.

No deben olvidar los Sres. Fiscales que la tramitación de la prórroga también requiere un – aunque mínimo- tiempo. Por ello, la solicitud de la misma debe formularse con antelación suficiente para que la resolución de la Fiscalía General pueda recaer con anterioridad al agotamiento del plazo inicial. En casos urgentes puede la Fiscalía que tramita las diligencias de investigación utilizar el fax o el correo electrónico para hacer llegar la petición sin demora alguna, sin perjuicio de su ulterior remisión por conducto ordinario.

En los casos en los que agotado el plazo inicial aún no se haya recibido la contestación de la Fiscalía General, la Fiscalía investigadora deberá abstenerse de acordar la práctica de nuevas diligencias hasta tanto reciba la autorización de la prórroga.

La prórroga, una vez concedida por el Fiscal General del Estado, se computará desde el día siguiente a la conclusión del plazo original, aún cuando se notifique a la Fiscalía actuante con anterioridad o con posterioridad a ese momento.

Tampoco debe olvidarse que la implementación y respeto del principio de proporcionalidad no proscribire que agotada la prórroga inicialmente concedida se soliciten sucesivas prórrogas si aún no ha podido llegarse a la conclusión de las diligencias por causas justificadas. La Fiscalía General del Estado dispensará estas nuevas prórrogas de forma excepcional. En estos casos la motivación de su solicitud exigirá un mayor rigor.

En todo caso, debe partirse de que una simple extralimitación temporal no lleva anudado ningún efecto de nulidad. Ante la falta de previsión legal de otro efecto, en principio y en tanto no se consolide una línea jurisprudencial en sentido contrario, deberá entenderse que se trataría de una irregularidad únicamente susceptible de generar, en su caso, la exigencia de responsabilidades disciplinarias. Esta consideración no debe en ningún caso, llevar a los Sres. Fiscales a relajarse en el celo que han de desplegar en el estricto cumplimiento del sistema de plazos establecido por la Ley para las diligencias de investigación, de modo que agotado el plazo habrán de cesar en la práctica de diligencias, no pudiendo reanudarlas hasta tanto no reciban la autorización de la Fiscalía General del Estado. Desde luego, si la investigación fuera de plazo supera la simple extralimitación temporal para situarse claramente al margen de los límites estatutarios, los efectos podrán ser más radicales, pudiendo incluso proceder dejar sin efecto lo realizado contraviniendo la prohibición.

En relación con la nueva norma instaurada en el EOMF tras la Ley 24/2007 para el sistema de prórrogas establecido específicamente para la Fiscalía contra la corrupción y la criminalidad organizada, conforme a la que las diligencias de investigación *tendrán una duración máxima de doce meses salvo prórroga acordada mediante Decreto motivado del Fiscal General del Estado*, habrá de entenderse aplicable solamente respecto de las diligencias tramitadas por la Fiscalía especial, debiendo entenderse extensiva a las diligencias incoadas por los Delegados de dicha Fiscalía. No es sin embargo aplicable a otras diligencias que pese a versar sobre delitos relacionados con la corrupción, estén siendo tramitadas por otras Fiscalías.

Las peticiones de prórrogas, en tanto deben dirigirse al Fiscal General del Estado, habrán de solicitarse por el Fiscal Jefe o por el Teniente Fiscal, cuando se encuentra sustituyendo al Jefe.

## VIII.- Resolución de las diligencias

### VIII.-1 Principios generales

La conclusión de las diligencias debe realizarse por decreto, requiriendo este acto, por su trascendencia jurídica, un reforzado cumplimiento de las exigencias derivadas de la motivación, tanto cuando se acuerde el archivo como cuando se decrete la presentación de denuncia o querrela.

Debe en este punto hacerse un recordatorio de la Consulta 2/1995, de 19 de abril, que entre sus conclusiones determinó que *el Fiscal no está obligado a agotar la investigación en sus diligencias, gozando de plena autonomía para decidir en qué momento resulta aconsejable la judicialización de esas diligencias de investigación. Los órganos judiciales carecen de facultades para revisar esa decisión.*

Incluso en determinados supuestos la posición del Fiscal podrá ser la de no practicar diligencias de investigación y remitir directamente la denuncia recibida al Juzgado. En efecto, frente a la posición adoptada por algún pronunciamiento aislado (vid. ATSJ Comunidad Valenciana, nº 52/2003, de 28 de julio) el apartado primero del art. 5 EOMF en su redacción dada por Ley 24/2007, de 9 de octubre declara que *el Fiscal podrá recibir denuncias, enviándolas a la autoridad judicial o decretando su archivo...* Los términos de la Ley *-in claris non fit interpretatio-* no dejan lugar a dudas sobre el reconocimiento al Fiscal de esta alternativa.

Si de los hechos denunciados se desprende la concurrencia de un *periculum in mora* que haga necesaria la adopción de medidas cautelares, habrá de judicializarse *ipso facto* el asunto, pues -al prohibírsele con carácter general al Fiscal la adopción de cautelas- deberá remitirse inmediatamente la denuncia a la autoridad judicial, para que adopte las medidas cautelares a que haya lugar.

Igualmente, si de las actuaciones abiertas por el Fiscal se desprende la necesidad de preconstituir alguna prueba, habrán inmediatamente de judicializarse las diligencias pues conforme a reiterada doctrina constitucional, solo con intervención del Juez cabe tal preconstitución (vid. STC nº 140/1991, de 22 de julio).

También será sólido criterio para optar por la judicialización cuando se requiera la práctica de diligencias restrictivas de derechos fundamentales (vid. STS nº 702/1997, de 20 de mayo).

No puede desconocerse que en ocasiones la mejor forma de cumplir con la función de agilización y dinamización del proceso que se confiere al Fiscal puede exigir la rápida remisión al Juzgado de la denuncia o atestado con simultánea petición de apertura del procedimiento adecuado y de práctica de las diligencias de instrucción pertinentes.

### VIII.-2 Conclusión tras la práctica de diligencias

#### VIII.-2.1 Archivo

El archivo procederá tanto cuando como expresamente recoge la Ley el hecho no revista carácter de delito como cuando se compruebe la inexistencia del hecho o la falta de elementos suficientes para mantener su perpetración.

Cabe plantearse el cauce a seguir cuando pese a llegarse a la conclusión de que se ha cometido un hecho penalmente relevante, no se haya identificado o localizado al responsable. El art. 5 EOMF carece de la suficiente precisión en este punto. Cabría entender que en estos casos debe procederse al archivo sin más de las diligencias de investigación por el Fiscal. Sin embargo, la regulación del art. 773.2 LECrim lleva a la conclusión contraria, esto es, a la remisión al Juez competente con simultánea petición de incoación de Diligencias y sobreseimiento provisional, y, en su caso, con petición del libramiento de las correspondientes órdenes de busca y presentación o de busca y captura. En efecto, este precepto dispone que *el Fiscal decretará el archivo de las actuaciones cuando el hecho no revista los caracteres de delito. A contrario*, si el hecho reviste caracteres de delito las actuaciones habrán de remitirse al Juzgado, con independencia de que haya llegado o no a identificarse o a localizarse al

denunciado. También los antecedentes prelegislativos apuntalan esta conclusión: en efecto, el Anteproyecto de 1988, antecedente inmediato de la reforma de la LECrim operada por LO 7/1988, permitía al Fiscal acordar el archivo provisional “cuando no exista autor conocido”, previsión que fue finalmente descartada.

Podrá el Fiscal acordar el archivo por falta de tipicidad de los hechos, por falta de prueba suficiente y también, en supuestos en los que claramente concurriera una causa de extinción de la responsabilidad penal o una excusa absoluta.

Obviamente, la concurrencia de una causa de inimputabilidad en el sospechoso, no podrá motivar el archivo de las diligencias de investigación, pues habrá de evaluarse en el proceso penal la posibilidad de imposición de medidas de seguridad y/o las cuestiones relativas a responsabilidad civil (vid. art. 118 CP).

Debe en este punto superarse las conclusiones sentadas por la Consulta 12/1997, de 30 de octubre, *sobre la interpretación que deba darse al art. 41.2 del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, sobre extranjeros*, que para un supuesto muy concreto consideró improcedente archivar las diligencias de investigación por considerar que no existe base probatoria suficiente para formular acusación por el hecho presuntamente delictivo. La posición debe ser justamente la contraria: en estos casos el Fiscal debe archivar, sin perjuicio de comunicarlo a denunciantes y perjudicados. La opción de judicializar es opuesta a los principios de economía procesal y acusatorio, siendo además ciertamente perturbadora. Por lo demás, el art. 5 EOMF, complementario, como se expuso, del art. 773.2 permite archivar cuando no encuentre fundamentos para ejercitar acción alguna, fórmula que permite el archivo más allá de los supuestos en los que no sean los hechos constitutivos de delito.

Por otra parte, el art. 773.2 *in fine* dispone que *cesará el Fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos*. La cesación en las diligencias debe llevar consigo la remisión de todo lo actuado. Las diligencias que el Fiscal pretendiera practicar por sí deberá solicitarlas del Juez de Instrucción. Por otro lado, si al tiempo de la remisión existen diligencias que habiendo sido acordadas han sido ordenadas a otras personas, particulares, agentes o autoridades, habrá de comunicarse este extremo al Juzgado poniendo en su conocimiento que los resultados de lo acordado les serán remitidos una vez hayan sido recibidos en Fiscalía.

El momento en el que debe el Fiscal cesar y remitir diligencias es el mismo momento en que la denuncia o atestado sea turnada a un Juzgado concreto. Hasta entonces no hay procedimiento judicial abierto. A partir de ese momento, la incoación ha de producirse sin solución de continuidad.

Por tanto, en estos supuestos, en el decreto de conclusión de las diligencias y de remisión a la autoridad judicial que ya está conociendo de los hechos habrá de hacerse constar la causa del cierre anticipado de las diligencias, su carácter incompleto, las diligencias ya acordadas y pendientes de ejecutar, las diligencias ya acordadas y pendientes de recepción y las diligencias que el Fiscal estime preciso practicar en el procedimiento judicial para poder fundamentar la acusación.

En todo caso, la remisión a la autoridad judicial que está conociendo debe hacerse sin demora. La STS nº 1411/2003, de 25 de octubre declaró ineficaces los análisis sobre unos vertidos obtenidos en unas diligencias de investigación del Fiscal, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 11.1 LOPJ, por entender que una demora importante de la Fiscalía en remitir las diligencias al Juzgado - conociendo la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos-, incide en los derechos fundamentales del acusado, concretamente en el derecho a que no se produzca indefensión.

La naturaleza preprocesal y no jurisdiccional de las actuaciones del Fiscal llevan a la conclusión lógica de que la decisión de archivo en ningún caso podrá equipararse ni en su naturaleza ni en sus efectos jurídicos a la decisión de sobreseimiento del Juez de Instrucción.

No procederá desde luego el archivo por razones de oportunidad, principio éste que con puntuales excepciones –vid. art. 171.3 CP- no es admisible en nuestro vigente sistema procesal.

## VIII.-2.2 Formulación de denuncia o presentación de querrela

Cuando finalizada la investigación ponga de manifiesto la posible existencia de hechos delictivos habrá de acordarse la remisión de las actuaciones al Juez competente.

Tras el texto resultante de la reforma operada por Ley 14/2003, y mantenido en la redacción dada por Ley 24/2007 queda fuera de toda duda (vid. en este sentido SAP Granada, sec. 1ª nº 47/2005, de 2 de febrero) que el Fiscal puede optar por cualquiera de las dos modalidades previstas, presentación de denuncia o interposición de querrela. En efecto, apartado tercero del art. 5 EOMF dispone que...*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.*

Una vez investigados los hechos por el Fiscal, si existen indicios de delito, podrá optarse por la presentación de denuncia o de querrela. Lo que no cabrá en estos casos es el mero traslado de lo actuado al Juez de instrucción para que éste incoe diligencias previas, sin formular denuncia ni querrela. La naturaleza de las funciones del Fiscal impone a éste el empleo bien de la denuncia, bien de la querrela para promover ante el Juez de instrucción la apertura de un procedimiento, sin que sea admisible eludir tras la investigación una mínima toma de posición, fuera de los supuestos examinados *supra*.

En estos casos en los que ya se han practicado diligencias no está de más recordar los pronunciamientos de la añeja -pero no por ello carente en este punto de vigencia- Instrucción de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1925 en la que se censuraba la práctica de algunas Fiscalías que cursaban al Juez Instructor un escrito interesando obrar como proceda con arreglo a derecho: *nada de fórmulas de remisión para que se obre como proceda con arreglo a Derecho; el Fiscal debe saber siempre lo que procede y cuál es el Derecho y debe decirlo.*

La decisión sobre si presentar denuncia o querrela habrá de adoptarse en función de si se dispone de elementos suficientes para ejercitar la acción penal conforme a los requisitos exigidos por el art. 277 LECrim. Esta es la misma línea seguida por la Consulta de la Fiscalía del Tribunal Supremo 8/1973, de 3 de octubre.

No es descartable que la exhaustividad de la investigación preliminar desarrollada por el Fiscal haga innecesaria la práctica de nuevas diligencias de instrucción en sede judicial. En estos casos el Fiscal lo expresará así en la querrela, sin perjuicio de que se interese la toma de declaración del querrelado en concepto de imputado, como exige la jurisprudencia del TC, antes de que se de traslado al Fiscal para calificar.

Debe finalmente recordarse que en los supuestos expresamente previstos por la Ley, será necesario presentar querrela. Es el supuesto de los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales cometidos contra mayores de edad (artículo 191.1 inciso primero CP) y cuando la acción penal se dirige contra un aforado, Juez o Fiscal (artículo 406 LOPJ).

## VIII.-3 Remisión de testimonio a autoridades administrativas

Cuando pese a no constatarse la existencia de indicios de delito las actuaciones revelaran la posible comisión de una infracción administrativa, deberán los Sres. Fiscales acordar en el decreto de archivo la remisión de testimonio de lo actuado a la autoridad administrativa competente a los efectos legalmente procedentes.

En efecto, en estos casos podrá abrirse o reaperturarse el expediente administrativo sancionador.

El art. 94.3 de la nueva Ley 58/2003, de 17 de diciembre, *General Tributaria* dispone que los juzgados y tribunales deberán facilitar a la Administración tributaria, de oficio o a requerimiento de la misma, cuantos datos con trascendencia tributaria se desprendan de las actuaciones

judiciales de las que conozcan, respetando, en su caso, el secreto de las diligencias sumariales. Tal disposición debe aplicarse *mutatis mutandis* a las diligencias de investigación del Fiscal.

En este mismo sentido puede citarse el art. 33 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, *sobre Protección de la Seguridad Ciudadana que dispone que* “en los procesos penales en que intervenga el Ministerio Fiscal, cuando se acordase el archivo o se dictase auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria por acreditarse que los hechos no sean constitutivos de infracción penal, deberá aquél remitir a la autoridad sancionadora copia de la resolución y de los particulares que estime necesarios, cuando aquéllos pudieran ser objeto de sanción administrativa conforme a lo previsto en esta Ley”.

Si bien no hay una norma universal al respecto, cabe deducir un principio general conforme al cual el Ministerio Fiscal debe acordar o promover estas comunicaciones. Lo que se prevé es que recaída sentencia absolutoria u otra resolución equivalente, la autoridad administrativa continúe con el expediente sancionador si no es de apreciar el principio *non bis in idem* (vid. art. 133 de la Ley 30/1992, de 26 de diciembre, *de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*) y es obvio que ésta no podrá conocer qué ha ocurrido en el procedimiento que motivó la suspensión del procedimiento administrativo a menos que el Ministerio Fiscal se lo comunique.

Además, el art. 7 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto *por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora* dispone que *en cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación.*

La doctrina de la Fiscalía General del Estado parte de este principio general de comunicación en los supuestos en los que se ha planteado esta necesidad. Así, en relación con la conducción con tasas de alcoholemia superiores a la establecida ya se pronunció la Instrucción 4/1991 de 13 de junio “pues aunque algunas de esas conductas no sean delictivas, no cabe duda que puedan merecer un reproche como ilícito administrativo”. En el mismo sentido, se pronunció la más reciente Instrucción 2/1999, de 17 de mayo. Esta obligación se reitera en la Instrucción 1/2003, de 7 de abril, en la que se insta a que cuando se solicite el sobreseimiento en procedimientos por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, en su caso habrá de pedirse al Juzgado que notifique la pertinente resolución a la Jefatura Provincial de Tráfico por si la conducta mereciere reproche como ilícito administrativo.

En el ámbito de la siniestralidad laboral, las Instrucciones de la Fiscalía General del Estado 7/1991, de 8 de noviembre y 1/2001, de 9 de mayo, se pronunciaron en favor de esta remisión de testimonios.

Respecto de las infracciones derivadas de impagos a la Seguridad Social (y por extensión a la Hacienda Pública), la Consulta 2/1996 de 19 de febrero también declaró que las defraudaciones de cuota obrera por importe no superior al penalmente relevante *habrán de sobreseerse, remitiéndose testimonio a la Autoridad competente con el fin de que se impongan las correspondientes sanciones de carácter administrativo.*

En materia de extranjería sigue esta línea la Circular 1/2002, de 19 febrero *sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del fiscal en materia de extranjería* y la Circular 2/2006, de 27 de julio *sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España.*

Recientemente la Instrucción 2/2013, de 5 de agosto, *sobre algunas cuestiones relativas a asociaciones promotoras del consumo de cannabis* postula en este sentido que cuando no se aprecie relevancia penal en el ámbito de sus propias diligencias o en el de las realizadas por los órganos jurisdiccionales respecto de actividades promotoras del cultivo de cannabis, los Fiscales *deberán acordar o, en su caso, instar la deducción de testimonio para su remisión a la correspondiente Subdelegación del Gobierno a los efectos procedentes en el ámbito administrativo.*

Los Sres. Fiscales, teniendo en cuenta que Derecho administrativo sancionador y Derecho Penal son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, derivadas del art. 25 CE (STC nº 18/1981, de 8 de junio) y partiendo de la función de defensa de la legalidad que el art. 124 CE le atribuye, deberán con carácter general promover la comunicación del resultado de las diligencias de investigación a la autoridad administrativa sancionadora cuando los hechos pese a no tener relevancia penal, puedan tener relevancia desde la óptica del Derecho administrativo sancionador.

## IX.- Recursos

### IX.-1 Recursos contra resoluciones del Juzgado de Instrucción

La decisión del Juez de Instrucción de inadmisión de la denuncia o de la querrela será recurrible en reforma y apelación por el Fiscal.

Para los casos en los que, conforme a lo expuesto *supra*, resulte admisible la remisión de unas diligencias de investigación del Fiscal al órgano judicial sin ir acompañada de querrela, ha de ser asimilada a los efectos del art. 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a la denuncia, lo que supone que el órgano judicial procesalmente puede inadmitirla por las causas legalmente previstas (Consulta 2/1995, de 19 de abril).

### IX.-2 Recursos contra resoluciones del Fiscal

Los decretos dictados por el Fiscal en el seno de unas diligencias de investigación deben considerarse irrecurribles. Tal irrecurribilidad no puede considerarse generadora de indefensión, pues quien considere lesionados sus derechos puede reproducir sus pretensiones ante la autoridad judicial. De aquí deriva la importancia de la notificación del decreto de conclusión a denunciados, ofendidos y perjudicados.

En este sentido se pronunciaron la Consulta 2/1995, de 19 de abril y la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, citando esta última en apoyo de tal exclusión los el ATC 219/1984, de 4 de abril, y el ATS de 20 de diciembre de 1990, haciendo ambos autos referencia, entre otros argumentos, a la posibilidad de ejercicio de la acción por el propio perjudicado al no ostentar el monopolio de la misma el Ministerio Fiscal.

Con ello se alcanzan los estándares fijados por el Consejo de Europa, quien en el punto 34 de la Recomendación (2000) 19, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, *relativa al papel del Ministerio Público en el sistema de justicia penal* postulaba que las partes interesadas en el asunto, cuando sean identificables como tales, en especial las víctimas, tendrán la posibilidad de impugnar la decisión tomada por el Ministerio Fiscal de no iniciar actuaciones; tal impugnación se podrá llevar a cabo... autorizando a las partes para que promuevan ellas mismas las actuaciones.

## X.- Valor de las diligencias practicadas por el Fiscal

Partiendo de la ratificación de la doctrina contenida en la Circular 1/1989 sobre la presunción de autenticidad de las diligencias de investigación, deben hacerse algunas matizaciones. Estas diligencias tienen un valor superior a las practicadas por la Policía Judicial en el atestado, aunque no alcanzan el de las practicadas por el Juez de Instrucción asistido del Secretario Judicial.

En efecto, -aún referido a menores el pronunciamiento puede extrapolarse a las diligencias del art. 5 EOMF- la STC nº 206/2003, de 1 de diciembre, declara expresamente que "la posición institucional del Ministerio Fiscal es muy distinta de la de la policía. En efecto, se trata de un órgano integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial...que ejerce sus funciones, conforme al art. 124.2 CE, con sujeción, en todo caso, a los principios de legalidad e imparcialidad, principios éstos recogidos y desarrollados en los artículos 2.1, 6 y 7 del citado Estatuto. También hemos de recordar que, conforme a lo previsto en su art. 5, todas las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o que se lleven a cabo bajo su dirección gozarán de la presunción de autenticidad". De esta forma llega a la conclusión de que "la declaración ante el Fiscal de Menores no es una mera actividad policial de investigación, sino una diligencia practicada en el momento inicial de otro procedimiento, con todos los requisitos y garantías

formalmente exigibles y ante un órgano al que, conforme a dicha normativa, corresponde incoar el oportuno expediente y dirigir la investigación de los hechos a los efectos de su comprobación y de la participación del menor en los mismos”.

Si se acepta –como no puede ser de otra manera- que al menos debe dársele a estas diligencias los efectos del atestado, podrá afirmarse como mínimo que:

1) Los datos objetivos contenidos en las diligencias de investigación del Fiscal (al igual que los contenidos en los atestados de policía judicial) sí tienen virtualidad probatoria aunque necesariamente lo sea mediante su examen documental y/o testifical en el enjuiciamiento oral y con garantía de los principios de contradicción, intermediación y publicidad (vid. STS nº 1723/2000, de 10 noviembre y 1113/2004, de 9 octubre).

2) Las actuaciones del Fiscal, al igual que las de la Policía Judicial (salvo las que afecten directamente a la intimidad del domicilio, o a la correspondencia y comunicaciones) realizadas por razón de urgencia -o inviabilidad de la intervención judicial- para recoger efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición existiera riesgo y para ponerlos a disposición de la autoridad judicial, son *a priori* aceptables aunque ello se haya realizado sin la intervención del Juez Instructor prevista en los arts. 334 y ss y 326 y ss y concordantes LECrim.

## **XI.- Personación de perjudicados y ofendidos**

Perjudicados y ofendidos tienen derecho a ser notificados de la resolución que adopte el Fiscal por la que concluya sus diligencias de investigación, sea de archivo o sea de promoción de un proceso. Tal derecho a ser notificados lo tendrán hayan sido o no denunciante. Idéntico derecho habrá de reconocerse a los denunciante aunque no tengan la consideración de perjudicados u ofendidos. En todos estos casos deberá en la notificación advertírseles, si se ha acordado el archivo, que pueden reiterar su denuncia ante el Juez de Instrucción.

Sin embargo no son trasladables a las diligencias de investigación del Fiscal las disposiciones de la LECrim relativas a la posibilidad de personación de la acusación particular o popular. El reconocimiento de tales instituciones tiene su marco natural en un proceso judicial, no estando previstas y siendo por tanto un cuerpo extraño para las diligencias de investigación del Fiscal, como también lo son para las diligencias preliminares de las Secciones de Menores de Fiscalía o para los atestados instruidos por la Policía Judicial.

Cuando el párrafo tercero del apartado segundo del art. 5 EOMF declara que el principio de contradicción inspirará la práctica de esas diligencias está refiriéndose a la defensa del investigado en las diligencias que se practiquen, pero no incluye la intervención de otras futuras potenciales partes.

Esta exclusión en modo alguno puede considerarse lesiva para los intereses de las víctimas o para el derecho de los ciudadanos a ejercer la acción popular. Como se expuso *supra*, denunciante, ofendidos y perjudicados habrán de ser informados del decreto de conclusión. Una vez judicializadas las investigaciones y personadas en forma, podrán intervenir en las diligencias y será preceptivo el ofrecimiento de acciones (artículo 776 LECrim). Si, por el contrario, el Fiscal acuerda el archivo, podrán reproducir su denuncia ante el Juez de Instrucción.

## **XII.- Cuestiones sobre competencia**

### **XII.-1 Cuestiones generales**

En supuestos de especial trascendencia, podrá ser el Fiscal General del Estado quien asigne una investigación a un concreto Fiscal en ejercicio de sus superiores funciones de dirección (arts. 22.2 y 23 EOMF).

En lo tocante a la competencia territorial de las Fiscalías para investigar, deben darse por reproducidas las pautas sentadas por la Circular 1/1989 y por la Consulta 1/2005: 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. Sin embargo, cuando el hecho sea complejo y se haya cometido en el

territorio de más de una Fiscalía, comenzará la investigación el primero de los Fiscales que tuviere noticia del mismo o ante quien el hecho fuere denunciado, sin perjuicio de que una vez conozca la extensión del hecho a otros territorios o la existencia de delitos conexos cometidos en otros lugares no pertenecientes a su ámbito competencial territorial, lo comunique a la Fiscalía General del Estado, con exposición sucinta de los hechos y de su criterio sobre a qué órgano jurisdiccional puede en su día corresponder la competencia para conocer de la causa, si ésta se inicia, a fin de que el Fiscal General del Estado pueda hacer uso, de ser preciso, de las facultades que le conceden los artículos 20 y 26 del Estatuto Orgánico. Ello sin perjuicio de continuar con la investigación y de interesar los auxilios necesarios de los órganos Fiscales de los territorios a que el hecho investigado se extienda.

En cuanto al mecanismo para la resolución de discrepancias entre Fiscalías en torno a la competencia para tramitar diligencias de investigación de no existir acuerdo en sus comunicaciones, sin perjuicio de que quien estuviere conociendo continúe la tramitación, se remitirá copia de ella con informe para su resolución, al Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma, si fuera órgano superior común de ambas Fiscalías. De lo contrario, la remisión se efectuará a la Fiscalía General del Estado, que, en su caso, resolverá previa audiencia del Fiscal de Sala Coordinador que corresponda. (vid. Circular 1/1989, Instrucción 2/2000, Consulta 1/2005 e Instrucción 5/2007).

Igualmente debe recordarse que la Instrucción 4/2006, 12 de julio, establece los criterios para la determinación de las investigaciones propias de la Fiscalía Anticorrupción en su epígrafe II.-4 y que en su epígrafe IV.-5 dispone que *los Fiscales especialistas en delincuencia organizada ejercerán, dentro del ámbito de actuación anteriormente determinado, las funciones legalmente atribuidas al Ministerio Fiscal en la tramitación de diligencias de investigación, e intervendrán en los procedimientos que se sigan en los órganos judiciales de su respectiva Fiscalía, directamente o coordinando la actuación de los demás Fiscales de la plantilla, en relación con los casos sobre delincuencia organizada territorial tramitados en los distintos órganos judiciales integrados en su ámbito, garantizando de este modo la unidad de actuación en la materia.*

La Instrucción 11/2005 ya diseñó las funciones que se encomendaban al Fiscal de Sala Coordinador de Siniestralidad Laboral y a los demás Fiscales de Sala en los órdenes civil, penal, contencioso y social, de Violencia sobre la Mujer y para determinadas especialidades (protección de las víctimas, jurisdicción de menores, vigilancia penitenciaria y delitos económicos). En esta Instrucción se atribuía a los Fiscales de Sala Delegados la investigación de los asuntos de especial importancia que el Fiscal General del Estado les asigne, tramitando las correspondientes diligencias de investigación.

La Instrucción 7/2005, *sobre el Fiscal Contra la Violencia sobre la Mujer y las Secciones contra la Violencia sobre la Mujer en las Fiscalías*, establece como criterio determinante de la intervención directa del Fiscal de Sala Delegado en diligencias de investigación que se cumpla con el requisito de especial trascendencia, siendo al Fiscal General a quien competen la apreciación de esa especial trascendencia. La misma Instrucción atribuye a las Secciones contra la Violencia sobre la Mujer instruir las diligencias informativas o de investigación de Fiscalía que tengan por objeto conductas de la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

La Instrucción 4/2007, 10 de abril, *sobre el Fiscal Coordinador de Medio Ambiente y Urbanismo y las Secciones de Medio Ambiente de las Fiscalías* sigue estas pautas, atribuyendo al Fiscal Coordinador la investigación de asuntos de especial importancia que el Fiscal General del Estado les asigne, tramitando las correspondientes diligencias de investigación y con carácter general a las Secciones de Medio Ambiente, la tramitación de las diligencias de investigación en la materia. Significativamente se dice en esta Instrucción que *las diligencias de investigación constituyen un valiosísimo instrumento en manos del Ministerio Público al que es aconsejable acudir especialmente cuando se cuenta con Fiscales especialistas. Es evidente que el Fiscal receptor de la "notitia criminis" ambiental se encuentra en unas condiciones que le permiten dar una respuesta rápida y adecuada, por razón de los conocimientos y la experiencia que le aporta su integración en la sección de medio ambiente. La relación de los Fiscales de la Sección con las administraciones competentes y la cercanía de los miembros de la Policía Judicial especializada les permite ahondar en la investigación de forma directa dirigiendo las diligencias con un control directo e inmediato.*

Estas mismas pautas se repiten, proyectándose sobre los respectivos ámbitos funcionales, respecto de los Fiscales de Sala Coordinadores en Siniestralidad laboral, Seguridad Vial y Extranjería y sus Secciones territoriales (Instrucción 5/2007, de 18 de julio), Fiscal de Sala Coordinador de Menores (Instrucción 3/2008, de 30 de julio) y Fiscal de Sala de Criminalidad Informática (Instrucción 2/2011, de 11 de octubre).

Estas disposiciones deben entenderse sin perjuicio de la posibilidad de que los Fiscales de Sala Coordinadores incoen diligencias de investigación cuando sea necesario determinar la Fiscalía territorial competente para conocer del asunto. Para tales efectos no se requerirá ni que haya una asignación expresa por parte del Fiscal General del Estado ni que el asunto sea de especial importancia. En estos supuestos, una vez determinada la Fiscalía competente, el Fiscal de Sala Coordinador le remitirá las diligencias, que habrán de resolverse en el plazo máximo de seis meses computados desde la incoación por parte del Fiscal de Sala Coordinador, sin perjuicio de las prórrogas que pudieran solicitarse.

Debe en este punto recordarse igualmente que las posibles cuestiones de competencia de la Fiscalía Especial Antidroga con la Fiscalía de la Audiencia Nacional y con la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada se abordan en la Instrucción 2/2010, de 30 de julio.

## **XII.-2 Competencia de los Fiscales Superiores**

El art. 21.2 EOMF dispone que las Fiscalías de las Comunidades Autónomas ejercerán sus funciones en el ámbito competencial del Tribunal Superior de Justicia respectivo. Por lo tanto, les compete la investigación de las denuncias por presuntos hechos delictivos cuyo conocimiento corresponde a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, es decir, los cometidos por las personas aforadas ante dicho Tribunal. Por ello, son competentes para incoar y tramitar diligencias de investigación por esos hechos.

La investigación del resto de los presuntos hechos delictivos acaecidos en el territorio de la Comunidad correspondería a las respectivas Fiscalías Provinciales, las cuales “extienden sus funciones a todos los órganos judiciales de la provincia”, conforme al art. 21.3 EOMF, o a las Fiscalías de Área, que ejercen “sus funciones en el ámbito territorial inferior a la provincia... pudiendo abarcar uno o más partidos judiciales de dicha provincia”, conforme al art. 21.4 EOMF.

Por consiguiente, como regla general, si la Fiscalía de la Comunidad Autónoma recibe una denuncia sobre un hecho delictivo cuyo conocimiento no corresponde al Tribunal Superior de Justicia respectivo, habrá de remitirla al Fiscal Jefe de la Fiscalía Provincial o de Área competente.

De igual modo habrán de actuar los Fiscales Jefes Provinciales respecto de las denuncias que recibiesen en su respectiva Fiscalía acerca de hechos delictivos cuyo conocimiento estuviese atribuido a los órganos judiciales del territorio de una Fiscalía de Área.

Estos criterios generales deben, no obstante, ser modulados.

En primer lugar, si la Fiscalía de la Comunidad Autónoma, por ser uniprovincial, asume también las funciones de la Fiscalía Provincial, (art. 21.3 párrafo segundo EOMF), será competente para abrir y tramitar diligencias de investigación por hechos que sean de la competencia del Tribunal Superior de Justicia y de cualquier órgano judicial de la provincia respectiva.

En segundo lugar debe tenerse en cuenta que conforme al art. 22.4 EOMF, *los Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas, además de dirigir su Fiscalía, actuarán en todo el territorio de la Comunidad Autónoma correspondiente, asumiendo en el mismo la representación y la jefatura del Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las atribuciones del Fiscal General del Estado.*

La facultad reconocida al Fiscal Superior de actuar en todo el territorio de la Comunidad Autónoma permite afirmar que el mismo puede tramitar diligencias de investigación por cualquier hecho delictivo cometido en todo ese ámbito, aunque dicho hecho no esté atribuido al conocimiento del Tribunal Superior de Justicia. *A contrario*, los demás Fiscales integrantes de

la Fiscalía de la Comunidad Autónoma carecen de competencia para incoar y resolver diligencias de investigación sobre hechos no atribuidos al conocimiento del Tribunal Superior de Justicia.

Si el Fiscal Superior decide actuar de oficio o si la denuncia se presenta directamente en la Fiscalía de la Comunidad y, en este supuesto, el Fiscal Superior decide asumir su investigación, lo podrá efectuar de manera directa, sin necesidad de avocar para sí el asunto conforme al art. 23 EOMF.

Claro es que la asunción por el Fiscal Superior de la tramitación de unas diligencias competencia en principio de la Fiscalía Provincial o de Área debe estar justificada.

Tal justificación debe hacerse constar en el decreto de incoación. Esta justificación, sin ánimo de exhaustividad, puede derivar de circunstancias tales como la trascendencia supraprovincial del asunto que se va a investigar, la necesidad de practicar diligencias para determinar qué Fiscalía es la competente o la conveniencia de la tramitación por el Fiscal Superior a fin de garantizar la unidad de criterio de la Fiscalía.

En los supuestos en los que el Fiscal Superior asuma la tramitación de las diligencias, éste puede culminarlas decidiendo sobre el archivo o la judicialización o puede también, cuando deje de estar justificada su actuación, acordar su remisión a la Fiscalía Provincial o de Área competente. En estos casos habrá de tenerse en cuenta que el plazo de seis meses sigue corriendo, por lo que la Fiscalía receptora habrá de culminar la tramitación en el período temporal subsistente o, en su caso, deberá tramitar la correspondiente prórroga.

### **XIII.- Aforados**

Debe igualmente recordarse en relación con aforados las disposiciones contenidas en la Consulta 1/2005, de 31 de marzo, *sobre competencia de las Fiscalías para tramitar diligencias de investigación que afecten a personas aforadas*.

Recordemos que conforme a las previsiones de la Consulta 1/2005, partiendo de la estricta interpretación que ha de darse al aforamiento por el sentido y finalidad de la prerrogativa, y atendiendo al carácter preprocesal de la investigación fiscal, y a que el Fiscal no puede adoptar medidas cautelares, concluye que esos aforados pueden ser objeto de una investigación por el Ministerio Público, pues sólo cuando existan indicios fundados de responsabilidad contra esos parlamentarios despliega toda su virtualidad la garantía de inmunidad, y, con ella, la necesidad de solicitar el suplicatorio, y de judicializar las diligencias.

Debe también en este punto subrayarse que conforme a las conclusiones de la Consulta 1/2005 *los Fiscales encargados de la tramitación de diligencias de investigación cuyo objeto sean conductas que pudieran ser penalmente reprochadas a quienes gocen de un fuero procesal, las considerarán entre los hechos relativos a su misión de los que por su importancia o trascendencia deben informar al Fiscal General del Estado en aplicación de lo dispuesto en el art. 25, pfo. 2º EOMF y transmitirán puntualmente a la Fiscalía General del Estado cuantas vicisitudes relevantes se produzcan durante su desarrollo*.

Debe en este momento declararse la plena vigencia del resto de conclusiones establecido en dicho instrumento.

### **XIV.- Diligencias de investigación y tutela de víctimas**

La preocupación del Legislador por reforzar la posición de la víctima en el actual proceso penal ha sido una constante en estos últimos años, tratando de superar la tradicional y flagrante preterición que había sufrido en el proceso penal.

Dentro de esta tendencia imparable se habla del nacimiento de un verdadero principio *pro damnato* o *favor victimae*.

Esta tendencia ha tenido su reflejo en la reforma operada por Ley 24/2007 en el EOMF, que de nuevo en su art. 4, apartado sexto establece que el Ministerio Fiscal, para el ejercicio de sus funciones, podrá establecer en las sedes de las Fiscalías Provinciales y en las que se considere necesario, centros de relación con las víctimas y perjudicados de las infracciones

criminales cometidas en su circunscripción y por las que se sigue proceso penal en los Juzgados o Tribunales de la misma, con la finalidad de conocer los daños y perjuicios sufridos por ellas y para que aporten los documentos y demás pruebas de que dispongan para acreditar su naturaleza y alcance.

Esos puntos de contacto con las víctimas podrán servir también para tales menesteres cuando pese a no haberse abierto aún un proceso judicial, se hayan iniciado por el Fiscal diligencias de investigación.

Habrán de procurar los Sres. Fiscales el escrupuloso reconocimiento del derecho de información de las víctimas, conforme a las prescripciones de la Instrucción 8/2005, de 26 de julio, *sobre el deber de información en la tutela y protección de las víctimas en el proceso penal*.

Debe también entenderse que el Fiscal puede adoptar medidas en protección de víctimas y testigos en el curso de sus Diligencias de Investigación, conforme a las prescripciones de la Ley 19/1994, de 23 de diciembre, *de protección a testigos y peritos en causas criminales*.

De hecho, esta posibilidad ha sido abiertamente asumida en la fase de instrucción del proceso penal de menores tanto por la denominada jurisprudencia menor (vid. SAP Guipúzcoa sección primera nº 178/05, de 15 de julio) como por la doctrina de la Fiscalía General del Estado en su Instrucción 10/2005 de 6 de octubre, *sobre el tratamiento del acoso escolar desde el Sistema de Justicia Juvenil*.

## **XV.- Auxilios Fiscales**

Con frecuencia, durante la tramitación de diligencias de investigación, es necesaria la comunicación entre diferentes Fiscalías, cuando se precisa la práctica de alguna diligencia o notificación que deba llevarse a efecto fuera de la demarcación provincial de la Fiscalía investigadora. Dichas comunicaciones se estructuran a menudo a través de los denominados auxilios fiscales, como trasunto de los exhortos para cooperación entre órganos jurisdiccionales, contemplados en los arts. 273 y ss. de la LOPJ, 183 y ss. LECrim y 169 y ss. de la LEC.

Esta materia ha sido abordada puntualmente en la doctrina de la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/1989 y en la Instrucción 2/2000 *sobre aspectos organizativos de las Secciones de Menores de las Fiscalías*. En esta última, además de preverse la llevanza de un libro para el registro de los auxilios fiscales, se insistía como ideas básicas en que *se instarán a través de cualquier medio de comunicación incluso el telefónico, de manera que quede suficientemente acreditada su procedencia, debiendo cumplimentarse en el menor tiempo posible, recordándose en su caso la pendencia*.

Últimamente ha sido tratada esta materia de forma más amplia, aunque referida al ámbito de los expedientes de responsabilidad penal de menores, en la Circular 9/2011, de 16 de noviembre, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de reforma de menores*.

La idea rectora inspiradora de todas las comunicaciones entre las Fiscalías es la de que deben estar presididas por la celeridad y flexibilidad, evitando prácticas burocráticas que puedan dilatar el curso de las diligencias. Se recurrirá al auxilio fiscal solamente para la ejecución de aquellas diligencias en que fuere estrictamente preciso, acudiendo preferiblemente a cualquier medio posible de comunicación inmediata, telefónica o telemática.

Se evitará recurrir al auxilio fiscal cuando solo se pretenda notificar a perjudicados decretos de archivo o de incoación de diligencias, sin otras diligencias adicionales. En estos casos se practicarán las notificaciones por el Fiscal que tramita las diligencias de investigación, mediante correo certificado o recurriendo a cualquier medio que permita la constancia fehaciente de su recepción. Se exceptuarán de esta regla general únicamente aquellos supuestos aislados en que la notificación fuera acompañada de un requerimiento que, por su trascendencia o sus efectos, exija práctica personal mediante comparecencia del interesado en la Secretaría de la Fiscalía correspondiente al lugar de su domicilio.

Debe igualmente evitarse seguir los trámites del auxilio fiscal cuando se trate únicamente de llevar a efecto tasaciones periciales de daños. En este caso, el Fiscal investigador deberá recabar directamente la tasación de los peritos de que disponga en su sede de actuación, instándoles a que contacten con los perjudicados a fin de que remitan los presupuestos de reparación o facturas y demás documentación precisa para el evalúo, o haciendo dicho requerimiento directamente si lo considerase más oportuno. Solamente debería recurrirse al auxilio en supuestos en que, por su trascendencia y cuantía excepcionales, quedase justificada la comparecencia personal del perjudicado en la Fiscalía de su lugar de residencia para la entrega de la documentación pertinente a la pericia.

Cuando se precisen diligencias policiales que deban efectuarse en provincia distinta de aquella en la que se siguen las diligencias, sin necesidad de auxilio, el Fiscal investigador dará las órdenes oportunas al grupo de Policía Judicial para que dichos funcionarios policiales, por vía interna, se coordinen con aquellos del lugar donde se hayan de practicar las diligencias y declaraciones a fin de llevarlas a cabo.

Si se cursara un auxilio desde una Fiscalía de una Comunidad Autónoma con idioma cooficial propio, a otra en la que ese idioma no sea coincidente, el Fiscal exhortante deberá asegurarse de que el atestado, o cualquier otro documento escrito en lengua diferente al castellano que se adjunte, vayan acompañados de la correspondiente traducción, de conformidad con lo previsto en el art. 231.4 LOPJ.

## **XVI.- Aspectos Accesorios**

El personal colaborador deberá dar cuenta al Fiscal de los escritos y documentos que se presenten en las diligencias de investigación, correspondiéndoles la llevanza de libros y registros, documentación e igualmente la conservación de las actuaciones, responsabilizándose de la autenticidad de los hechos o actos que acrediten (art. 282.2 LOPJ).

Las diligencias de constancia serán también función del personal colaborador conforme a los criterios sentados por la Instrucciones 2/2000, 1/2003 y arts. 106 y 112 Reglamento 437/1969, de 27 de febrero y art. 41 Ley 30/92).

En cuanto a la práctica de las notificaciones y demás actos de comunicación y de cooperación habrán de acordarse por el Fiscal y cumplimentarse por el personal auxiliar de Fiscalía.

El personal colaborador bajo cuya custodia se encuentren las diligencias de investigación, previa autorización expresa o tácita del Fiscal, de acuerdo con las instrucciones que haya recibido, será el encargado de dar vista del expediente a los Letrados designados, mediante visualización directa en dependencias de la oficina fiscal, o entregando copia de lo actuado.

Además procederá también la expedición cuando habiéndose archivado el procedimiento en Fiscalía, se soliciten copias para entablar acciones civiles.

En cuanto al depósito de numerario que pudiera haberse intervenido, será el Fiscal quien habrá de acordar lo que proceda y, con la colaboración del personal auxiliar, ingresarlo en la cuenta de consignaciones, poniéndolo a disposición del Juzgado de Instrucción una vez se judicialice el asunto. La materia está regulada en la disposición adicional segunda del Real Decreto 467/2006 de 21 de abril, por el que se regulan los Depósitos y Consignaciones judiciales en metálico, que expresamente se dedica a la cuenta de Depósitos y Consignaciones de las Fiscalías en el marco de las diligencias de investigación.

Conforme a los arts. 475 y 476 LECrim y Disposición Adicional Séptima de la LO 19/2003 puede concluirse con que las funciones de certificación y documentación de actos, pueden ser desempeñados por los funcionarios del cuerpo de Gestión procesal de la Administración de Justicia. Esta es también la interpretación sentada por la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/2004.

Las comunicaciones se practicarán de ordinario a través del servicio de correos en la modalidad de acuse de recibo. No hay sin embargo obstáculo para practicar la diligencia de citación o notificación por otras vías, como la telefónica, por fax o por medio de correo electrónico dejando constancia en las actuaciones de su ejecución con los datos necesarios,

esto es, número emisor, número receptor, fecha y hora, así como la identificación del Fiscal interviniente y de la persona con la que se entiende la diligencia.

## **XVII.- Tratamiento de las solicitudes de copia de las actuaciones**

En relación con la posibilidad de expedir copias de las diligencias de investigación a los interesados, la doctrina de la Fiscalía General del Estado se ha pronunciado puntualmente sobre esta materia en la en la Instrucción 2/2000, de 27 diciembre, *sobre aspectos organizativos de las secciones de menores de los Fiscales ante la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero de Responsabilidad Penal de los Menores*; en la Instrucción 3/2004, de 29 de marzo, *sobre las consecuencias de la desaparición del Secretario en las Secciones de Menores de Fiscalía* y en la Circular 2/2012, de 26 de diciembre, *sobre unificación de criterios en los procedimientos por sustracción de menores recién nacidos*. Colateralmente debe también tenerse presente la Instrucción 8/2004, de 17 de diciembre, *sobre la necesidad de promover el acceso de los Letrados de la defensa a las copias de los atestados en las actuaciones ante el Juzgado de Guardia en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de delitos*.

Las pautas que al respecto se impartan deben ser necesariamente flexibles, teniendo en cuenta que el Instructor de las diligencias debe ser, en cada caso concreto en el que se le pida copia de las mismas, quien evalúe si el solicitante tiene un interés legítimo y si las actuaciones pueden considerarse en todo o en parte reservadas y por tanto, no susceptibles de entrega.

En principio debe partirse de que el art. 140 LEC puede aplicarse analógicamente *mutatis mutandis* en cuanto dispone que *los Secretarios Judiciales y personal competente al servicio de los tribunales facilitarán a cualesquiera personas que acrediten un interés legítimo cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales, que podrán examinar y conocer. También podrán pedir aquéllas, a su costa, la obtención de copias simples de escritos y documentos que consten en los autos*.

El atestado incorporado a las actuaciones debe entenderse en principio de carácter reservado, por lo que la regla general será la de no proporcionar copia del mismo, sin perjuicio de que en caso de que se ejerciten acciones por los interesados, se remita a solicitud del órgano jurisdiccional copia íntegra del expediente.

Si las diligencias de investigación hubieran sido judicializadas, corresponderá al órgano jurisdiccional proporcionar a los interesados los correspondientes testimonios.

Desde el punto de vista organizativo, debe ser -en principio y sin perjuicio de las facultades autoorganizativas de las Fiscalías- el personal colaborador bajo cuya custodia se encuentren los expedientes, previa autorización del Fiscal, el encargado de dar vista del expediente mediante visualización directa en dependencias de la oficina fiscal, o entregando copia de lo actuado.

Desde luego, cuando es el sospechoso o su Letrado quien pide que se le dé vista de lo actuado, teniendo en cuenta que como se expuso *supra* no cabe declarar secretas las diligencias de investigación, habrá de accederse a la solicitud.

Si el denunciante aportó documentación original y las diligencias de investigación han finalizado con un archivo, a solicitud del mismo procederá desglosar tales documentos originales y entregarlos al denunciante dejando copia en el expediente.

## **XVIII.- Diligencias de investigación y relaciones con los medios de comunicación**

Debe en este punto hacerse una remisión a las pautas contenidas en el apartado V de la Instrucción 3/2005, de 7 de abril, *sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación* que, en definitiva, pueden sintetizarse en la necesidad de llegar a un punto de equilibrio entre el respeto al principio de reserva que debe presidir la fase de investigación por su propia naturaleza y la posibilidad, si concurre una demanda por ser los hechos noticiosos, de proporcionar información sobre los hechos por los que se sigue el procedimiento y sobre las decisiones adoptadas, excluyendo los datos que por afectar a la investigación deben

considerarse sensibles o que puedan afectar de forma desproporcionada al honor de las personas o a la presunción de inocencia.

Es de interés en este punto la reciente Opinión (2013) nº 8 del Consejo Consultivo de los Fiscales Europeos sobre las relaciones de los Fiscales y los medios de comunicación.

## **XIX.- Diligencias de investigación y cooperación jurídica internacional**

Los Fiscales pueden solicitar a las autoridades extranjeras por la vía del auxilio judicial internacional y conforme a los Convenios internacionales vigentes o en su defecto con base en la reciprocidad, cualquier diligencia que no esté reservada conforme a las normas procesales españolas a la autoridad judicial. Estas comisiones rogatorias o solicitudes de auxilio judicial emitidas por los Fiscales en el seno de sus diligencias de investigación deben ser anotadas en el registro automatizado de comisiones rogatorias y expedientes de cooperación internacional (CRIS).

## **XX.- Diligencias preprocesales en ámbitos no penales**

La reforma introducida por Ley 14/2003 en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, introdujo en el art. 5 una norma de cobertura para una pluralidad de actuaciones que debe llevar a cabo el Ministerio Fiscal en ámbitos dispersos y para las que no se contaba con soporte formal alguno. En efecto, el art. 5 EOMF in fine dispone que *también podrá el Fiscal incoar diligencias preprocesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye.*

Esta previsión permite al Fiscal contar con un vehículo procedimental para desenvolverse cuando considere conveniente un examen preliminar de un asunto perteneciente a cualquier jurisdicción antes de llegar a “promover la acción de la justicia”.

Ya la Instrucción 2/2006, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores hacía uso de esta nueva habilitación estableciendo que *quedan superadas las dudas que se planteaban por la anterior inexistencia de una disposición expresa que permitiera al Fiscal tener un soporte para realizar actuaciones preparatorias a la presentación de una demanda civil. Consiguientemente podrán los Sres. Fiscales utilizar estas diligencias para recabar los datos que consideren de interés para preparar la demanda civil o, incluso, para decidir si tal demanda debe o no presentarse.*

Este mismo esquema es trasladable a múltiples cometidos del Ministerio Fiscal, especialmente en materia de preparación de demandas civiles para las que está legitimado el Fiscal como incapacitaciones, promoción jurisdiccional de medidas en protección de menores, estudio sobre la viabilidad de la interposición de un recurso de amparo constitucional o estudio sobre la viabilidad de la interposición de una demanda para la ilegalización un partido político en aplicación de la LO 6/2002, de 27 de junio, *de Partidos Políticos*. También estas diligencias podrán encauzar otras actuaciones de naturaleza gubernativa o disciplinaria.

En este tipo de diligencias concurren una serie de singularidades que la separan del régimen común de las diligencias de investigación. Coherentemente, su tratamiento debe ser distinto, tanto en aspectos adjetivos como en su denominación, pues debe seguirse la nomenclatura legal –diligencias preprocesales–, su registro y numeración, como en aspectos materiales, básicamente en cuanto a que deben por su propia naturaleza extrapenal relajarse los principios de contradicción y de defensa.

Tampoco tales diligencias deberán entenderse sometidas al plazo máximo de duración de seis meses, no siendo consecuentemente necesaria la petición de prórroga a la Fiscalía General del Estado cuando se rebase dicho periodo legal.

Por medio de estas diligencias puede también darse cauce a las quejas y escritos diversos que en muchas ocasiones se presentan en Fiscalía pese a no ser denuncias ni describir conductas presuntamente delictivas. Estos escritos no deben dar lugar a la incoación de diligencias de investigación.

Las diligencias preprocesales también serán el cauce formal, como ya se expuso en la Circular 2/2006, de 27 de julio *sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España*, para tramitar las diligencias de determinación de la edad de menores extranjeros no acompañados y para la supervisión de los procesos de repatriación de menores.

## XXI.- Conclusiones

1º Cuando se reciba noticia de la comisión de hechos que pudieran tener relevancia penal, sea cual fuere la vía a través de la cual la *notitia criminis* llegue al Fiscal, habrán de incoarse diligencias de investigación, que deberán acomodarse a sus requisitos y exigencias. No deberán los Sres. Fiscales en estos casos incoar diligencias preprocesales.

2º La primera actuación a realizar ante la recepción de la *notitia criminis* habrá de ser la de incoar las diligencias mediante un decreto de apertura, especificando los hechos a investigar, aunque puedan emplearse fórmulas genéricas cuando los mismos no estén perfilados. También deberá contener su provisional calificación jurídica, designando un Fiscal instructor, resolviendo sobre las diligencias iniciales que se hayan de practicar para el esclarecimiento del delito y acordando la anotación en el Libro registro correspondiente.

3º El reparto debe hacerse conforme a un turno preestablecido, sin perjuicio de las facultades autoorganizativas de cada Fiscalía, y de la posibilidad de asignar asuntos en base a criterios de especialización y coordinación.

4º Tanto el acuerdo de apertura como los demás acuerdos que se tomen en el curso de la investigación, incluido el de conclusión, habrán de adoptar la forma de decreto, conforme a las pautas formales recogidas en la Instrucción 1/2005, de 27 de enero.

5º No podrán ser objeto de investigación a través estas diligencias los delitos privados.

6º Cuando la *notitia criminis* se refiera a delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, las diligencias de investigación serán también el cauce adecuado para ponderar los legítimos intereses en presencia y decidir si procede presentar denuncia o querrela, conforme a las previsiones del art. 191.1 CP. Este mismo criterio será aplicable en relación con los demás delitos semipúblicos en los que se legitima al Fiscal para presentar denuncia.

7º Las diligencias de investigación deben tramitarse conforme el principio de impulso de oficio.

8º El Fiscal, en el curso de las diligencias de investigación, puede acordar, entre otras, la práctica de ruedas de reconocimiento, reconocimientos fotográficos, informes periciales de antropometría o lofoscopia; diligencias de inspección ocular; careos, intervención de agendas o dietarios del imputado, diligencias que impliquen grabaciones videográficas de personas o cosas; acceso a ordenadores, siempre que concurra urgencia; exhumación de cadáveres; interesar diligencias de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias; autorizar la técnica del agente encubierto y la entrega vigilada; ordenar vigilancias y seguimientos de personas en lugares públicos, recabar los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración tributaria en el desempeño de sus funciones; solicitar datos del registro civil y solicitar datos a entidades bancarias e intervenir los efectos del delito.

9º Cuando la práctica de la diligencia de toma de declaración del sospechoso pudiera frustrar la investigación, lo procedente será judicializar las actuaciones solicitando del Juzgado la declaración de secreto. No será admisible por tanto en estos casos continuar investigando hechos ya perfilados de espaldas a un sospechoso claramente determinado.

10º Deberá reconocerse al investigado la facultad de instar la práctica de diligencias en su descargo, que habrán de ser admitidas por el Fiscal cuando las mismas sean pertinentes y útiles y rechazadas en caso contrario, mediante decreto debidamente motivado. El decreto no será susceptible de recurso.

11º La posibilidad de prórroga debe ser rectamente entendida como una excepción a la regla general, constituida por unas diligencias de vida ordinaria inferior a los seis meses.

12º En caso de que tal plazo no pueda cumplirse, el oficio solicitando la concesión de prórroga, que debe ser dirigido al Fiscal General del Estado a través de la Secretaría Técnica, deberá

contener como mínimo la fecha de incoación de las diligencias de investigación, la identificación de las personas investigadas, una sucinta descripción de los hechos investigados y de su encaje penal y las causas que impiden la terminación de las mismas en el plazo ordinario de los seis meses.

13º La solicitud de prórroga debe formularse con antelación suficiente para que la resolución de la Fiscalía General pueda recaer con anterioridad al agotamiento del plazo inicial.

14º En los casos en los que agotado el plazo inicial aún no se haya recibido la contestación de la Fiscalía General, la Fiscalía investigadora deberá abstenerse de acordar la práctica de nuevas diligencias hasta tanto reciba la autorización de la prórroga.

15º La conclusión de las diligencias debe realizarse por decreto, requiriendo este acto, por su trascendencia jurídica, un reforzado cumplimiento de las exigencias derivadas de la motivación, tanto cuando se acuerde el archivo como cuando se decrete la presentación de denuncia o querrela.

16º El Fiscal no está obligado a agotar la investigación en sus diligencias, gozando de plena autonomía para decidir en qué momento resulta aconsejable la judicialización de esas diligencias de investigación. Los órganos judiciales carecen de facultades para revisar esa decisión.

17º La posición del Fiscal podrá ser la de no practicar diligencias de investigación y remitir directamente la denuncia recibida al Juzgado.

18º Si de los hechos denunciados se desprende la concurrencia de un *periculum in mora* que haga necesaria la adopción de medidas cautelares, habrá de judicializarse *ipso facto* el asunto.

19º Si de las actuaciones abiertas por el Fiscal se desprende la necesidad de preconstituir alguna prueba, habrán inmediatamente de judicializarse las diligencias.

20º La remisión a la autoridad judicial competente puede ser inmediata, si en ella aparecen indicios de la *notitia criminis* y se corre el riesgo de prescripción.

21º Deberá optarse por la judicialización cuando se requiera la práctica de diligencias restrictivas de derechos fundamentales.

22º El archivo procederá tanto cuando como expresamente recoge la Ley el hecho no revista carácter de delito como cuando se compruebe la inexistencia del hecho o la falta de elementos suficientes para mantener su perpetración.

23º Si el hecho reviste caracteres de delito las actuaciones, una vez finalizadas, habrán de remitirse al Juzgado, con independencia de que haya llegado o no a identificarse o a localizarse al denunciado.

24º Podrá el Fiscal acordar el archivo por falta de tipicidad de los hechos, por falta de prueba suficiente y también en supuestos en los que claramente concurriera una causa de extinción de la responsabilidad penal o una excusa absoluta.

25º El momento en el que debe el Fiscal cesar y remitir las diligencias es el mismo momento en que la denuncia o atestado sea turnada a un Juzgado concreto. Hasta ese momento no hay procedimiento judicial abierto.

26º La naturaleza preprocesal y no jurisdiccional de las actuaciones del Fiscal llevan a la conclusión lógica de que la decisión de archivo en ningún caso podrá equipararse ni en su naturaleza ni en sus efectos jurídicos a la decisión de sobreseimiento del Juez de Instrucción.

27º No procederá desde luego el archivo por razones de oportunidad, principio éste no admitido en nuestro vigente sistema procesal.

28º Una vez practicadas diligencias de investigación por el Fiscal, si existen indicios de delito, podrá optarse por la presentación de denuncia o de querrela. Lo que no cabrá en estos casos es el mero traslado de lo actuado al Juez de instrucción para que éste incoe diligencias previas, sin formular denuncia ni querrela.

29º La decisión sobre si presentar denuncia o querrela habrá de adoptarse en función de si dispone el Fiscal de elementos suficientes para ejercitar la acción penal conforme a los requisitos exigidos por el art. 277 LECrim.

30º Los Sres. Fiscales deberán con carácter general promover la comunicación del resultado de las diligencias de investigación a la autoridad administrativa sancionadora cuando los hechos, pese a no tener trascendencia penal, puedan tener relevancia desde la óptica del Derecho administrativo sancionador.

31º Perjudicados y ofendidos tienen que ser notificados de la resolución que adopte el Fiscal por la que concluya sus diligencias de investigación, sea de archivo o sea de promoción de un proceso. Tal derecho a ser notificados lo tendrán hayan sido o no denunciante. Idéntico derecho habrá de reconocerse a los denunciante aunque no tengan la consideración de perjudicados u ofendidos. En todos estos casos deberá en la notificación advertírseles, si se ha acordado el archivo, que pueden presentar su denuncia ante el Juez de Instrucción.

32º No son trasladables a las diligencias de investigación del Fiscal las disposiciones de la LECrim relativas a la posibilidad de personación de la acusación particular o popular.

33º El Fiscal puede adoptar medidas en protección de víctimas y testigos en el curso de sus diligencias de investigación, conforme a las prescripciones de la Ley 19/1994, de 23 de diciembre, *de protección a testigos y peritos en causas criminales*.

34º El instructor de las diligencias debe ser, en cada caso concreto en el que se le pida copia de las mismas, quien evalúe si el solicitante tiene un interés legítimo y si las actuaciones pueden considerarse en todo o en parte reservadas y por tanto, no susceptibles de entrega.

35º El atestado incorporado a las actuaciones debe entenderse en principio de carácter reservado.

36º Si las diligencias de investigación hubieran sido judicializadas, corresponderá al órgano jurisdiccional proporcionar a los interesados los correspondientes testimonios.

37º Cuando es el sospechoso o su Letrado quien pide que se le dé vista de lo actuado, teniendo en cuenta que no cabe declarar secretas las diligencias de investigación, habrá de accederse a la solicitud.

Madrid, 30 de diciembre de 2013.- El Fiscal General del Estado, Eduardo Torres-Dulce Lifante.