

# DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL Y LA ASISTENCIA DE LETRADO

Comentario a la STS de 11 de enero de 2017<sup>1</sup>

Ángel Muñoz Marín

Fiscal. Fiscalía General del Estado

---

## EXTRACTO

Las diligencias de investigación que realiza la Fiscalía no son susceptibles de generar actos de prueba, pero esa limitación funcional no puede ser utilizada como excusa para prescindir de la asistencia letrada a la persona objeto de esa pre-investigación ni diluir la vigencia de los principios de contradicción y proporcionalidad. Inidoneidad como prueba preconstituída del dictamen pericial elaborado en el marco de las diligencias preliminares practicadas por el fiscal, ya que la ausencia de letrado durante el desarrollo de todas y cada una de esas diligencias –singularmente, las de carácter personal– y, sobre todo, su naturaleza ajena al genuino concepto de acto procesal, impiden ver en ese dictamen de los expertos una fuente de prueba susceptible de integrarse en el material valorable por el órgano decisorio. Las diligencias de investigación practicadas por el Ministerio Público no pueden aspirar a transmutar su naturaleza y convertirse en actos de prueba, pues lo impide el concepto mismo de acto procesal, íntimamente ligado a los principios constitucionales que informan el ejercicio de la genuina función jurisdiccional. Esa limitación funcional, sin embargo, no puede ser utilizada como excusa para prescindir de la asistencia letrada o para diluir la vigencia de los principios de contradicción y proporcionalidad, y es que el ciudadano no puede ser despojado «del irrenunciable cuadro de garantías que le asisten» cuando es investigado.

**Palabras clave:** diligencias de investigación, Ministerio Fiscal y asistencia letrada.

---

*Fecha de entrada:* 15-02-2017 / *Fecha de aceptación:* 24-02-2017

---

<sup>1</sup> Véase el texto de esta sentencia en [www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com) (selección de jurisprudencia de Derecho Penal del 16 al 31 de enero de 2017).

El marco fáctico presentado al Tribunal Supremo es el siguiente: en el curso de unas diligencias de investigación tramitadas por el Ministerio Fiscal, las cuales fueron iniciadas tras la recepción de una denuncia por parte de la Policía Local, fue citado el acusado Anselmo a fin de presentar declaración en calidad de investigado. Una vez personado este en la sede de la Fiscalía se le advierte de su derecho a la asistencia letrada durante su declaración, a lo cual renuncia. Así mismo, efectuó en dicho momento un cuerpo de escritura, que posteriormente fue objeto de análisis pericial, y que fue determinante para ejercitar la acusación contra el mismo. La Audiencia Provincial en su sentencia procedió a anular dicho cuerpo de escritura al no haberse respetado las normas del procedimiento; infracción que a su juicio generó una indefensión material, lo que derivó en la absolución de Anselmo. El recurso planteado por el Ministerio Fiscal alega, en defensa de la validez del cuerpo de escritura recogido, que el acusado no estuvo detenido en ningún momento, ni fue objeto de ningún acto coactivo para que efectuara el mismo.

Conviene, sobre la base de lo expuesto en el párrafo anterior, centrar cuál va a ser el núcleo del debate jurídico que aborda el Tribunal Supremo. La controversia, con independencia del resto de aristas, que indefectiblemente la sentencia tratar de limar, va a gravitar sobre si ha existido o no esa indefensión material a que se refería el tribunal *a quo*, y si en el marco de una investigación llevada a cabo por el Ministerio Fiscal hay que aplicar con la misma intensidad y exhaustividad el haz de derechos que envuelven el proceso penal en sí.

El Tribunal Supremo, a nuestro juicio, parece realizar una velada crítica al sistema de «doble investigación» que arbitra la ley procesal. Lo denomina de «extravagancia legislativa», y no le falta inteligencia a dicha aseveración. Existen ciertamente dos caminos en la investigación de las conductas potencialmente delictivas, por una parte la que contempla el artículo 773.2 de la LECrim. y el artículo 5 del EOMF (Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), y de otra, la tradicional que sustentan los artículos 299 y 771.1 de la LECrim. Con, quizás, mayor sutileza al inicio de su argumentación jurídica, el Tribunal Supremo ya incide en esta situación de anomalía jurídica recogida en nuestro ordenamiento jurídico cuando se refiere a lo que denomina «indefinición de nuestro sistema procesal», confrontando el tradicional sistema que se sustenta en el artículo 306 de la LECrim. que concede la llave de la investigación al Juez de Instrucción (modelo por otra parte en clara disfunción con el resto de países de nuestra órbita continental), con el que denomina «modelo proteico», cuyo exponente es el ya citado artículo 773.2 de la LECrim.

El diccionario de la RAE define el adjetivo «proteico» como aquello que cambia de forma o de ideas, y sin duda el adjetivo utilizado por el Tribunal Supremo dibuja con total corrección el procedimiento existente hoy día, que en muchos casos supone una duplicidad de actuaciones, una con carácter preprocesal cuya finalidad es preparar la posterior investigación procesal, y otra con carácter procesal pero cuya finalidad es también preparar la posterior celebración del juicio oral. Así enfocado parece que se está doblemente preparando lo que en definitiva es el momento ciertamente determinante del proceso penal, la celebración del juicio oral.

Al margen de estas disquisiciones, a las que hemos hecho referencia por su indudable interés, aunque sea en un plano metafísico, el nudo gordiano del debate procesal deriva en las garantías

que deben presidir las diligencias de investigación llevadas a cabo por el Ministerio Fiscal. En este punto, y como ya hemos aludido con insistencia, los dos preceptos que otorgan esta facultad al Ministerio Fiscal son el artículo 773.2 de la LECrim. y el artículo 5 del EOMF.

Al respecto, el artículo 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, en la cual se observarán las mismas garantías señaladas en esta ley para la prestada ante el juez o tribunal».

A mayor abundamiento, el artículo 5 del EOMF realiza dos afirmaciones importantes, de una parte, «los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa inspirarán la práctica de estas diligencias», y de otra, «a tal fin, el fiscal recibirá declaración al sospechoso, quien habrá de estar asistido por letrado y podrá tomar conocimiento del contenido de las diligencias practicadas».

La primera conclusión que se extrae de dichos mandatos legales es que el Ministerio Fiscal en el curso de sus «diligencias de investigación» puede citar a cualquier persona para que comparezca ante él, tanto en calidad de investigado o «sospechoso» –como lo califica el EOMF–, como en calidad de testigo o incluso perito. El artículo 773.2 de la LECrim., que parece tener un enfoque más general, se refiere a «cualquier persona», remitiéndose en cuanto a la forma de comparecencia a lo que establezca la ley, que en el caso de los investigados habrá que ampararse en lo establecido en el artículo 118 de la LECrim. Mientras, el artículo 5.2 del EOMF deviene más preciso el referirse al sospechoso y exigir que su declaración se realice en presencia de letrado.

De lo dicho resulta obligatorio abrir las puertas al contenido del artículo 118 de la LECrim., del que extractamos lo siguiente: «Toda persona a quien se atribuya un hecho punible podrá ejercer el derecho de defensa, interviniendo en las actuaciones, desde que se le comunique su existencia»; «el derecho de defensa se ejercerá sin más limitaciones que las expresamente previstas en la ley desde la atribución del hecho punible investigado hasta la extinción de la pena»; y finalmente, «el derecho de defensa comprende la asistencia letrada de un abogado de libre designación o, en su defecto, de un abogado de oficio, con el que podrá comunicarse y entrevistarse reservadamente, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía el fiscal o la autoridad judicial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 527 y que estará presente en todas sus declaraciones, así como en las diligencias de reconocimientos, careos y reconstrucción de hechos».

También resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 767 de la LECrim. que dispone: «Desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada será necesaria la asistencia letrada. La Policía Judicial, el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial recabarán de inmediato del Colegio de Abogados la designación de un abogado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado».

Del estudio de dichas preceptos la conclusión que fluye con claridad es tanto el derecho a la presencia letrada en cualquier declaración de un investigado como la exigencia de la misma. No cabe renuncia a la presencia del letrado. Solo el artículo 520.8 de la LECrim. contiene una excepción a dicha asistencia letrada para un detenido, al disponer: «No obstante, el detenido o preso podrá renunciar a la preceptiva asistencia de abogado si su detención lo fuere por hechos susceptibles de ser tipificados

exclusivamente como delitos contra la seguridad del tráfico, siempre que se le haya facilitado información clara y suficiente en un lenguaje sencillo y comprensible sobre el contenido de dicho derecho y las consecuencias de la renuncia. El detenido podrá revocar su renuncia en cualquier momento».

Aunque la sentencia insista reiteradamente que el objeto del debate no hay que focalizarlo en la cuestión de si la formación del cuerpo de escritura ha de ser elaborado o no en presencia de letrado (aquí ya admite el Alto Tribunal la existencia de una diversidad de jurisprudencia en un sentido afirmativo o negativo), sino en si «el estándar constitucional de garantías para el investigado penal ha de modularse, admitiendo incluso una relajación en función del modelo de investigación en el que se desarrolle la práctica de aquellas diligencias», lo cierto es que lo que se está dilucidando es si el cuerpo de escritura que se realizó por el acusado (en aquel momento sospechoso o investigado), sin la presencia de letrado nació con tales vicios, que produjo la nulidad del posterior dictamen pericial que se realizó con base en el mismo. No olvidemos que, según relata la sentencia, uno de los peritos que realizó el informe pericial compareció en el plenario, sometiéndose a las preguntas de las partes, con lo que el principio de contradicción se ejercitó en plenitud. No se trata pues de que la afirmación contenida en el artículo 5.2 del EOMF de que «todas las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o que se llevan a cabo bajo su dirección gozarán de presunción de autenticidad» suponga que dichas pruebas queden al margen de los principios de contradicción e inmediación que rige el acto del plenario, sino, realmente, si la ausencia de letrado en tal diligencia de prueba era o no necesaria bajo sanción de nulidad.

El artículo 118 de la LECrim., al que hemos hecho referencia, y que es uno de los pilares en los que se sustenta del denominado «derecho de defensa», no es claro al respecto, ya que la presencia de letrado se exige, además de para la diligencia de declaración, para las de reconocimiento, careos y reconstrucción de hechos, guardando silencio respecto a otra serie de diligencias como pudiera ser la toma de cuerpos de escritura.

La solución a la cuestión de fondo, que, insistimos, se trata de si el cuerpo de escritura que realizó el investigado debería haberse realizado en presencia letrada, hay que buscarla en un pasaje de la sentencia, en el que tras enumerar el Tribunal Supremo el conjunto de diligencias practicadas durante la investigación del Ministerio Fiscal (declaraciones testificales, interrogatorio del sospechoso, valoración de la documentación remitida, práctica de un cuerpo de escritura y la realización de un dictamen técnico suscrito por dos agentes especializados en grafística) concluye que «todas estas diligencias fueron practicadas de espaldas a los principios de contradicción y defensa». De todo ello se concluye que si bien el Ministerio Fiscal bajo el paraguas de lo establecido en el artículo 773.2 de la LECrim. y artículo 5.2 del EOMF puede solicitar de un sospechoso la realización de un cuerpo de escritura, lo cierto es que en aras del derecho de defensa, el mismo deberá realizarse en presencia de letrado. Y así lo certifica la sentencia al afirmar que «la ausencia de letrado durante el desarrollo de todas y cada una de esas diligencias –singularmente las de carácter personal– y, sobre todo, su naturaleza ajena al genuino concepto de acto procesal impiden ver en ese dictamen de los expertos una fuente de prueba susceptible de integrarse en el material valorable por el órgano decisorio». De ello, y con el espíritu que parece resumir de la sentencia, podría afirmarse que también en el caso de que el cuerpo de escritura se realizara en el curso de una investigación judicial, el mismo debiera efectuarse en presencia de letrado.