

CONSULTA NUMERO 2/1995, de 19 de abril

ACERCA DE DOS CUESTIONES SOBRE LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACION DEL FISCAL: SU DESTINO Y LA PRETENDIDA EXIGENCIA DE EXHAUSTIVIDAD

I. ANTECEDENTES

A raíz de la recepción en la Fiscalía que eleva la consulta de una información procedente de la policía se incoaron varias diligencias de investigación que versaban sobre posibles delitos de los artículos 344 bis h) e i) del Código Penal. Practicadas algunas diligencias de carácter documental (incorporación de certificaciones de registros públicos), se remitieron las actuaciones del Fiscal a los correspondientes Juzgados con la solicitud de que se incoasen diligencias previas y se recibiesen diversas declaraciones.

Al versar las cuestiones sometidas a consulta sobre temas puramente procesales puede prescindirse en esta exposición de los antecedentes relativos al fondo del asunto concreto que ha dado origen a la Consulta. Lo relevante es destacar que en alguno de los Juzgados receptores de las actuaciones del Fiscal se procedió a la apertura de diligencias «indeterminadas» con simultáneo archivo basándose en lo establecido en los artículos 269 y 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Los recursos interpuestos por el Fiscal frente a tal resolución —reforma y ulterior queja— serían desestimados. Al resolver alguno de los recursos la Audiencia Provincial argumentaba, entre otras cosas, que el Fiscal, abiertas diligencias al amparo del artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, está obligado a

practicar *todas* aquellas diligencias de investigación que sean necesarias y que no estén reservadas legalmente al Instructor.

En algún otro supuesto el archivo recaído en las diligencias indeterminadas no fue notificado al Fiscal.

Con estos antecedentes la Consulta se bifurca en dos líneas:

a) Si es legalmente correcto que ante la remisión de unas diligencias de investigación del Fiscal el Instructor decreta la apertura de diligencias indeterminadas y acuerde el archivo al amparo del artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

b) Si el artículo 785 bis permite remitir al Juzgado las diligencias del Fiscal aunque no se haya agotado la investigación y queden pendientes de practicar algunas o muchas de las posibles diligencias cuya realización se recaba del Juzgado en el seno del correspondiente procedimiento Judicial, y aunque no exista impedimento legal para ser llevadas a cabo por el Fiscal.

La adecuada resolución de los dos interrogantes planteados exige seguir un metódico orden para desbrozar los muy distintos temas que confluyen y se yuxtaponen, insistiéndose en que se hará plena abstracción de los aspectos de fondo del caso que ha dado lugar a la Consulta que en nada condicionan la solución de las dos cuestiones propuestas enmarcadas en el ámbito puramente procesal.

II. LAS DILIGENCIAS INDETERMINADAS

Presupuesto primero ineludible del desarrollo de la argumentación son unas consideraciones generales sobre las diligencias indeterminadas. Conocido es el justificado recelo con que tradicionalmente han sido contempladas este tipo de diligencias por la Fiscalía pese a su implantación práctica en muchos órganos judiciales. Muestras de ese rechazo son numerosos pronunciamientos que arrancan de la Consulta de 27 de enero de 1924, cuyos argumentos, con unos u otros matices o acentos, se han ido repitiendo periódicamente (Consulta 6/1963 y Circulares 2/1969 y 4/1979) hasta llegar a la comunicación dirigida en 1982 desde la Fiscalía General del Estado al Consejo General del Poder Judicial denunciando ese

«hábito vicioso», según se calificaba expresamente de practicar bajo el nombre de «diligencias indeterminadas» un repertorio de actuaciones cuyo único cauce legal y natural habría de ser cualquiera de los procedimientos expresamente regulados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. También en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional puede encontrarse alguna insinuación de reproche a esa práctica judicial (Sentencia 148/1987, de 28 de septiembre).

Es cierto que no se puede afirmar con rotundidad que la incoación de «diligencias indeterminadas» sea siempre y en todo caso una práctica irregular. Hay supuestos, siempre excepcionales, en que puede ser correcta esa rotulación de unas actuaciones de la jurisdicción penal que, por tanto, quedarán extramuros de los procedimientos típicos de la Ley Procesal Penal.

Las «diligencias indeterminadas» cuentan con cierto apoyo normativo, aunque a nivel reglamentario. En su artículo 10.2 c), el Reglamento de Secretarios judiciales, aprobado por Real Decreto 429/1988, de 29 de abril, dispone que los Secretarios llevarán los libros correspondientes a las diligencias, sumarios y procesos penales, separados según su distinta naturaleza, debiendo igualmente abrir uno para los *asuntos penales indeterminados*. Idéntica previsión se contenía ya en el antecedente inmediato de la norma citada (art. 83 del derogado ROCSAJ, de 2 de mayo de 1968). El rango normativo de esa disposición obliga a entender que la utilización de ese tipo de diligencias nunca puede contradecir las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debiendo reservarse su uso para aquellos supuestos, extremadamente limitados, en que la citada Ley Procesal no impone la incoación de alguno de los tipos procesales que la misma regula.

Se desbordarían los términos en que queda centrada la Consulta si se intentase ahora elaborar un elenco de casos en que puede estar justificada la incoación de ese tipo de diligencias. Unos ponderados criterios sobre esa cuestión que, en términos generales y con algunas matizaciones, pueden considerarse aceptables y vigentes en su mayoría, se encuentran en la Circular de la Inspección de Tribunales de 24 de octubre de 1977 (entre otras, cuestiones de competencia por inhibitoria; presentación de querellas con defectos subsanables por delitos no perseguibles de oficio...). Pero junto a ello hay que recordar la plena actualidad de la doctrina que se reflejaba en la Circular 2/1969 en cuanto declaraba la inidoneidad de

las denominadas «diligencias indeterminadas» como marco procesal para realizar cualquier tipo de averiguación previa a la incoación de las auténticas modalidades de procesos penales previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Debe rechazarse todo intento de suplantación de los cauces procesales legales para averiguación de delitos por las legalmente atípicas «diligencias indeterminadas». Y con mayor rotundidad ha de proscribirse la utilización de esas actuaciones como fórmula para eludir la intervención del Fiscal.

III. DILIGENCIAS INDETERMINADAS Y ARTICULO 269 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

El siguiente hito del *iter* argumentativo consiste en dilucidar si la resolución que prevé el artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal puede adoptarse en el marco de esa atípica modalidad procedimental.

Dispone el artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

«Formalizada que sea la denuncia, se procederá o mandará proceder inmediatamente por el Juez o funcionario a quien se hiciere a la comprobación del hecho denunciado, salvo que éste no revistiere carácter de delito, o que la denuncia fuere manifiestamente falsa. En cualquiera de estos dos casos, el Tribunal o funcionario se abstendrán de todo procedimiento, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurran si desestimasen aquélla indebidamente.»

Sólo esos dos motivos autorizan el rechazo *a limine* de una denuncia: la ausencia de relevancia penal de los hechos o su manifiesta falsedad. La posibilidad de desestimar una denuncia es facultad no exclusiva del órgano jurisdiccional: también cualquier otro funcionario y, por supuesto, el Ministerio Fiscal pueden rechazar por esos motivos las denuncias que reciban. En esos casos, quedará siempre salvada la posibilidad del denunciante de reiterar la denuncia ante el correspondiente Juzgado.

En otros momentos y con un contexto constitucional bien diverso algunos interpretaron que el artículo 269 autoriza a omitir toda exteriorización de esa decisión de rechazo: bastaría con la mera abstención acompañada del archivo material de la denuncia. Hoy ese entendimiento sería completamente inviable. Cuando es

un Juez quien repele a *limine* la denuncia, tal decisión ha de exteriorizarse en la correspondiente resolución judicial —un auto debidamente motivado— por ineludibles exigencias de los principios constitucionales. Y la adopción de esa decisión de rechazo precisa un cierto soporte procesal, aunque la resolución comporta en sí que, en rigor, no se ha iniciado propiamente ningún procedimiento. Precisamente por ello, se ha dicho, éste es uno de los supuestos en que queda autorizada la incoación de diligencias indeterminadas cuyo contenido será exclusivamente el auto motivado mediante el que se rechaza la denuncia, y, en su caso, la tramitación de los posibles recursos. No puede incoarse ninguno de los procedimientos típicos, pues lo que hace esa resolución es precisamente negar el inicio de un proceso penal por considerarse que la denuncia está vacía de toda *notitia criminis* o es manifiestamente falsa.

Sin embargo, aun admitiéndose que tales reflexiones tienen ciertas dosis de razonabilidad, la objeción que se hace a la incoación de diligencias previas o sumario es más aparente que real. No existen obstáculos reales de peso que impidan adoptar esa resolución de inadmisión de una denuncia o una querrela en el marco de los citados procedimientos típicos, tal y como demuestra la práctica de muchos Juzgados y Tribunales. De esa forma además se disipa el peligro de que las resoluciones adoptadas se hurten al conocimiento del Fiscal, práctica que desde luego resulta intolerable y que encuentra en las «diligencias indeterminadas» un campo bien abonado para ser alentada. ¿Por qué acudir a un procedimiento atípico, cuando procesalmente no existe inconveniente para utilizar los procesos diseñados legalmente?

Estas consideraciones salen todavía más reforzadas en el procedimiento abreviado donde encontramos un específico precepto que diáfamanamente afirma la necesidad de incoar diligencias previas en todo caso:

«Todas las actuaciones judiciales relativas a delitos de los comprendidos en este título —reza el art. 789.2 de la LECr.— se registrarán como diligencias previas.»

La taxatividad con que se pronuncia este precepto diluye definitivamente los argumentos favorables al seguimiento de diligencias indeterminadas para repeler una denuncia.

IV. EL ARTICULO 269 EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

El hilo argumental lleva a otra cuestión: ¿El artículo 269 tiene vigencia en esa modalidad procesal?

En la filosofía originaria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el artículo 269 concedía al Instructor la posibilidad de rechazar la denuncia —de forma en parte paralela a lo que se dispone para la querrela en el art. 313— con el fin de evitar la incoación de un proceso penal que sólo iba a poder ser yugulado, pese a su patente innecesariedad, mediante una resolución de la audiencia. Por tanto, parecía lógico introducir la facultad jurisdiccional de enjuiciar *ab initio* la trascendencia penal de los hechos denunciados y la viabilidad del proceso para evitar malgastar energías y trámites inútiles y no dilapidar baldíamente actividades procesales.

La introducción en nuestro ordenamiento procesal de las diligencias previas con la facultad del Instructor de abortar en los primeros momentos el procedimiento (mediante alguna de las resoluciones que hoy se contemplan en el art. 789.5), hace decaer para el procedimiento abreviado en gran medida ese fundamento que sólo mantendría su pleno sentido en el procedimiento ordinario.

Sin embargo, ha de mantenerse la vigencia del artículo 269 también en el marco del procedimiento abreviado. De un lado, porque así se desprende del artículo 780.1.º al establecer la supletoriedad de las normas comunes de la ley en el procedimiento abreviado. Ninguna de las normas de los artículos 779 a 799 resulta incompatible con la vigencia del artículo 269. Además los motivos previstos en el artículo 269 como idóneos para fundamentar el rechazo *a limine* de una denuncia no se solapan completamente con las causas de archivo previstas en el artículo 789.5.1.º Hay cierta discordancia entre las causas que pueden motivar el rechazo de una denuncia y las que han de determinar el archivo de unas diligencias previas. Resultaría absurdo que en el procedimiento ordinario se concediesen al Instructor mayores facultades de abortar, desde el inicio, el proceso.

V. NULIDAD Y DILIGENCIAS INDETERMINADAS

De cualquier forma en el caso concreto resultan superfluos hasta cierto punto parte de los razonamientos antes desarrollados.

Aunque se convenga en que las «diligencias indeterminadas» no son cauce adecuado en el supuesto examinado para la decisión adoptada por el órgano jurisdiccional ello no conduce inexorablemente a la nulidad. El mero seguimiento de un cauce procesal indóneo no es por sí solo, sin más, motivo de nulidad. Las causas de nulidad de las actuaciones judiciales están hoy recogidas con carácter taxativo en el artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. No basta una infracción procesal para determinar la nulidad. Es necesario además que se haya producido indefensión. Por tanto lo decisivo no será comprobar si era procedente o no adoptar la resolución en el marco de unas diligencias previas o de los denominados «asuntos penales indeterminados», sino si esa supuesta incorrección ha generado algún tipo de indefensión.

Si en el seno de unas diligencias indeterminadas improcedentemente seguidas se respetan plenamente los principios de audiencia, asistencia y defensa y no se genera indefensión alguna, no habrá lugar a la nulidad por más que pueda calificarse de irregular el seguimiento de ese cauce procesal. Esta conclusión queda reforzada por el principio de conservación de los actos judiciales (art. 242 de la LOPJ). Si la opción por las diligencias indeterminadas en lugar de uno de los procedimientos típicos no ha tenido repercusión alguna en orden a la materialidad de las actuaciones, no podrá invocarse esa irregularidad para sostener la nulidad de todo lo actuado.

En los supuestos que dan lugar a la Consulta es preciso distinguir. No es aceptable que en algún caso el seguimiento de diligencias indeterminadas haya determinado que se omita la notificación de la resolución al Fiscal. La reacción oportuna en ese caso será la de recabar la notificación omitida y a partir de ahí ejercitar los correspondientes recursos, instando al mismo tiempo la inmediata conversión de las diligencias indeterminadas en alguno de los procedimientos típicos.

En los asuntos en que el seguimiento de diligencias indeterminadas no ha supuesto óbice alguno para que las resoluciones se notifiquen al Fiscal permitiéndole la interposición de los pertinentes recursos, no es viable reclamar la nulidad de todo lo actuado basándose en esa supuesta irregularidad del cauce procedimental en la medida en que se han respetado las exigencias básicas (notificación y posibilidad de revisión de la decisión por vía de recurso por la Audiencia Provincial). La adopción de una resolución de

archivo en unas diligencias previas no hubiese comportado garantía adicional alguna.

Estas consideraciones vienen respaldadas por la reciente doctrina del Tribunal Supremo elaborada en torno a las intervenciones telefónicas. Aunque procesalmente la adopción de esa medida exige un proceso penal y no unas diligencias indeterminadas, «la forma que adopten las diligencias no afectará a la corrección de la intervención/observación si en su efectividad responden a la exigencia de un cauce procesal adecuado para su control» (Auto de 18 de junio de 1992 y Sentencias 1.717/1993, de 5 de julio y 787/1994, de 18 de abril). Lo relevante no es el *nomen*, más o menos procedente, dado a las diligencias, sino que en su materialidad se hayan respetado las exigencias procesales que en el supuesto que se analiza queda representado por la adopción de una resolución motivada, su notificación a las partes (en este caso, el Fiscal) y la admisión de los recursos procedentes.

En esa línea abundaría igualmente la tesis que se desprende de la Sentencia del Tribunal Constitucional 175/1989, de 30 de octubre. El recurrente en amparo se quejaba, aparte de otros argumentos, de que la resolución de inadmisión de querrela se había adoptado en unas diligencias indeterminadas, y exigía que el Tribunal Constitucional ordenase el seguimiento de uno de los procesos penales típicos. El Tribunal Constitucional minimiza esa cuestión. Lo relevante es que el Juez ha adoptado una decisión razonada, luego confirmada por la audiencia, mediante la que rechazaba la querrela.

VI. ARTICULO 269 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL Y DILIGENCIAS DE INVESTIGACION DEL FISCAL

En el análisis razonado de los temas objeto de Consulta aparece a continuación un nuevo interrogante: el órgano judicial ¿puede rechazar la remisión de unas diligencias de investigación del Fiscal mediante el expediente autorizado por el artículo 269 cuando se den los presupuestos habilitantes de esa decisión?

Metodológicamente la respuesta a esta cuestión requiere previas indagaciones sobre la forma en que el Fiscal puede trasladar

al órgano jurisdiccional la *notitia criminis* y la naturaleza en cada caso de ese traslado.

El artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como es bien sabido, es el fruto de una tortuosa y agitada discusión parlamentaria y extraparlamentaria donde hay que buscar en gran medida el origen de sus muchas carencias y ambigüedades que engendran todo tipo de problemas como el que ahora es objeto de análisis y contribuyen a ensombrecer los perfiles del modelo procesal.

Entre ellos está el de sus relaciones con el artículo 5 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Parece claro, como ya se afirmaba en la Circular 1/1989 que ambos preceptos no son incompatibles y coexisten regulando una misma realidad. No disciplinan tipos de investigación del Fiscal diferentes. Existe un único modelo de investigación del Fiscal que es regulado complementariamente por ambas normas.

Combinando ambos preceptos resultará que la judicialización de las diligencias del Fiscal puede producirse bien mediante la formulación de la correspondiente querrela; bien dando traslado de las diligencias al Juzgado correspondiente. Deben rechazarse las concepciones maximalistas que, aferradas a una interpretación literal y descontextualizada del artículo 271 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entienden que la querrela es la única vía mediante la que el Fiscal puede realizar ese traslado de la *notitia criminis* al órgano judicial. Esa interpretación fue ya proscrita en la añeja Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1987 que, refiriéndose al artículo 271 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, precisaba: «lo mandado en él es únicamente que los funcionarios fiscales han de ejercitar por medio de querrela las acciones penales; es decir, las de acusación; y por tanto, no obsta ese precepto para que en los demás casos se prescinda de la forma de querrela. En tal concepto, el Fiscal puede denunciar como cualquier otro funcionario, cuando no haya adquirido ni pueda adquirir por sí los datos concretos necesarios...» Más recientemente, se han vuelto a referir a esa cuestión las Consultas 8/1973 y 1/1982 recalcando que habrá supuestos en que, por diversos motivos —particularmente la insuficiencia de los elementos existentes para fundamentar una querrela— lo procedente puede ser la simple remisión de las ac-

tuaciones al Juzgado competente instando la apertura del procedimiento penal procedente e indicando, en su caso, las diligencias a practicar. Tal actuación no puede ser tachada de irregular en modo alguno. La querella exige credibilidad y concreción que no siempre se darán obligando al Fiscal a una fórmula alternativa de traslado de la *notitia criminis* al órgano judicial. El Fiscal debe fundar sus pedimentos sólidamente y no puede aventurarse a formular una querella cuando no se ha podido hacer el acopio de datos suficientes para poder llevar a cabo la querella. Además, el ordenamiento prevé expresamente supuestos en que se refiere a la denuncia —que no querella— del Fiscal (art. 602 del CP y, en general, delitos semipúblicos). La querella procederá cuando existan fundamentos suficientes para su formulación. En otro caso, lo procedente será la remisión de las diligencias al órgano judicial correspondiente acompañadas de oficio instando la apertura del procedimiento y solicitando, en su caso, la práctica de las diligencias que se consideren necesarias. La no formulación de querella por parte del Fiscal no puede ser tildada de irregular. Sólo desde posiciones desfiguradas puede tacharse de abstencionista la actitud del Fiscal de remitir sus diligencias de investigación sin acompañarla de querella. Esta será necesaria cuando se cuente con los fundamentos precisos para su formulación, lo que no siempre sucede. En otros casos, la imposibilidad de contar con los datos necesarios para interponer la querella, hará procedente la mera remisión de las diligencias de investigación, sin que ello suponga abstencionismo del Fiscal: no puede olvidarse que necesariamente el Fiscal va a ser parte en el procedimiento que se incoe, realizando en su seno las peticiones que vayan resultando procedentes (art. 781 de la LECr.).

Dada la absoluta informalidad que rige, salvo supuestos especiales, a la hora de desencadenar una investigación judicial (art. 308 de la LECr.) resultaría incongruente toda resolución judicial que rechace la instancia del Fiscal para incoar un proceso penal argumentando sólo por cuestiones formales. La alegación de criterios formales, como la presentación de una denuncia en lugar de una querella, para rechazar judicialmente la incoación de un proceso penal que ha solicitado el Fiscal haciendo llegar al órgano jurisdiccional la documentada noticia de un delito perseguible de oficio encierra en sí una actitud abstencionista difícilmente armo-

nizable con los principios que informan en nuestro sistema la incoación del proceso penal.

Tradicionalmente, al perfilar las formas de incoación de un proceso penal, se suele hablar de la denuncia y la querrela. Ori-llando ahora el interrogante sobre si la querrela supone o no ejer-cicio de la acción penal, cuestión debatida pero poco fecunda en consecuencias prácticas, las diferencias ontológicas entre ambas formas de inicio del procedimiento penal estriban en que frente a la querrela, que encierra una manifestación de voluntad y contiene la pretensión de ser constituido en parte, a la denuncia le es ajeno todo contenido volitivo: el denunciante se limita a poner los he-chos en conocimiento del juzgador y la denuncia existirá y tendrá eficacia abstracción hecha de que el denunciante quiera o no, ins-te o no, que se inicie el proceso penal. El denunciante, además, no se constituye en parte.

Para decidir si el artículo 269 puede ser utilizado cuando el Fis-cal da traslado, sin formular querrela, de sus diligencias de investi-gación, es preciso determinar si estamos o no ante una denuncia.

Al tratarse del Fiscal las diferencias entre ambos tipos de insti-tutos —querrela y denuncia— se difuminan en cierta medida. Es-pecialmente cuando el traslado de las diligencias del Fiscal va acompañado de la petición expresa de que se incoe un procedi-miento penal y no se limita al mero envío de la denuncia a la Au-toridad Judicial en los términos que explicita el artículo 5.1 de su Estatuto Orgánico (supuesto éste último en que estamos ante la simple denuncia realizada por un particular). Las divergencias se desvanecen por cuanto las dos características esenciales indi-vidualizadoras de la querrela están en cierta medida también pre-sentes en este tipo de actuación: el Fiscal por definición va a ser parte en el proceso que se incoe por delitos no privados (lo que justifica que en una denuncia pueda solicitar diligencias) y, ade-más, en la denuncia está explicitada la pretensión de que se inicie un proceso penal para la comprobación de los hechos. Y estas pe-culiaridades no concurren en las denuncias formuladas por cual-quier otra persona u organismo.

Estas consideraciones hacen pensar que la dualidad denuncia-querrela de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es demasiado po-bre, pues la actividad descrita del Fiscal no puede ser totalmente asimilada a la mera denuncia. Quizá por eso podría resultar más

correcta una mayor riqueza en la enumeración de formas de incoación de un proceso penal, al modo en que se contempla en el artículo 130 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, donde, junto a la denuncia, se contempla específicamente y como forma distinta la «excitación del Fiscal Jurídico Militar del territorio, cuando éste hubiera tenido conocimiento de la infracción penal o ante él fuera presentada denuncia sobre hechos que pudieran constituirlos».

¿Es una denuncia *stricto sensu* la remisión que hace el Fiscal de sus diligencias de investigación al órgano judicial? Aunque en un principio la disyuntiva denuncia-querrela que hace la Ley de Enjuiciamiento Criminal puede conducir a esa conclusión al ser evidente que no estamos ante una querrela, puede deducirse de las anteriores reflexiones que la cuestión no está tan clara. Nótese de hecho que en el caso de los atestados la ley no afirma tajantemente su catalogación como denuncia sino que afirma que «se considerarán denuncia para los efectos legales» (art. 297), lo que parece dar a entender que no se trata propiamente de una denuncia.

Pero esta discusión igualmente puede resultar baladí desde una perspectiva práctica. Aunque no se considere propiamente una denuncia, parece lógico asimilar la instancia del Fiscal para incoar un proceso penal no formalizada mediante querrela a la denuncia a los efectos legales que le sean aplicables y entre ellos, lo dispuesto en el artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. No sería coherente un sistema que permitiese al Instructor rechazar a *limine* la querrela del Fiscal por no ser los hechos constitutivos de delito (art. 313 de la LECr.) y que, sin embargo, obligase a incoar el procedimiento en el caso de que el Fiscal se hubiese abstenido de formular querrela y se limitase a dar traslado de las diligencias al órgano judicial. Obviamente para este caso debe gozar también el Juez de la misma facultad asentada en este caso en el artículo 269 de la ley. Valorar la denuncia en un primer momento es una facultad y una obligación del Instructor de la que no puede ser desposeído. Ciertamente los principios de legalidad e imparcialidad que rigen la actuación del ministerio Fiscal y la demostrada preparación jurídica de sus componentes harán que ese rechazo a *limine* de una denuncia del Fiscal resulte extremadamente insólito. Pero en un plano puramente teórico no puede dejar de reconocerse esa posibilidad.

Los argumentos en contrario que se vierten en el planteamiento de la Consulta no son suficientes para desvirtuar esa conclusión. De un lado se pretende encontrar un sentido vinculante en el verbo «instará» que utiliza el inciso final del artículo 785 bis. Se arguye que el mismo verbo se emplea en el artículo 790.2 (petición de diligencias ante el traslado para formular escrito de acusación) siendo en ese caso vinculante para el Juez la petición. Pero se olvida que esa vinculatoriedad no deriva de la consignación de esa expresión que además gramaticalmente no implica esa pretendida obligatoriedad—, sino de que la ley lo dice expresamente («...accediendo el Juez a lo solicitado»). Y que en muchos otros pasajes de la ley se emplea el verbo instar sin ese significado.

Por otra parte, el que la remisión de las diligencias de investigación del Fiscal no sea totalmente parificable a la denuncia no excluye necesariamente como antes se argumentó que el artículo 269 no sea aplicable. Su presunción de autenticidad (art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal) no afecta a esa reflexión pues se refiere a la verdad formal y no a la material, al continente y no al contenido, de las diligencias (Circular 1/1989). Finalmente tampoco parece asumible una argumentación tendente a referir el artículo 269 exclusivamente a las denuncias formuladas por particulares y basada en que la regulación de los artículos precedentes parece estar pensando exclusivamente en ese tipo de denuncias.

Por tanto, procesalmente, el Juez está autorizado para rechazar la incoación de un procedimiento judicial al amparo del artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por considerar que los hechos no son constitutivos de delito ante la remisión por parte del Fiscal de unas diligencias de investigación sin formulación de querrela. Otra cuestión es si esa resolución de fondo en el caso concreto será o no procedente. Y, desde luego, la decisión ha de ser notificada al Fiscal y es recurrible en reforma y queja.

VII. RECURRIBILIDAD DE LA RESOLUCION DE RECHAZO DE UNA DENUNCIA

La afirmación final del anterior apartado exige también algún desarrollo. No es dable entender, como ha hecho algún comentarista, que la referencia del artículo 269 a la posible responsabilidad

del Juez por el rechazo injustificado de una denuncia, supone la irrecurribilidad de la resolución. Frente a ella operará el régimen general de la ley en orden a los recursos frente a autos. Es cierto que el artículo 795 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según la redacción dada por las Leyes de 8 de junio de 1957 y 30 de julio de 1959, preveía expresamente la posibilidad de apelación frente a esa resolución. La supresión de esa mención en la reforma operada en virtud de la Ley de 8 de abril de 1967 pudiera entenderse como síntoma de su irrecurribilidad. Pero el argumento no es aceptable. Desaparecida la mención expresa, recobra su vigencia el régimen general (arts. 216 y ss. y, en su caso, art. 787). La doctrina del Tribunal Constitucional entendiendo que en la interpretación del ordenamiento procesal ha de estarse a la posición, dentro de la legalidad, más favorable a la admisión del recurso (Sentencias 128/1991, 21/1994 y 30/1994) introduce otro argumento definitivo para defender la recurribilidad de la decisión de repulsa de la denuncia adoptada por el Instructor, en la medida en que del ordenamiento no se deriva con nitidez, en modo alguno, la interpretación contraria.

Evidentemente, para poder interponer el recurso será necesario tener la condición de parte. Por tanto el mero denunciante no estará legitimado para formular tal recurso. Pero siempre lo estará el Fiscal e, incluso, quien al formular la denuncia manifiesta su propósito de personarse en la causa que se abra solicitando la designación de profesionales del turno de oficio a tales efectos (Sentencias del Tribunal Constitucional 115/1984, de 3 de diciembre, y 217/1994, de 18 de julio).

VIII. LA PRETENDIDA EXIGENCIA DE EXHAUSTIVIDAD DE LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACION DEL FISCAL

Tan cuanto a la tesis que ha sostenido la Audiencia Provincial en algunas de las resoluciones que han puesto fin al asunto concreto que ha dado lugar a la Consulta a tenor de la cual el Fiscal ha de practicar cuando incoe diligencias de investigación todas las actuaciones que le permite la ley, sin que sea factible que decida concluir antes sus diligencias remitiéndolas al órgano judicial instando del mismo la práctica de esas actuaciones, ha de rechazarse

enérgicamente por no ajustarse en modo alguno a lo que resulta de nuestro actual ordenamiento procesal.

La indefinición legal de los perfiles de la investigación a cargo del Fiscal no puede servir de base para crear criterios, como el propuesto por la Audiencia Provincial, que no tienen ningún apoyo legal. 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. Como se ha escrito, el Fiscal en el ambivalente sistema actual no asume funciones genuinamente instructoras que supongan una suplantación del Instructor. Sus cometidos son más propios de un órgano de recepción, filtro, transmisión e indagación provisoria de denuncias. Sin perjuicio de que esas facultades, adecuadamente usadas, puedan contribuir notablemente a la agilización de la justicia penal.

La presentación de una denuncia ante la Fiscalía no genera en el denunciante el derecho a que la comprobación de los hechos se lleve a cabo necesariamente y de forma exhaustiva a través de las posibilidades investigatorias que el ordenamiento concede al Fiscal. El Fiscal puede optar por abrir esas diligencias de investigación o instar inmediatamente el inicio del procedimiento judicial mediante la remisión de la denuncia al órgano judicial o interponiendo una querrela. Y esa decisión del Fiscal no es en modo alguno revisable por los Jueces y Tribunales que, una vez hayan recibido la *notitia criminis*, y a salvo las facultades que les otorga el artículo 269 de la ley, están obligados a la incoación del correspondiente procedimiento penal, sin que puedan ni devolver la denuncia al Fiscal, ni rechazar la incoación del correspondiente proceso basándose en la conveniencia o necesidad —insostenible legalmente— de que la investigación corra a cargo del Fiscal.

Por idénticas razones el Fiscal goza de la misma autonomía para decidir cuando resulta conveniente clausurar sus diligencias de investigación para proseguir judicialmente la instrucción. Abiertas unas diligencias de investigación del Fiscal, no existe la obligación legal de agotar en Fiscalía la investigación. Sí será obligada la judicialización de esa investigación cuando un Juez de Instrucción esté conociendo de los mismos hechos (art. 785 bis 3). Pero fuera de ese supuesto el Fiscal está amparado por la más amplia discrecionalidad para decidir en qué momento resulta conve-

niente transformar su investigación en un procedimiento judicial y cual es el cauce adecuado para dar ese paso (formulación de que-rella; o denuncia o remisión de las diligencias al Juzgado).

No es posible realizar un elenco exhaustivo de los criterios que debe manejar el Fiscal a la hora de decidir en qué momento debe dar por finalizadas sus diligencias de investigación por resultar ya aconsejable su judicialización y qué diligencias resulta procedente practicar directamente de forma judicial. Los factores a tomar en consideración son muy variados. Algunos tienen un significado estrictamente legal: todos aquellos supuestos en que sea necesaria una actuación que sólo judicialmente puede llevarse a cabo (medios de investigación limitativos de derechos fundamentales; algunas medidas cautelares reservadas a la Autoridad Judicial...). Otros factores, no obstante, habrán de ser sopesados prudentemente por el Fiscal: evitar la duplicación de diligencias, la valoración de los medios personales y materiales de cada Fiscalía en cada momento, la conveniencia de garantizar el principio de contradicción en determinadas diligencias (piénsese especialmente en la prueba anticipada...). En cada caso, el acreditado buen criterio de los Fiscales marcará las pautas aconsejables para decidir hasta dónde ha de llegar la investigación del Fiscal y en qué momento resulta prudente y conveniente la judicialización de esa instrucción.

Como ya se decía en la Circular 1/1989, en palabras que en gran medida y en lo que tienen de descripción de una situación podían escribirse también hoy día, es obligada una prudente selección de asuntos para hacer operativa la investigación del Fiscal y convertirla en un auténtico medio de agilización de la justicia penal. Resulta pertinente como colofón de estas reflexiones transcribir en este punto unos fragmentos de la Circular 1/1989 referidos a este aspecto: «Ciertamente 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. En estos momentos el Ministerio Fiscal está en crisis de desarrollo, carece de las dotaciones personales y materiales suficientes, tiene pendiente un despliegue en los órganos judiciales del territorio que le permita una mayor inmediatez en su actuación, carece de un presupuesto para atender a los gastos que una investigación ágil y en profundidad exige (honorarios de peri-

tos, indemnizaciones a testigos, desplazamientos, obtención de reproducciones gráficas del lugar de los hechos, etc.), y no se han adscrito todavía unidades de Policía Judicial de dependencia directa de las Fiscalías, como exigiría un desarrollo congruente del artículo 126 de la Constitución y la máxima operatividad de aquella función investigadora.

Ahora bien, de un lado, el germen está ahí, y a los Fiscales corresponde con su esfuerzo y dotes de improvisación, hacerlo fructificar y sentar las bases de un desarrollo ulterior que permita exigir la dotación de todos los elementos necesarios para cumplirlo, sin que la pasividad y la desidia proporcionen argumentos en favor de mantener la actual pasividad y estado de cosas. De otra parte, una adecuada labor investigadora, con una hábil selección de los casos en que se centre, permitirá desbrozar la andadura procesal de muchos asuntos, compensando con el ahorro de un trabajo procesal futuro el esfuerzo inicial que la investigación representa y, sobre todo, contribuyendo a la facilitación y simplificación del procedimiento judicial, como nos impone el legislador en el artículo 781 del nuevo proceso.

En todo caso es aconsejable que en tanto las disponibilidades de las Fiscalías no permitan una actividad de investigación más intensa, las diligencias que conforme al artículo 5 del Estatuto o al artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal inicien, se centren en determinar sucintamente si se dan en los hechos conocidos, denunciados u objeto del atestado policial, los mínimos elementos para presumir la existencia de un delito, complementando la investigación en fase policial. Otra cosa debe ser cuando se trate de casos excepcionales en que entren en juego intereses públicos y sociales, que al Ministerio Fiscal cumple promover, en cuyo caso las energías del Fiscal deben centrarse en una investigación lo más agotadora posible del asunto».

CONCLUSIONES

1.^a El artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tiene vigencia también en el marco del procedimiento abreviado.

2.^a No es correcta procesalmente la práctica de incoar diligencias indeterminadas —en lugar de diligencias previas o proce-

dimiento ordinario— para adoptar la resolución de rechazo de una denuncia que prevé el citado artículo 269. No obstante, no puede considerarse como determinante de nulidad el seguimiento de tal cauce procesal inidóneo siempre que se hayan respetado las exigencias procesales básicas: motivación del acuerdo de rechazo y notificación al Fiscal a fin de que pueda interponer los recursos pertinentes.

3.^a 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 artículo 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.

4.^a La decisión de inadmisión de denuncia es recurrible en reforma y queja por el Fiscal.

5.^a 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.