

UNA REVISIÓN DE LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN PREPROCESAL A CARGO DEL MINISTERIO FISCAL DESDE UN PUNTO DE VISTA PRÁCTICO PARA LA DEFENSA PENAL

Resumen. Nuestro ordenamiento jurídico contempla actualmente la potestad del Ministerio Fiscal para investigar hechos penalmente sin que se haya incoado un procedimiento judicial: las diligencias de investigación preprocesal. Dichas diligencias, si bien, por su naturaleza, tienen un alcance limitado, pueden jugar un papel relevante en el procedimiento incoado con posterioridad. A pesar de ello, la regulación positiva con la que contamos es escueta.

Resulta relevante para el sospechoso, investigado o acusado, tratar de definir cuáles son los límites de estas diligencias y cuáles pueden ser las consecuencias de su vulneración.

Por este motivo, se realizará una revisión de la legislación vigente y de la jurisprudencia sobre las diligencias de investigación a cargo del Ministerio Fiscal, con el fin de definir algunos puntos de interés desde el punto de vista de la defensa.

Palabras clave: diligencias extraprocesales, diligencias de investigación preprocesal, sospechoso, Ministerio Fiscal, derechos fundamentales

Abstract. Our legal system currently empowers the Public Prosecutor's Office to conduct criminal investigations prior to the commencement of judicial proceedings: these are known as pre-procedural inquiries. Although these inquiries are inherently limited in scope, they may play a significant role in subsequent proceedings. However, the existing legal framework is sparse. For any suspect, individual under investigation, or defendant, it is essential to define the boundaries of these inquiries and the potential consequences of their infringement. Consequently, this article examines current legislation and case law regarding investigations led by the Public Prosecutor's Office to identify key issues from a defense perspective.

Keywords: Extra-procedural investigations, pre-procedural inquiries, suspect, Public Prosecutor's Office, fundamental rights.

1. Introducción

El Proyecto de la Nueva Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal lleva consigo un cambio de paradigma en la forma de llevar la Instrucción en nuestro país. El director de

la investigación sería el Fiscal —bajo el control de un Juez de Garantías—, y no el Juez, como tradicionalmente venía siendo.

Es conocido que esta posible atribución de la investigación previa a la fase de juicio al Ministerio Fiscal ha resultado, cuanto menos, controversial. Sin embargo, no podemos perder de vista que el Ministerio Fiscal *ya* tiene, hoy en día, funciones instructoras, si bien se encuentran “*fuera*” o “*al margen*” del proceso: las diligencias extraprocerales¹. Estas diligencias extraprocerales, como tal, quedarían eliminadas de aprobarse el Proyecto, dado que, si la ley atribuye la actuación instructora al Fiscal, todas las diligencias que éste adopte tendrían carácter de procesales en sí mismas².

Pero las diligencias extraprocerales siguen existiendo en la actualidad. Por este motivo, resulta interesante revisar cuál es el marco de las diligencias —todavía— al margen del proceso a cargo del Ministerio Fiscal, así como los posibles efectos de su tramitación en el procedimiento, y ello desde el punto de vista de la defensa del investigado o acusado. A estos efectos y dentro de estas diligencias *extraprocerales*, adquieren un papel protagonista las *diligencias de investigación preprocesal*³, al adoptarse antes, incluso, de que un juez valore si es preciso incoar procedimiento alguno.

Con el fin de determinar los límites de las diligencias de investigación preprocesal a cargo del Ministerio Fiscal desde el punto de vista de la defensa del investigado o acusado, surgen, al menos, los siguientes interrogantes:

- ¿Qué alcance pueden tener las diligencias de investigación preprocesal?
- ¿Qué plazo tiene el Fiscal para llevar a cabo diligencias con anterioridad al procedimiento penal?
- ¿Pueden acordarse diligencias de investigación preprocesal por parte del Ministerio Fiscal sin conocimiento del “*sospechoso*”?
- ¿Qué diligencias concretas pueden acordarse con anterioridad al proceso judicial por parte del Ministerio Fiscal?

¹ Además de la competencia de la Fiscalía Europea para investigar determinados delitos en virtud de la LO 9/2021, lo que no será objeto de este artículo.

² Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica La Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

³ La Circular 2/2022, de 20 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre la actividad extraprocera del Ministerio Fiscal en el ámbito de la investigación penal distingue entre las diligencias de investigación preprocesal, auxiliar y postprocesal, constituyendo las diligencias de investigación preprocesal las practicadas antes del procedimiento judicial.

— ¿Qué ocurre cuando existe una extralimitación por parte del Ministerio Fiscal en el seno de las diligencias de investigación preprocesal?

El objetivo de este artículo es tratar de responder a estas cuestiones y establecer de qué base partimos con la atribución actual de funciones instructoras al Ministerio Público, así como su implicación en la práctica.

2. Aproximación a la regulación y naturaleza de las diligencias de investigación preprocesal

2.1.Regulación de las diligencias de investigación preprocesal

La atribución de la Instrucción al Ministerio Fiscal, que parece pretender cristalizarse íntegramente ahora, es una idea que viene, como sabemos, de hace tiempo. Y el paradigma actual es un “*a medio camino*” entre la conservación de la instrucción judicial y el sistema mixto, de modo que se atribuyen algunas funciones de investigación al Ministerio Fiscal y, sin embargo, conserva la función instructora del Juez.

En estos términos, primer punto de interés de este análisis es la “*escueta*” regulación con la que cuentan actualmente las diligencias de investigación preprocesal. Y, como veremos, esta falta de regulación —a diferencia de lo que cabría esperar— tiene como consecuencia una interpretación absolutamente extensiva de las diligencias que puede acordar el Ministerio Fiscal y de su alcance.

Las únicas referencias legislativas a las diligencias de investigación preprocesal en nuestro ordenamiento jurídico se recogen en el artículo 773.2 LECrim y en el artículo 5 EOMF.

El 773.2 LECrim, básicamente, habilita al Ministerio Fiscal a practicar por sí mismo o a través de la Policía Judicial las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo. Y, seguidamente, refiere que el Ministerio Fiscal deberá ordenar el archivo (lo que no vinculará la decisión del juez correspondiente si con posterioridad se interpone denuncia o querrela ante la Sección de Instrucción de los Tribunales de Instancia competentes) o instar al Juez de Instrucción a que incoe un procedimiento.

Por su parte, el artículo 5 EOMF refiere que el Ministerio Fiscal podrá llevar a cabo las diligencias de investigación preprocesal que le permita la LECrim (de momento, el 773.2 LECrim mencionado) con ciertas limitaciones —básicamente, no afectar a derechos fundamentales—.

De aquí se extrae que la actuación del Ministerio Fiscal en las diligencias de investigación preprocesal está limitada (o debería estarlo) de tres maneras diferentes, como se verá *ad infra*.

Sin embargo, ante esta muy limitada regulación expresa por parte del legislador, se suele acudir al desarrollo doctrinal de la Fiscalía General del Estado en sus Circulares. Sobra decir que las Circulares de la Fiscalía General del Estado no son normas jurídicas, ni principios generales del Derecho, por lo que no vinculan al juez a seguir su interpretación. Sin embargo, observamos que, en la práctica y en cuanto a las diligencias de investigación preprocesal, es así. La situación que nos deja esto es la siguiente: contamos con una regulación positiva prácticamente nula pero que habilita de modo expreso esta (importante) vía de actuación del Ministerio Fiscal y un desarrollo mucho más exhaustivo de ésta por parte de la propia Fiscalía General del Estado.

2.2.Limitaciones de las diligencias de investigación preprocesal

2.2.1. Limitación en cuanto a su alcance

En primer lugar, se infiere de la regulación mencionada que las diligencias que puede acordar el Ministerio Fiscal tienen una finalidad concreta (y solamente para su consecución se pueden adoptar diligencias por su parte, sean del tipo que sean): esclarecer si los hechos que le han sido comunicados podrían ser constitutivos de un ilícito penal por parte de cierta persona física o jurídica de manera suficiente para presentar denuncia o querrela. De este modo, los actos adoptados por los fiscales durante sus investigaciones no están estrechamente relacionados con la acusación, sino con la preparación de la denuncia o querrela ante el órgano judicial competente⁴.

Esto se deduce de la propia letra de los citados artículos, pero también de la doctrina de la Fiscalía General del Estado. Así, en su Circular 2/2022, de 20 de diciembre, sobre la actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal en el ámbito de la investigación penal, se lee lo siguiente respecto de las diligencias de investigación preprocesal:

“La Consulta de la FGE núm. 2/1995 dispone 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. Como se ha escrito, el Fiscal

⁴ ALFONSO RODRÍGUEZ, Adriano J.: "Investigación penal del Ministerio Público y derecho de defensa", RDUNED. Revista de Derecho UNED, n.º 25 (2019), pp. 171—213.

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'.

(...) A diferencia de la actividad judicial, las diligencias de investigación preprocesal del Ministerio Fiscal carecen de aptitud para preparar el juicio oral, ya que su naturaleza extraprocesal impide fundamentar, sin la previa incorporación al proceso por el órgano judicial, la transición a la fase intermedia o la apertura del juicio oral”.

La STS núm. 980/2016, de 11 de enero (en el mismo sentido, STS núm. 1394/2009, de 25 de enero), refiere al respecto: *"Como indica la STS 882/2014, de 19 de diciembre, las diligencias de investigación preprocesal del Ministerio Fiscal 'son un vehículo para la iniciación del proceso judicial'"*. En similares términos, la STS 228/2015, de 21 de abril, recuerda que la actividad del Ministerio Público *“no es una función jurisdiccional sino de preparación para articular su acción ante el órgano jurisdiccional”*.

En consecuencia, si el Fiscal recibe una denuncia que relata unos hechos que son constitutivos de delito acompañados de un principio de prueba que los sustenta, lo que debe hacer es dar cuenta a la Sección de Instrucción del Tribunal de Instancia correspondiente para que se incoe un procedimiento —sin practicar diligencia alguna—. Si no es así, el Fiscal podrá practicar (algunas, de cierto tipo) diligencias de investigación y, *en cuanto* tenga constancia de que los hechos podrían ser constitutivos de delito por parte de cierta persona, deberá dar cuenta al juez competente. Toda actividad del Fiscal que sobrepase dicha función debería ser considerada, en virtud del paradigma actual, una extralimitación.

2.2.2. Limitación en cuanto a la naturaleza de las diligencias a acordar

Además de lo anterior, durante ese *“periodo”* en el que el Fiscal —sí— puede acordar diligencias, éstas no pueden ser de todo tipo. Así, el Ministerio Fiscal no puede adoptar diligencias de investigación que restrinjan derechos fundamentales (artículo 5 EOMF). Y tampoco puede adoptar, por otra parte, medidas cautelares (salvo la detención).

Esta otra limitación puede responder a la lógica que parece que sustenta el nuevo Proyecto de Ley: la concepción del juez como “*juez de garantías*”. Es decir: “*el Fiscal puede adoptar diligencias, pero, si se van a afectar derechos fundamentales, entonces hay que acudir al juez*”.

Pero esta segunda limitación puede responder, más bien, a una “*prolongación*” de la primera. Si un Fiscal se ve en posición de adoptar, por ejemplo, una entrada y registro, es porque tiene elementos suficientes que justifican esta lesión de derechos fundamentales. Y, si los tiene, lo que tiene que hacer es dar cuenta al Instructor correspondiente para que se incoe un procedimiento.

De igual manera pasa con las medidas cautelares. No puede justificarse una medida cautelar, que exige como presupuesto necesario la apariencia de buen derecho y, al mismo tiempo, “*retener*” el asunto en diligencias de investigación preprocesal, porque si hay apariencia de buen derecho (de la comisión de un delito), debería darse cuenta al Instructor.

Pero volvamos al tema central de este apartado: el Fiscal no puede acordar medidas que restrinjan derechos en virtud del artículo 5 EOMF (se interpreta, “*derechos fundamentales*”). En consecuencia, habrá que acudir a la LECrim y a la jurisprudencia para determinar qué medidas sí, y qué medidas no, puede acordar el Fiscal en el seno de la investigación preprocesal. Muchos casos serán claros. La entrada y registro en un domicilio: no. La solicitud de documentación catastral o registral: sí.

La ya mencionada Circular 2/2022 se ocupó de realizar una muy detallada lista de diligencias que puede acordar el Ministerio Fiscal (“*sin ánimo de exhaustividad*”, en virtud de la propia Circular): reconocimientos fotográficos, reconocimientos en rueda, inspecciones oculares, vigilancias y seguimientos policiales, acceso a los portales de transparencia y a fuentes abiertas y periodísticas, fuentes de prueba obtenidas por particulares, declaraciones testificales, periciales, agente encubierto, declaración del sospechoso, requerimiento de documentación e información y agente encubierto y entrada vigilada (de algunos hablaremos más adelante).

Sin embargo, habrá casos “*grises*” en los que habrá que analizar si se han vulnerado o no los derechos del preinvestigado o, en términos de las Circulares de la Fiscalía General del Estado, el sospechoso.

2.2.3. Limitación en cuanto a sus efectos

Las diligencias de investigación preprocesal son de naturaleza ajena (y previa) al procedimiento judicial, por lo que no tienen carácter de diligencias instructoras propiamente dichas. De ahí surgen, al menos, dos efectos importantes a considerar.

En primer lugar, hemos de tener en cuenta que la incoación de las diligencias de investigación preprocesal no interrumpe la prescripción, dado que la interrupción únicamente se produce cuando existe una resolución judicial que se dirige contra el presunto culpable del ilícito en virtud del artículo 132 CP (SSTS núm. 228/2013, de 22 de marzo; y 228/2015, de 21 de abril).

En segundo lugar, es preciso considerar desde el punto de vista del investigado o acusado que el valor probatorio de las diligencias practicadas con anterioridad del proceso resulta limitado.

Al respecto cabe realizar una advertencia previa en cuanto a la presunción de autenticidad de estas diligencias que se extrae del ya mencionado artículo 5 EOMF. Dicha presunción (*iuris tantum*) no se refiere a la autenticidad material de la diligencia, sino a la formal (se presume que la diligencia se ha practicado como se dice, pero no su contenido, tal y como refiere, entre otras, la STS núm. 228/2013, de 22 de marzo).

Al margen de lo anterior y en relación con la comentada primera limitación de las diligencias de investigación previas al proceso en cuanto a su alcance, hemos de advertir que las diligencias practicadas agotan su utilidad una vez han servido para formular la denuncia o querrela correspondiente, por lo que no pueden transmutar su funcionalidad y convertirse en actos de prueba. En palabras del Tribunal Supremo, ello lo impide “*el concepto mismo de acto procesal, íntimamente ligado a los principios constitucionales que informan el ejercicio de la genuina función jurisdiccional*” (STS núm. 980/2016 de 11 de enero de 2017, que citaremos también más abajo).

3. La actuación del Ministerio Fiscal a espaldas del “sospechoso”

El mencionado artículo 5 EOMF obliga al Fiscal a recibir en declaración al sospechoso⁵, que deberá estar asistido de letrado y podrá tomar conocimiento de las diligencias

⁵ Se utiliza la terminología “*sospechoso*” para referirse al “*preinvestigado*” o la persona contra la que se dirige la investigación a cargo del Ministerio Fiscal, según la terminología que se utiliza en las Circulares de la Fiscalía General del Estado.

practicadas, y su actuación estará inspirada por los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa⁶.

No existe en la tramitación de las diligencias de investigación preprocesal un equivalente al secreto de sumario recogido en el artículo 302 LECrim. Así, según la jurisprudencia, la investigación del Ministerio Fiscal deberá cesar cuando sea preciso mantener la reserva de la investigación para salvaguardar su éxito (STS núm. 228/2015, de 21 de abril).

Siendo así, sin que exista una habilitación legal que ampare al Ministerio Fiscal para practicar diligencias a espaldas del sospechoso, parece claro que el Fiscal, en cuanto identifique a una persona que pudiera haber cometido el ilícito penal, debe decidir si a) llama al sospechoso para declarar con su abogado y le informa de la investigación en curso o b) da cuenta al órgano judicial competente y le pide que acuerde el secreto del artículo 302 LECrim, pues él no es competente para ello.

Esta es la interpretación que se deduce de la ya citada STS núm. 980/2016 de 11 de enero de 2017. Y es que, en palabras del Tribunal Supremo:

“Por más que la naturaleza de esas diligencias sea puramente instrumental y por más que se ciñan a "preparar lo preparatorio" —la decisión del Fiscal sobre el ejercicio de la acción penal "prepara" la actividad del Juez encaminada a "preparar" el juicio oral—, la investigación a un ciudadano sospechoso de haber cometido un delito sólo puede explicarse como expresión del poder del Estado y, como tal, ha de ajustarse a los límites definidos por nuestro sistema constitucional. De lo que se trata es de responder al interrogante acerca de si el estándar constitucional de garantías para el investigado penal ha de modularse, admitiendo incluso su relajación, en función del modelo de investigación en el que se desarrolle la práctica de aquellas diligencias. Y ya anticipamos que ni la LECrim, ni la Ley 50/1981, 30 de diciembre, por la que se aprueba el EOMF, ni, en fin, las circulares e instrucciones dictadas para lograr la uniformidad en la actuación de los Fiscales, avalan esa convencional e interesada división entre las garantías del "preinvestigado" cuando comparece ante el Fiscal y las garantías del investigado cuando es llamado ante la autoridad judicial. La Sala no puede identificarse con el criterio que late en el recurso del Ministerio Público, según

⁶ Aunque la redacción originaria del artículo 5 del EOMF no se contenía previsión alguna sobre los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa como límites a la investigación del Fiscal, la aprobación de la Directiva 2012/13/UE afectó también a las diligencias de investigación del Fiscal.

el cual, cuando la investigación se dirige por el Fiscal las garantías constitucionales se difuminan y devienen renunciables”.

Siguiendo esta interpretación jurisprudencial, podemos citar el ATSJ Galicia núm. 23/2018 de 25 de septiembre, que acuerda inadmitir para el juicio oral todas aquellas pruebas que hubieran resultado de las diligencias de investigación preprocesales a cargo del Ministerio Fiscal practicadas de manera prospectiva y a espaldas del sospechoso. Según refiere el mentado auto, se vulneró el derecho de defensa de los sospechosos (luego, investigados) al haberse practicado numerosas diligencias a sus espaldas durante casi un año, sin que pueda considerarse sanada esta vulneración porque después los investigados hubieran sido citados a declarar con asistencia letrada durante la Instrucción propiamente dicha.

Sin embargo, la STS núm. 432/2023 de 5 de junio matiza esta conclusión haciendo referencia a la mencionada Circular 2/2022. Así, refiere que, si bien es cierto que el Ministerio Fiscal deberá llamar al sospechoso tal y como se desprende de su Estatuto Orgánico, el Fiscal tiene cierta “*libertad*” a la hora de decidir cuándo llama al preinvestigado, de modo que puede acopiarse del material necesario para presentar denuncia o querrela sin avisar al sospechoso durante el tiempo que duren las diligencias de investigación preprocesal si considera que ello es necesario para el buen resultado de la investigación y, seguidamente y al dar cuenta al juez, solicitar el secreto de las actuaciones. Esta resolución revoca un Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, que había acordado la nulidad de las diligencias de investigación preprocesal, de la admisión de la querrela y, en consecuencia, de los autos de entrada y registro que se habían acordado después.

En consecuencia, si bien el Tribunal Supremo ha descartado que los derechos del sospechoso queden relajados respecto de los derechos del investigado, parece que podría habilitarse una investigación a espaldas del sospechoso (aunque la ley no lo prevea) si existen motivos que lo justifiquen.

4. Las diligencias acordadas por el Ministerio Fiscal en vulneración del derecho a la “*intimidación económica*” del sospechoso

Dentro de las diligencias de investigación que podrían constituir casos “*grises*” a analizar acerca de su adopción por parte del Fiscal en el seno de las diligencias de investigación preprocesal destacamos, por su relevancia, los requerimientos a entidades bancarias.

En este sentido, la Circular 2/2022 realiza una justificación específica de la capacidad del Fiscal para requerir información a las entidades bancarias, apoyándose en jurisprudencia del Tribunal Supremo (dentro del apartado de “*requerimiento de información y documentación*” mencionado anteriormente). Pero, claro, estas diligencias deben entenderse dentro de la limitación del artículo 5 EOMF: no pueden afectar derechos fundamentales.

En consecuencia, sí podrá, por ejemplo, solicitarse la titularidad de determinada cuenta bancaria, o pedir que se dé un detalle del número de cuentas que tiene una persona física o jurídica, dado que esto no vulnera ningún derecho fundamental. Sin embargo, sí hay requerimientos de información a entidades bancarias que podrían vulnerar la “*intimidad económica*” del sospechoso, como lo es solicitar extractos de cuentas bancarias. Piénsese que analizando el detalle de los gastos efectuados mediante la tarjeta de crédito de una persona (especialmente en la actualidad, dado que el efectivo se utiliza cada vez menos) se puede ver el día a día de una persona (en qué invierte, dónde vive, dónde trabaja, dónde come, si se aloja en un hotel...). Y parece claro que esto afectaría a su derecho fundamental a la intimidad. A esta conclusión llegamos si interpretamos la STC núm. 97/2019, de 16 de julio *a contrario*:

“Puede advertirse que los datos que son utilizados por la hacienda pública española se refieren a aspectos periféricos e inoivos de la llamada “intimidad económica”. No se han introducido dentro del proceso penal datos, como podrían ser los concretos movimientos de cuentas, que puedan revelar o que permitan deducir los comportamientos o hábitos de vida del interesado (SSTC [142/1993](#), de 22 de abril, FJ 7, y [233/2005](#), de 26 de septiembre. Los datos controvertidos son, exclusivamente, la existencia de la cuenta bancaria y el importe ingresado en la misma. (...). También se ha dicho que “no hay duda de que, en principio los datos relativos a la situación económica de una persona entran dentro de la intimidad constitucionalmente protegida” (STC. 233/99 de 16.12), que “en las declaraciones del IRPF se ponen de manifiesto datos que pertenecen a la intimidad constitucionalmente tutelada de los sujetos pasivos” (STC. 97/2001 de 15.2); y que la información concerniente al gasto en que incurre un obligado tributario no solo forma parte de dicho ámbito, sino que a través de su investigación o indagación puede penetrarse en la zona más estricta de la vida

privada o lo que es lo mismo, en los aspectos más básicos de la autodeterminación personal del individuo".

En definitiva, resulta interesante, desde el punto de vista del investigado (que ha sido antes sospechoso) analizar qué datos se han obtenido durante la investigación previa a cargo del Ministerio Fiscal y si ello hubiera podido vulnerar su intimidad económica, dado que podría haberse acordado una diligencia con afección a derechos fundamentales cuya adopción no puede realizar el Fiscal investigador según la letra del artículo 5 EOMF.

5. La posibilidad del Ministerio Fiscal de emitir una Orden Europea de Investigación

Como se ha dicho, el Ministerio Fiscal puede, en principio, acordar diligencias de muy diversa naturaleza en el seno de su actividad extraprocesal. Y, dentro de esta capacidad, puede requerir información a órganos jurisdiccionales. Por tanto, parece que no hay duda de que un Fiscal puede, dentro del ámbito de sus competencias, emitir una Orden Europea de Investigación en virtud de la Directiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014. Pero esta capacidad ha de conjugarse con la limitación establecida por el ya muy comentado artículo 5 EOMF, que no permite al Fiscal acordar diligencias que limiten derechos fundamentales. ¿Puede entonces el Fiscal emitir una Orden Europea de Investigación y solicitar la transmisión del resultado de una diligencia de investigación limitativa de derechos fundamentales?

Esta cuestión ha sido tratada por la muy reciente (y muy comentada) STS núm. 854/2025 de 16 de octubre, sobre el caso *"Encrochat"*. Si bien la referida sentencia tiene consecuencias relevantes en el ámbito de la prueba ilícita, nos centraremos únicamente en el objeto de este apartado. Y la conclusión, según el Tribunal Supremo, es que el Fiscal sí puede solicitar al juzgado extranjero información que ha sido obtenida afectando derechos fundamentales, dado que lo que se ordena es la transmisión, y no la diligencia en sí misma, que ya ha sido acordada por el juez competente. De este modo, citando parcialmente la mentada resolución:

"Uno de los puntos controvertidos en lo que nos afecta es el relativo a la autoridad que puede emitir esa OEI. Y esta es una de las cuestiones que resuelve STJUE (Gran Sala) de 30 de abril de 2024, asunto M.N. (C-670/22) que al respecto señala: 'Los artículos 1, apartado 1, y 2, letra c), de la Directiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de

investigación en materia penal, deben interpretarse en el sentido de que una orden europea de investigación para la transmisión de pruebas que ya obren en poder de las autoridades competentes del Estado de ejecución no debe necesariamente ser adoptada por un juez cuando, en virtud del Derecho del Estado de emisión, en un procedimiento puramente interno de ese Estado, la recogida inicial de esas pruebas debería haber sido ordenada por un juez, pero un Fiscal es competente para ordenar la transmisión de dichas pruebas'. En nuestro ordenamiento, no cabe duda de que el Ministerio Fiscal puede emitir este tipo de OEI, porque puede "ordenar la transmisión de pruebas" de un procedimiento interno a otro, por lo que no cabe objeción en este aspecto (...). Y entre las facultades del Ministerio Fiscal, como parte, se halla la solicitar o aportar motu proprio información probatoria de un procedimiento a otro (art. 773.2 LECRIM y arts. 4.3 y 5.2 EOMF). (...) La facultad del Ministerio Fiscal para recabar toda tipo de documentación en sus diligencias de investigación ha sido analizada con mayor profundidad en la Circular 2/2022, de 20 de diciembre, FGE, sobre la actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal en el ámbito de la investigación penal (...). En este caso a través de la OEI emitida por el Fiscal, no se pidió una intervención de comunicaciones, lo que le estaría vedado, sino únicamente la entrega de un soporte digital que alberga las comunicaciones obtenidas como fruto de una intervención ya acordada por un tribunal, para lo que no se requiere autorización judicial (...). (P)arece evidente que no existe irregularidad alguna en que el Ministerio Fiscal recabara a través de una OEI los datos obtenidos por las autoridades francesas en la investigación de EncroChat".

Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del Tribunal Supremo es clara: el Ministerio Fiscal puede acordar la transmisión de información de diligencias limitativas de derechos fundamentales, dado que lo único que limita el artículo 5 EOMF es la adopción de dichas medidas en sí misma.

6. Plazo para llevar a cabo las diligencias de investigación preprocesal

El artículo 5 EOMF dispone, asimismo, un límite temporal para las diligencias de investigación preprocesal. Así, dichas diligencias no podrán exceder del plazo de seis meses (doce meses para la investigación de algunos delitos), salvo prórroga acordada mediante decreto motivado del Fiscal General del Estado. Y añade que “(t)ranscurrido el oportuno plazo, si la investigación hubiera evidenciado hechos de significación penal y sea cual fuese el estado de las diligencias, el Fiscal procederá a su judicialización,

formulando al efecto la oportuna denuncia o querrela, a menos que resultara procedente su archivo”.

La redacción del precepto es bastante clara y puede recordarnos a lo dispuesto en el —ya muy desarrollado jurisprudencialmente— artículo 324 LECrim para el plazo de Instrucción.

Sin embargo, la Circular 2/2022 se ocupa de aportar una interpretación del plazo establecido en el artículo 5 EOMF diferenciándolo del artículo 324 LECrim. Así, concluye que *“el mero incumplimiento de los plazos regulados por el art. 5 EOMF no lleva necesariamente aparejada la nulidad de las diligencias practicadas extemporáneamente por el Ministerio Fiscal”*, dado que i) el legislador no ha establecido ninguna consecuencia procesal para el quebrantamiento del referido plazo, ii) no está vinculado con el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (porque no es proceso, sino *“pre-proceso”*) y iii) no produce necesariamente indefensión material al sospechoso —circunstancia que debe apreciarse caso por caso y que está vinculada no tanto al momento en que se practica la diligencia, sino al modo en que se practica—.

En línea con esta tesis, la SAP Madrid núm. 263/2021 de 10 de mayo concluye claramente que, si bien las actuaciones investigadoras del Fiscal desbordaron el plazo legalmente establecido para ello, este plazo es impropio, dado que la ley *“no anuda, caso de incumplimiento, un efecto preclusivo para las diligencias efectuadas con posterioridad al vencimiento del plazo”*.

Es cierto que el EOMF no dispone que las diligencias extemporáneas serán inválidas, pero sí que obliga al Ministerio Fiscal a dar cuenta al Juez una vez transcurrido ese plazo y en ausencia de prórroga —que ha de estar motivada— *“sea cual fuese el estado de las diligencias”* (es decir, sin practicar ninguna más) o a decretar el archivo. Por tanto, si el efecto no es de nulidad, al menos tendrá que tener *“algún”* efecto, dado que una diligencia acordada por el Fiscal fuera del plazo establecido supone la práctica de una diligencia contra el sospechoso sin habilitación legal para ello.

Podría interpretarse que la prolongación de la investigación del Ministerio Fiscal fuera del expreso plazo establecido para ello vulnera el derecho de defensa del sospechoso, que va a verse sometido a una preinvestigación indebida. Y ello porque actualmente el Instructor es el Juez, si bien contamos con un sistema *“mixto”* que será válido cuando se cumplan los presupuestos legales para ello, pero no en otro caso. Y es que, además, los

decretos del Fiscal no se pueden recurrir, mientras que el investigado podría recurrir cualquier auto del Juez de Instrucción en reforma o en apelación de estar el procedimiento judicializado⁷.

7. Conclusiones

Nos encontramos en un momento en el que la implementación de la figura del Fiscal Instructor, siguiendo el modelo de otros países, se encuentra más cerca de ser una realidad y constituye un objeto de intenso debate. Al margen de ello, hay que recordar que no partimos de la “*nada*”, ya que actualmente contamos con una especie de sistema “*mixto*” en el que el Fiscal no tiene funciones procesales, pero sí preprocesales (y muy amplias), por lo que parece relevante conocer de qué base partimos.

El hecho de que contemos actualmente con un sistema “*a medio camino*”, según parece, hace que no se haya desarrollado de manera clara cuáles son los límites de las diligencias de investigación preprocesal (ni legal ni jurisprudencialmente), lo que hace que se realice una interpretación extensiva de su alcance en contra del sospechoso —a pesar de que no debería consentirse una relajación de las garantías del sospechoso respecto del investigado judicialmente—. Esta falta de regulación se ha ido colmando a través de las Circulares de la Fiscalía General del Estado.

A pesar de ello, hemos tratado de realizar una revisión general de la (escueta) regulación de estas diligencias y, sobre todo, de responder a una serie de cuestiones que surgen “*a primera vista*” desde el punto de vista de la defensa cuando han tenido lugar diligencias de investigación preprocesal que podrían ser relevantes para el resultado del procedimiento.

Y, tras ello, podemos concluir de manera breve lo siguiente:

- El Ministerio Fiscal no puede adoptar medidas que restrinjan derechos fundamentales y las diligencias de investigación preprocesal sólo tienen fundamentación hasta el momento en que se tienen elementos suficientes para presentar denuncia o querrela (indicios de la comisión de un delito e identificación de un posible responsable).

⁷ En virtud de la Circular 2/2022 “(l)as resoluciones dictadas por el/la Fiscal durante la tramitación de sus diligencias de investigación son irrecurribles”. Y añade que “(e)ste carácter no genera indefensión, pues quien considere lesionados sus derechos podrá reproducir sus pretensiones ante los órganos judiciales”.

- Las diligencias de investigación preprocesal no son diligencias de investigación propiamente dichas, por lo que cuentan con un valor probatorio limitado.
- No existe la figura de secreto en las diligencias de investigación preprocesal, por lo que no existe cobertura legal para la investigación a espaldas del sospechoso. Sin embargo, recientemente la jurisprudencia ha flexibilizado este criterio.
- La adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales por parte del Ministerio Fiscal podría ser causa de nulidad de la prueba y de las que hubieran derivado de la misma.

A estos efectos, consideramos que la obtención de extractos bancarios completos puede considerarse la vulneración de un derecho fundamental.

Sin embargo, la jurisprudencia ha reconocido recientemente que el Fiscal sí podrá recabar información de un órgano judicial que se ha obtenido vulnerando derechos fundamentales, en tanto es la transmisión lo que acuerda el Fiscal, y no la adopción de la medida.

- En principio, la investigación del Fiscal más allá del plazo conferido legalmente para ello no es causa de la nulidad de diligencia alguna, en tanto la jurisprudencia lo viene considerando hasta el momento un plazo impropio. De igual modo, no se ha encontrado pronunciamiento alguno en cuanto a la extralimitación del Fiscal en las diligencias de investigación preprocesal (lo que sucedería si continuase investigando teniendo ya elementos más que suficientes para judicializar el asunto). Se podría plantear, aunque excede el objeto de este artículo, si sería posible plantear la nulidad por vulneración del derecho al debido proceso.

Para todo ello sería preciso observar las circunstancias del caso concreto, y atender a la posible nulidad de la prueba que hubiera derivado de las diligencias de investigación preprocesal en virtud del artículo 11.1 LOPJ, así como analizar la conexión de antijuridicidad y la posible aplicación de la teoría del descubrimiento inevitable (dado que hablamos, por su naturaleza, de diligencias que se producen en el propio origen del procedimiento penal).

En definitiva, entretanto se materializa el paso de la Instrucción del Juez al Fiscal, estaremos atentos a la interpretación doctrinal y jurisprudencial de las diligencias de investigación preprocesal a cargo del Ministerio Público, y ello en salvaguarda de los derechos del sospechoso.