



Roj: **STS 16/2017 - ECLI: ES:TS:2017:16**

Id Cendoj: **28079120012017100003**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/01/2017**

Nº de Recurso: **1498/2016**

Nº de Resolución: **980/2016**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia N°: 980/2016

RECURSO CASACION N° : 1498/2016

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona. Sección Sexta

Fecha Sentencia : 11/01/2017

Ponente Excmo. Sr. D. : Manuel Marchena Gómez

Secretaría de Sala : Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Escrito por : MAJN

DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN DEL FISCAL: arts. 5 del EOMF y 773.2 LECrim . **NO SON SUSCEPTIBLES DE GENERAR ACTOS DE PRUEBA:** no erró la Audiencia Provincial cuando proclamó la inidoneidad como prueba preconstituida del dictamen pericial elaborado en el marco de las diligencias preliminares practicadas por el Fiscal Jefe del área de Mataró. 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.

Acaso convenga insistir en que su falta de virtualidad probatoria no se vincula tan solo al debate acerca de la necesidad, la conveniencia o la renunciabilidad de la asistencia letrada en el momento de la confección del cuerpo de escritura que sirvió de base para la elaboración del informe pericial. La limitación de sus efectos está relacionada con la imposibilidad de alterar el valor de esas diligencias, que agotan su funcionalidad cuando sirven de respaldo a la decisión del Fiscal de archivar la denuncia o promover el ejercicio de las acciones penales que estime pertinentes. Las diligencias de investigación practicadas por el Ministerio Público al amparo de los arts. 5 del EOMF y 773.2 de la LECrim , no pueden aspirar a transmutar su naturaleza y convertirse en actos de prueba. 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. 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 el cual, cuando la investigación se dirige por el Fiscal las garantías constitucionales se difuminan y devienen renunciables. Ya encierra una extravagancia legislativa que nuestro sistema admita la posibilidad de que el ciudadano al que se impute un delito sea sometido a una investigación inicial de naturaleza preparatoria (arts. 5 del EOMF y 773.2 LECrim) de una segunda etapa, también de naturaleza preparatoria (arts. 299 y 771.1 LECrim). Cuando "lo preparatorio precede a lo preparatorio", no resulta fácil encontrar justificada esa doble secuencia sobre la que se construye la fase de investigación del hecho imputado. Está claro, sin embargo, que las dudas para explicar nuestra singularidad no pueden resolverse degradando funcionalmente el primer escalón de la actuación del Estado -eso es, no otra cosa, lo que define la "prefase de investigación" desarrollada por el Fiscal-, de suerte que el ciudadano pueda ser despojado del irrenunciable cuadro de garantías que le asisten cuando es llamado para responder de algún hecho de significación penal y que le es indiciariamente atribuido.

Nº: 1498/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Manuel Marchena Gómez

Fallo: 14/12/2016

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 980/2016

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Joaquín Giménez García

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Enero de dos mil diecisiete.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el **recurso de casación** por infracción de precepto constitucional, interpuesto por el MINISTERIO FISCAL, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Sexta) de fecha 23 de mayo de 2016 en causa seguida contra Urbano , los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal como parte recurrente y el recurrido Urbano representado por la procuradora Dña. Elena Natalia González-Paramo Martínez-Murillo. Siendo magistrado **ponente** el Excmo. Sr. D. **Manuel Marchena Gómez** .

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de instrucción nº 4 de Mataró, incoó diligencias previas 3217/2009 procedimiento abreviado nº 49/2015, contra Urbano y, una vez concluidas, las remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Sexta) procedimiento abreviado nº 49/2015 que, con fecha 23 de mayo de 2016, dictó sentencia que contiene los siguientes *HECHOS PROBADOS*:

"PRIMERO.- Se declara probado que persona no identificada, extendió cuatro boletines de denuncia, pertenecientes al talonario del agente de la Policía Local de Premià de Mar con TIP NUM000 , de los que dispuso sin conocimiento de éste, firmándolos como agente del mismo cuerpo con TIP NUM001 , dos de ellos con fecha 25/03/2008 y otros dos con fecha 26/03/2008, atribuyendo sendas infracciones de circulación consistentes, una de ellas, conducir sin hacer uso del cinturón de seguridad y, la otra infracción, por utilizar el móvil durante la conducción, siendo uno de los denunciados Ángel Jesús , por infracciones cometidas en la fecha primeramente citada, en la C/ Enrique Granados, a la altura del nº 62 de Premià de Mar, y el otro denunciado Florencio , por las mismas infracciones cometidas el día 26/03/08 a la altura del nº 132 en la Gran Vía de la misma localidad, proponiendo una sanción de 150 euros por cada una de las infracciones, todo ello a sabiendas y con pleno conocimiento de que tales hechos no eran ciertos.

Ni Ángel Jesús conducía su vehículo Xantia F-....-FJ por la C/ Enrique Granados, el día 25/03/08, ni Florencio lo hacía respecto de su vehículo Seat LeonWWW por la Gran Vía el día 26/03/08, razón por la que ambos expedientes de sanción fueron revocados por el Ayuntamiento de Premià de Mar".

Segundo.- La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia con el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos a Urbano del delito continuado de falsedad en documento público del que venía acusado, con todos los pronunciamientos favorables, levantamiento de todas las medidas cautelares que hubieran sido acordadas en su contra y declaración de oficio de las costas causadas en el presente procedimiento.

Notifíquese a las partes la presente resolución notificándoles que la misma no es firme y que contra ella cabe recurso de CASACION para ante el TRIBUNAL SUPREMO en el plazo de CINCO DÍAS, a partir de su notificación"(sic).

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el **MINISTERIO FISCAL** , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- El MINISTERIO FISCAL , basa su recurso en un **único motivo de casación** :

Único: "Infracción de precepto constitucional al amparo de lo establecido en el art. 5.4 de la LOPJ y en el art. 852 de la LECrim al estimarse vulnerado por el Tribunal Sentenciador el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 24.1 de la CE ; al haberse privado al Ministerio Fiscal de un medio de prueba legítimo, tras haberse declarado indebidamente la nulidad del cuerpo de escritura y de la prueba pericial caligráfica realizados"(sic).

Quinto.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 26 de julio de 2016, interesó la estimación del único motivo del recurso formulado. La representación legal de la parte recurrida en su escrito de 22 de septiembre de 2016 solicitó la inadmisión y/o desestimación del recurso, así como la confirmación de la sentencia recurrida.

Sexto.- Por providencia de fecha 18 de noviembre de 2016 se declaró el recurso admitido, quedando **conclusos los autos para señalamiento del fallo** cuando por turno correspondiera.

Séptimo.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 14 de diciembre de 2016.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1 .- El Ministerio Fiscal promueve recurso de casación contra la sentencia de 23 de mayo de 2016, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona , en el procedimiento abreviado núm. 49/2005, dimanante de las DP 3217/2009, tramitadas por el Juzgado de instrucción núm. 4 de Mataró.

Se formaliza un único motivo al amparo de los arts. 5.4. de la LOPJ y 852 de la LECrim . Estima el Fiscal vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE , al habersele privado de un medio de prueba legítimo, tras ser declarada indebidamente la nulidad del cuerpo de escritura y de la prueba pericial caligráfica realizados por el acusado en el marco de las diligencias de investigación abiertas por el Ministerio Público.

La sentencia recurrida -según se expone en el desarrollo del motivo- anuló ese cuerpo de escritura realizado ante el Fiscal Jefe de Área de Mataró, al considerar que no se habían respetado las normas del procedimiento y que se había causado indefensión al acusado. Suprimida esa prueba la endeblez del resto del material probatorio ofrecido por la acusación habría sido determinante de la absolución del imputado. Esa decisión -razona el Fiscal- es contraria al tratamiento jurisprudencial de la elaboración de un cuerpo de escritura como presupuesto de una prueba pericial acerca de la autenticidad de una firma estampada por el denunciado. En el marco de esas diligencias del Fiscal el acusado Urbano - que había negado los hechos- fue advertido de que tenía derecho a ser asistido por Letrado durante su declaración, renunciando a la asistencia letrada. Elaboró un cuerpo de escritura que luego resultó determinante del juicio de autoría. Insiste el Fiscal en que el investigado no estuvo detenido, no alegó ningún acto coactivo en el momento de prestar su testimonio y, en fin, no propuso durante el juicio oral prueba pericial alguna. Concluye que las diligencias del Fiscal, según el art. 5 del EOMF, gozan de presunción de autenticidad.

La Sala no puede identificarse con el razonamiento del Fiscal.

2 .- La sentencia ahora recurrida ha basado la declaración de nulidad de la prueba propuesta en el incumplimiento de las normas que regulan el interrogatorio practicado por el Ministerio Fiscal, al amparo del art. 773.2 de la LECrim . Estima que esa vulneración, consistente en la no lectura de los derechos que asistían al agente de policía local que fue interrogado en dependencias de la Fiscalía de Mataró, asociada a la elaboración de un cuerpo de escritura sin asistencia jurídica, ha generado una indefensión material que debe conducir necesariamente a la expulsión de esa prueba del acervo probatorio ofrecido por el Ministerio Público a la consideración del tribunal sentenciador. Además, las diligencias del Fiscal no son potencialmente idóneas para generar actos de prueba preconstituida o anticipada. Con cita de las Circulares de la Fiscalía General del Estado 4/2013 y 1/1989, concluye la "*... declaración de nulidad del cuerpo de escritura confeccionado, por no haberse respetado las normas esenciales del procedimiento y haberse causado efectiva indefensión, arts. 238.3 y 4LOPJ*".

Tiene razón la Audiencia.

A) La indefinición de nuestro sistema procesal de investigación está en el origen de la controversia que late en el presente recurso. El modelo histórico proclamado en el art. 306 de la LECrim , según el cual "*los Jueces de instrucción formarán los sumarios de los delitos públicos bajo la inspección directa del Fiscal del Tribunal competente*", ha dado paso a un modelo proteico en el que el Fiscal puede practicar por sí u ordenar 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*" (art. 773.2, primer párrafo); un modelo, en fin, en el que el Ministerio Público "*... 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*" (art. 773.2, segundo párrafo).

Este precepto, a su vez, no es sino reflejo de lo que ya proclamaba el art. 5 del EOMF, aprobado por Ley 50/1981, 30 de diciembre , redactada conforme a la Ley 24/2007, 9 de octubre, en el que se dispone expresamente que "*para el esclarecimiento de los hechos denunciados o que aparezcan en los atestados de los que conozca, puede llevar a cabo u ordenar aquellas diligencias para las que esté legitimado según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las cuales no podrán suponer la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos. No obstante, podrá ordenar el Fiscal la detención preventiva*."

Todas las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o que se lleven a cabo bajo su dirección gozarán de presunción de autenticidad.

Los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa inspirarán la práctica de esas diligencias.

A tal fin, el Fiscal recibirá declaración al sospechoso, quien habrá de estar asistido de letrado y podrá tomar conocimiento del contenido de las diligencias practicadas".

Profundizando en ese modelo, el art. 19 del EOMF atribuye a la Fiscalía Antidroga capacidad legal para investigar los hechos que presenten indicios de ser constitutivos de delitos relativos al tráfico de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, o blanqueo de capitales, que sean competencia de la Audiencia Nacional y de los Juzgados Centrales de Instrucción, (cfr. art. 19.3 a y b). En la misma línea, la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada podrá practicar diligencias de investigación en relación con el catálogo cerrado de delitos que se mencionan en el art. 19.4. Algo similar sucede con la Fiscalía Especial contra la Violencia sobre la Mujer (cfr. art. 20.1 EOMF) o con la Fiscalía contra los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico, del medio ambiente e incendios forestales (art. 20.2 EOMF).

Es cierto que en todos estos casos se trata de un espacio funcional restringido, sujeto a las limitaciones impuestas por el propio art. 5 del EOMF. Carece de capacidad para adoptar medidas cautelares o limitativas

de derechos -con la única excepción de la detención- y su actividad investigadora no puede concebirse en paralelo a la actuación jurisdiccional, de tal forma que "... cesará el Fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos" (art. 773.2, último párrafo LECrim).

La coexistencia de una doble autoridad investigadora -judicial y fiscal-, sujeta a unos principios constitucionales propios y diferenciados, no es fácilmente homologable a la luz de los modelos comparados. Son muchas las cuestiones que suscita su originalidad. Algunas de ellas no son ajenas a fricciones institucionales ocasionadas por su difícil encaje. Su análisis integral desbordaría, el objeto del presente recurso. Sin embargo, sí resulta necesario extraer de la distinta configuración constitucional del Fiscal frente al Juez de instrucción algunos de los presupuestos que resultan indispensables para la solución del recurso de casación promovido por el Ministerio Fiscal.

B) Por más flexibilidad que quiera atribuirse al heterodoxo modelo que rige en nuestro sistema, el acto procesal, por definición, es de naturaleza jurisdiccional. Los actos de prueba susceptibles de integrar la apreciación probatoria a que se refiere el art. 741 de la LECrim sólo pueden emanar de un órgano jurisdiccional. Esta idea forma parte de los pilares de la lectura constitucional del proceso penal y así ha sido proclamado en numerosos precedentes por la propia jurisprudencia. De hecho, en los modelos sujetos a una investigación dirigida por el Fiscal es habitual la preocupación legislativa encaminada a diferenciar, incluso en el plano estrictamente formal, la documentación de aquéllas. Reciben así distinto tratamiento, en bloques sistemáticos singularizados, las diligencias practicadas por el Fiscal, inidóneas para integrar la apreciación probatoria, y las referidas al debate propio del juicio oral. Esta forma de concebir el tratamiento de los actos de investigación ha llegado a tener encaje en los trabajos prelegislativos de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (cfr. arts. 430 y 431 del proyecto de Código Procesal Penal de 2013).

Conforme a esta concepción, parece evidente que atribuir, sin más, eficacia probatoria a un acto de investigación practicado en el marco de unas diligencias tramitadas por el Fiscal, al amparo de los arts. 5 del EOMF y 773 de la LECrim , supondría subvertir la genuina naturaleza y la funcionalidad predicable de aquél. Como venimos insistiendo sólo los actos de naturaleza jurisdiccional son susceptibles de integrar la apreciación probatoria por el órgano decisorio.

Esta afirmación sugiere un importante matiz en supuestos como el que nos ocupa, en el que uno de los dos peritos que elaboró el dictamen grafológico, a partir del cuerpo de escritura confeccionado por el acusado en presencia del Ministerio Fiscal, compareció en juicio y respondió a las preguntas de las partes, según enseña el vídeo en el que se recogió el desarrollo del plenario. En tales caso, nada impide que el informe pericial grafológico elaborado a instancias del Ministerio Fiscal con el fin de resolver acerca de la procedencia, en su caso, de entablar una querella, pueda convertirse con posterioridad en una fuente de prueba, pero no en virtud de una idoneidad originaria, sino como consecuencia de su fuerza probatoria sobrevenida. El filtro -ya en el juicio oral- que proporcionan los principios de contradicción y defensa, así como la intermediación judicial en el desarrollo de la actividad probatoria, hacen generar un elemento de prueba sometido a los principios que legitiman el ejercicio de la función jurisdiccional y, en consecuencia, perfectamente apto para su valoración probatoria. La fuerza probatoria del acto pericial ha de enlazarse, pues, no con el cuerpo de escritura y el dictamen provisional suscrito por los peritos durante las diligencias tramitadas por el Fiscal, sino con el desarrollo de la prueba pericial propiamente dicha durante las sesiones del juicio oral.

C) La singularidad del presente caso no se detiene en ese extremo. En efecto, la actividad preliminar llevada a cabo por el Fiscal se apartó, con consecuencias ahora irremediables, de los dictados constitucionales que han de presidir, siempre y en todo caso, la actividad de los poderes públicos encaminada a la exigencia de responsabilidades penales. Y es que la actuación preliminar del Ministerio Fiscal se caracterizó por su exhaustividad, según recoge la querella que está en el origen del presente procedimiento. El Fiscal aportó la siguiente documentación: a) escrito- denuncia del Cap de la Policía Local de Premià de Mar (documento 2); b) declaración ante el Fiscal de Florencio (documento 2); c) declaración ante el Fiscal de Ángel Jesús (documento 3); d) declaración ante el Fiscal del agente núm. NUM001 (documento 4); e) declaración ante el Fiscal del agente núm. NUM000 (documento núm. 5); f) declaración ante el Fiscal, como denunciado, del agente núm. NUM002 (documento 6); g) fotocopia de las resoluciones administrativas de revocación de las sanciones impuestas (documentos 7 a 10); h) informe pericial grafoscópico sobre manuscritos, elaborado por miembros de la unidad central de grafística-Mossos d'Esquadra con núms. NUM003 y NUM004 (documento 11); i) informe previo de elaboración de cuerpo de escritura y cuerpo de escritura realizado por el querellado que sirvió de base a la anterior pericial, con unión -como documento dubitado- de las cuatro denuncias originales que sirven de base a la querella (documento 12).

Además se interesaba del Juez de instrucción, una vez admitida a trámite la querella, la práctica de distintas diligencias encaminadas a acreditar la relación funcional del denunciado, su declaración en calidad de imputado y, en fin, "... *la ratificación judicial de los peritos calígrafos, a la vista del informe elaborado por ellos*".

Como puede observarse, el expediente tramitado por el Ministerio Fiscal estaba integrado por algo más que un breve trámite encaminado al mínimo acopio documental indispensable para resolver lo procedente. Se había tomado declaración testifical a los testigos, se había interrogado al sospechoso, se había valorado la documentación remitida por los mandos de la Policía Local de Premià de Mar y se había acordado la práctica de una diligencia pericial integrada, a su vez, por un cuerpo de escritura elaborado por Urbano y por un dictamen técnico suscrito por dos agentes especializados en grafística.

Pues bien, todas estas diligencias fueron practicadas de espaldas a los principios de contradicción y defensa (art. 5 EOMF) que debieron haber inspirado su desarrollo. Según consta en la causa, en la comparecencia que siguió a su citación por el Fiscal, celebrada en Mataró el día 6 de julio de 2009, "... *informado de sus derechos manifiesta que no tiene inconveniente en declarar sin letrado y realizar el cuerpo de escritura*" (folio 14).

La lectura de este inciso, incluido en el encabezamiento de la primera declaración de quien luego resultó querellado, ya advierte de la necesidad de centrar adecuadamente el problema suscitado. No se trata de resolver si la formación de un cuerpo de escritura como material a ser integrado en un posterior dictamen pericial puede ser o no elaborado en el marco de una investigación preprocesal del Fiscal. La respuesta positiva está fuera de toda duda. El art. 5.2 del EOMF le autoriza a la práctica de las diligencias previstas en la LECrim "... *para el esclarecimiento de los hechos denunciados o que aparezcan en los atestados de los que conozca*", pudiendo llevarlas a cabo por sí u ordenarlas a la Policía Judicial. Y el art. 773.2 de la LECrim le faculta a practicar "... *las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo*".

La cuestión relativa a si la formación de ese cuerpo de escritura ha de ser elaborado en presencia de Letrado -núcleo argumental sobre el que se apoya la sentencia recurrida y que trata de rebatir la impugnación del Ministerio Público- tampoco debe ser resuelta atendiendo al plano puramente formal asociado a la presencia/ ausencia letrada. De hecho, no faltarán precedentes jurisprudenciales que acojan uno u otro criterio en función de las singularidades del caso concreto. El recurso del Fiscal incluye un elogiado estudio del tratamiento jurisprudencial de aquellas resoluciones en las que esta Sala ha atribuido valor incriminatorio a una prueba pericial elaborada a partir de un cuerpo de escritura confeccionado sin asistencia letrada.

El problema, a nuestro juicio, es otro.

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 el cual, cuando la investigación se dirige por el Fiscal las garantías constitucionales se difuminan y devienen renunciables. Ya encierra una extravagancia legislativa que nuestro sistema admita la posibilidad de que el ciudadano al que se impute un delito sea sometido a una investigación inicial de naturaleza preparatoria (arts. 5 del EOMF y 773.2 LECrim) de una segunda etapa, también de naturaleza preparatoria (arts. 299 y 771.1 LECrim). Cuando *lo preparatorio precede a lo preparatorio*, no resulta fácil encontrar justificada esa doble secuencia sobre la que se construye la fase de investigación del hecho imputado. Está claro, sin embargo, que las dudas para explicar nuestra singularidad no pueden resolverse degradando funcionalmente el primer escalón de la actuación del Estado -eso es, no otra cosa, lo que define la *prefase de investigación* desarrollada por el Fiscal-, de suerte que el ciudadano pueda ser despojado del irrenunciable cuadro de garantías que le asisten cuando es llamado para responder de algún hecho de significación penal y que le es indiciariamente atribuido.

Tampoco podemos coincidir con la línea argumental que inspira el recurso del Fiscal, conforme a la cual, la presencia de Letrado en el interrogatorio al que fue sometido el agente denunciado era perfectamente prescindible al no hallarse éste detenido. No es eso lo que prescribe el apartado 2 del art. 5 del EOMF. En él no sólo se exige la asistencia de Letrado en el acto del interrogatorio, sino que se proclama el derecho de defensa como uno de los principios que han de informar la práctica de esas diligencias: "... *todas las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o que se lleven a cabo bajo su dirección gozarán de presunción de autenticidad. [...] Los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa inspirarán la práctica de esas diligencias. [...] A tal fin, el Fiscal recibirá declaración al sospechoso, quien habrá de estar asistido de letrado y*

podrá tomar conocimiento del contenido de las diligencias practicadas". En la misma línea, el art. 773.2 de la LECrim establece 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". Y las garantías asociadas al derecho de defensa están expresamente anunciadas en el art. 118 de la LECrim , encabezado por una locución cuyo olvido aleja al proceso penal de sus principios informadores: " toda persona a quien se atribuya un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa". No existen, pues, otras limitaciones que las expresamente fijadas en ese mismo precepto, cuya literalidad no prescinde del Fiscal cuando menciona a los sujetos públicos destinatarios de ese recordatorio: " 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 (...) y que estará presente en todas sus declaraciones así como en las diligencias de reconocimiento, careos y reconstrucción de hechos" (art. 118.2, 2º LECrim).

Así lo ha entendido también la Fiscalía General del Estado. En la Circular núm. 1/1989 -de la que se hace eco la sentencia de instancia-, cuando se ocupa de " La fase preprocesal del proceso, en especial la investigación por el Fiscal", razona en los siguientes términos: "... en cuanto a la forma de los actos, deberán observarse en ellos las garantías legales, en especial en el interrogatorio del imputado, al que habrá de informársele de los derechos que le concede el artículo 24 de la Constitución y que deberá hacerse en presencia de un Letrado (art. 785.1), para lo cual el artículo 785.5 prevé que los Colegios de Abogados remitirán una copia de la lista de colegiados ejercientes del turno de oficio al Fiscal, lista que los Sres. Fiscales deberán, en otro caso, reclamar".

De forma más reciente, la Directiva (UE) 2016/343, relativa al derecho a la presunción de inocencia, cuya eficacia exige como presupuesto el adecuado ejercicio del derecho de defensa, extiende su aplicación "... a las personas físicas que sean sospechosas o acusadas en procesos penales". Y declara aplicable sus previsiones - ya transpuestas en la reforma 5/2015, 27 de abril- "... a todas las fases del proceso penal, desde el momento en que una persona es sospechosa o acusada de haber cometido una infracción penal, o una presunta infracción penal, hasta que adquiera firmeza la resolución final sobre si la persona ha cometido o no la infracción penal en cuestión " (art. 2).

En definitiva, sean cuales fueren las dificultades para la correcta catalogación de esas diligencias de investigación del Fiscal -preliminares, preprocesales, preparatorias-, lo cierto es que esa etiqueta nunca puede concebirse como una excusa para despojar al ciudadano de las garantías y límites que nuestro sistema constitucional impone a la actividad investigadora de los poderes públicos, tanto si se trata de un sospechoso llamado por el Fiscal u otro ciudadano que, sin haber sido llamado, llega a tener conocimiento de que está siendo investigado por el Ministerio Público.

Una práctica que se distancia de esa elemental idea contribuye a la degradación de nuestro sistema procesal.

3 .- Por cuanto antecede, no erró la Audiencia Provincial cuando proclamó la inidoneidad como prueba preconstituida del dictamen pericial elaborado en el marco de las diligencias preliminares practicadas por el Fiscal Jefe del área de Mataró. 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.

Acaso convenga insistir en que su falta de virtualidad probatoria no se vincula tan solo al debate acerca de la necesidad, la conveniencia o la renunciabilidad de la asistencia letrada en el momento de la confección del cuerpo de escritura que sirvió de base para la elaboración del informe pericial. La limitación de sus efectos está relacionada con la imposibilidad de alterar el valor de esas diligencias, que agotan su funcionalidad cuando sirven de respaldo a la decisión del Fiscal de archivar la denuncia o promover el ejercicio de las acciones penales que estime pertinentes. Las diligencias de investigación practicadas por el Ministerio Público al amparo de los arts. 5 del EOMF y 773.2 de la LECrim , no pueden aspirar a transmutar su naturaleza y convertirse en actos de prueba. 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. 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.



4 .- La desestimación del recurso promovido por el Ministerio Fiscal obliga a la declaración de oficio de las costas procesales, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim .

III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido:

DECLARAR NO HABER LUGAR al recurso de casación, interpuesto por el MINISTERIO FISCAL, contra la sentencia de fecha 23 de mayo de 2016, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona , en la causa seguida por el delito de falsedad.

Se declaran de oficio las costas procesales.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

D. Manuel Marchena Gómez

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Andrés Palomo Del Arco D. Joaquín Giménez García

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Manuel Marchena Gómez, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.