



Dirección:
Gustavo Andrés Martín Martín

Coordinación:
Juan Javier Pérez Pérez



PUBLICACIONES AJFV
SERIE:
BOLETINES JURÍDICOS

www.ajfv.es

Síguenos en:



BOLETÍN DIGITAL PENAL

NÚMERO 22. MARZO 2018

NÚMERO MONOGRÁFICO

00

**DILIGENCIAS COMPLEMENTARIAS
DEL ARTÍCULO 780.2 DE LA LEY DE
ENJUICIAMIENTO CRIMINAL**

**¿ESTÁ SIEMPRE EL JUEZ
VINCULADO POR LA PETICIÓN DEL
FISCAL?**

Jesús Manuel Villegas Fernández
Magistrado

“Porque aunque la ley del Imperio haya eximido al emperador de las solemnidades del Derecho (este es, por cierto, el sentido del principio legibus solutus) nada, sin embargo, es tan propio del imperio como vivir con arreglo a las leyes” (Corpus Iuris, BLANCH, 2017:127).

RESUMEN: El artículo 780.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal regula las diligencias complementarias interesadas por el Ministerio Fiscal al abrirse la fase intermedia del procedimiento abreviado. La doctrina mayoritaria interpreta que el juez está vinculado por dicha petición. Sin embargo, dicha vinculación no es ilimitada, ya que el órgano jurisdiccional debe velar porque se cumplan los presupuestos legales que facultan la solicitud. Además, han de ponerse fin a algunas corruptelas, como las derivadas de la repetición de declaraciones ya practicadas y la ampliación, subjetiva u objetiva, del objeto procesal. En otro caso se abriría un atajo para alterar el contenido del auto de transformación a procedimiento abreviado cuando este ha devenido firme para el Ministerio Público por haber expirado los plazos para recurrirlo.

VOCES: “Artículo 780.2”; “diligencias complementarias”; “diligencias indispensables para formular acusación”, “elementos esenciales para la tipificación”.

INDICE.

1. La literalidad del artículo 780.2 y la interpretación dominante.
2. Corruptelas procesales.
3. Los “elementos esenciales para la tipificación” como concepto jurídico indeterminado.
4. Conclusión.
5. Bibliografía.

1. La literalidad del artículo 780.2 y la interpretación dominante.

El artículo 780.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LeCrim) contiene literalmente la siguiente previsión:

“Cuando el Ministerio Fiscal manifieste la imposibilidad de formular escrito de acusación por falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos, se podrá instar, con carácter previo, la

práctica de aquellas diligencias indispensables para formular acusación, en cuyo caso accederá el juez a lo solicitado.

El juez acordará lo que estime procedente cuando tal solicitud sea formulada por la acusación o las acusaciones personadas”.

Pues bien, este precepto se inserta en la fase intermedia, recaído ya auto de procedimiento abreviado, al conferir traslado para los escritos de acusación. De entrada la investigación criminal ya ha concluido, por lo que la práctica de cualesquiera otras diligencias (denominadas “complementarias”) sólo procederá “excepcionalmente” (tal como el mismo artículo citado estipula supra). Eso sí, se introduce una asimetría legal dado que, cuando la petición provenga de las acusaciones particulares, el juez está facultado para concederlas o denegarlas mientras que, si la solicita el Ministerio Público, estaría obligado a ejecutarlas.

Según la interpretación más extendida, el juez carece de margen de maniobra. Por ejemplo, la Audiencia Provincial de la Coruña, en sentencia de 14 de noviembre de 2017, proclama contundentemente:

“La petición de diligencias complementarias realizada por el Ministerio Fiscal es vinculante para el órgano de instrucción por mandato legal, lo que excluye cualquier debate sobre su carácter o conveniencia (vgr: autos de esta Sección de la Audiencia Provincial de 07 de junio de 2017 y 26 de julio de 2017)”.¹

El catedrático Vicente Gimeno Sendra explica la ratio legis (2015:533):

“Esta diferencia de trato entre las partes acusadoras no conculca el principio de igualdad de armas, pues el Ministerio Fiscal está vinculado a los principios de igualdad e imparcialidad, por lo que se encuentra en una situación distinta a las partes privada, movidas por sentimientos de vidicta. Además, la finalidad que persigue el precepto

¹ [AAP de la Coruña, Penal sección 1 del 14 de noviembre de 2017](#) (ROJ: AAP C 1136/2017 - ECLI:ES:APC:2017:1136A); ponente, Ilustrísimo señor don Alejandro Morán Llorden.

es legítima, pues se trata de evitar las dilaciones indebidas por peticiones abusivas de revocación efectuadas por las partes privadas”.

Sea como fuere, surge la duda de si esta regla, tal inflexiblemente enunciada, no será susceptible de flexibilización. La sentencia de 24 de octubre de 2017 de la Audiencia Provincial de León parece dejar la puerta abierta cuando afirma que tales diligencias son “en principio” de necesaria adopción.²

Lo veremos a continuación.

2. Corruptelas procesales.

Es frecuente que los señores fiscales no asistan a la práctica de las diligencias sumariales. Por tanto, cuando se les entregan los autos para calificación, descubren la omisión de alguna pregunta en los interrogatorios que a ellos les habría parecido pertinente. ¿Cuál es la solución? Muy sencillo: interesar su práctica por vía del mentado 780.2.

He aquí una corruptela que hay que erradicar. La norma trascrita habla de diligencias “complementarias”, luego se trata de actos instructorios nuevos. Es muy claro a este respecto el auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 23 de junio de 2015.³

“(…) considera no sujeto a discusión es que no procede la práctica de diligencias que ya han sido practicadas con anterioridad respecto de las que en el instante no aclara el motivo de su nueva solicitud. Tal acontece, en este caso, con la declaración del perjudicado que el propio Ministerio Público admite tuvo lugar en su momento y aparece documentada en los folios (...)”.

Ubi commodum, ubi incommodum. Si prefirió permanecer en su despacho sacando papel, tendrá que asumir las consecuencias de la pérdida de oportunidad procesal.

Más grave todavía es cuando se pretende tomar declaración como investigado a alguien contra el que no se ha dirigido previamente auto

² [AAP de León, Penal sección 3 del 25 de octubre de 2017](#) (ROJ: AAP LE 1168/2017 - ECLI:ES:APLE:2017:1168A); ponente, Ilustrísimo señor don Álvaro de Miguel Aza Barazón.

³ AAP de Guadalajara, Penal del 23 de junio de 2015 (referencia CENDOJ inexistente, tomado del archivo personal del autor); ponente Ilustrísimo señor don Manuel Eduardo Regalado Valdés.

de procedimiento abreviado. Semejante propósito implica alterar el objeto procesal del auto de inculpación, vinculante para las partes tanto en lo que toca al relato fáctico (factum) como a la legitimación pasiva de las acciones penales. Advierte la Audiencia Provincial de Barcelona con fecha de cuatro de marzo de 2004 que “no caben más imputaciones, ni objetivas ni subjetivas”⁴. In extenso:

“En definitiva, se perciben varios límites a tales diligencias; uno, derivado de la propia literalidad del precepto, pues sólo admite la práctica de diligencias que sean indispensables para formular acusación, luego no habrá que admitir las que no sean indispensables para formular acusación; otro, que aunque no sea objeto de debate sirve para reforzar la tesis que se expone, relacionado con la posición del imputado, pues no puede olvidarse que el precedente auto de transformación del procedimiento además de concluir la instrucción -y si se estima incompleta debe recurrirse- “es la última pieza en el sistema de garantías de la efectiva defensa del imputado”, como ha entendido la doctrina al analizar la referida STC 186/1990 de manera que no caben nuevas imputaciones, ni objetivas ni subjetivas”.

Ex abundantia, la sentencia de once de junio de 2007 de la Audiencia Provincial de Castellón recuerda ⁵ que:

“Por su parte, la Circular 1/2003 FGE poca luz aporta sobre el particular al limitar su comentario a la afirmación de que la petición de diligencias complementarias no es un cauce apropiado para extender la acusación a personas distintas de las consignadas en el auto del art. 779.1.4.ª LECRIM”.

¿Cuál es, pues, el cauce apropiado? Recurrir el auto de procedimiento abreviado, si es que se considera incompleto. Otra cosa es que se dejen pasar los plazos preclusivos y el señor fiscal se percate, a posteriori, de que le falta algún acusado. Entonces es inadmisibles echar mano del artículo 780.2. Sus fines son otros.

⁴ [AAP de Barcelona, Penal sección 3 del 4 de marzo de 2004](#) (Roj: AAP B 943/2004 - ECLI: ES:APB:2004:943A); ponente Ilustrísimo señor don Carlos González Zorrilla.

⁵ AAP DE Castellón, Penal sección 1 del 11 de junio de 2007 (ROJ: AAP CS 221/2007 - ECLI:ES:APCS:2007:221A); ponente, Ilustrísimo señor don Esteban Solaz Solaz.

3. Los “elementos esenciales para la tipificación” como concepto jurídico indeterminado.

La expresión “elementos esenciales para la tipificación” es un concepto jurídico indeterminado. La antes invocada sentencia de once de junio de 2007 de la Audiencia Provincial de Castellón matiza:

“Como es sabido, la frase elementos esenciales para la tipificación de los hechos ha sido objeto de interpretaciones dispares. La Circular 1/1989 FGE sostuvo que tal solicitud sólo puede fundarse en la ausencia de datos que permitan fijar o asegurar alguno de los elementos integrantes del tipo penal objeto de acusación”.

El ponente nos pone sobre la pista, al menos, de que lo que dichos elementos no son. Obviamente, no consiste en la insuficiencia del material incriminatorio. Es decir, en la creencia del Fiscal de que las diligencias obrantes en autos no le aseguran una condena en juicio. Por ejemplo, si un testigo que parecía a priori ser de cargo depone en sentido exculpatario, ir tanteando con otros hasta que atine con el que más le convenga.

En cambio, sí que sería admisible que el Fiscal necesitase periciales, por ejemplo, para determinar la gravedad o levedad de las infracciones con vistas a su tipificación legal, como sucede en la extensión de las lesiones o en la valoración económica de los bienes. Pero es una cosa y, como se decía, otra muy distinta, ir alargando la instrucción hasta dar con la fuente de prueba de cargo que le faltaba. Esa tarea toca antes del auto de procedimiento abreviado; no después.

En cualquier caso, hay otra cuestión muy importante, a saber: los conceptos jurídicos indeterminados son revisables judicialmente, por lo que la última palabra para sentar si los elementos son “esenciales o no” es del órgano jurisdiccional. La Fiscalía no es una institución *legibus solutus*, cual emperador romano. De ahí que el juez deba desempeñar, antes de acordar sin más lo que le pida el Fiscal, una labor de control

previo. Es muy ilustrativo el auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 28 de julio de 2015⁶ :

“Es cierto que el precepto mencionado dice que acordará el juez lo solicitado. Esta vinculación aparece subordinada legalmente al cumplimiento de ciertos presupuestos o requisitos legales”.

Además, en su fundamento jurídico primero cita un artículo doctrinal de Adolfo Carretero Sánchez (véase bibliografía) según el cual: “no basta que en la solicitud diga que las diligencias sean necesarias para formular acusación pues una (imposibilidad) y otra (necesidad) no son lo mismo”.

Consecuentemente, colige que: “El juez de instrucción necesariamente debe realizar una labor indagatoria de las diligencias que con carácter de complementarias soliciten las partes públicas y privada (...)”.

4. Conclusiones.

El *usus fori* ha consagrado una práctica según la cual, cuando el fiscal pide cualquier diligencia complementaria, se le concede sin más. Tal automatismo es erróneo ya que:

- La tutela judicial efectiva proscribiera las zonas exentas de control judicial. Ergo, al órgano jurisdiccional corresponde verificar si concurren los presupuestos del artículo 780.2. El juez estará vinculado cuando las diligencias complementarias sean esenciales para la tipificación; en otro caso, no.

- Los conceptos jurídicos indeterminados no son actos discrecionales, por lo que están sometidos a revisión judicial

- La igualdad de trato entre las partes exige no consagrar privilegios a favor de ninguna, acusación pública inclusive. El juez instruye a cargo y a descargo, sin preferencias.

⁶ AAP de Guadalajara, Penal del 28 de julio de 2015 (referencia CENDOJ inexistente, tomado del archivo personal del autor); ponente Ilustrísima señora doña Isabel Serrano Frías.

- Las diligencias complementarias no son una excusa para dar cobertura al absentismo de la Fiscalía ni mucho menos para atacar por vía oblicua resoluciones firmes.

En conclusión, en palabras de la ya citada resolución de la Audiencia Provincial de Barcelona de cuatro de marzo de 2004:

“(...) sí hay límites respecto de las diligencias complementarias y quien está legitimado para señalarlos es el Juez de Instrucción”

5. Bibliografía.

Blanch Nougés, Juan Manuel (2017): Locuciones latinas y razonamiento jurídico. Una revisión a la luz del derecho romano y del derecho actual. Pro iure romano et lingua latina. Dykinson, S.L.

Carretero Sánchez, Adolfo (2011): “Las diligencias complementarias en el procedimiento abreviado. Visión Crítica”. La Ley, nº 7640.

Gimeno Sendra, Vicente (2015): Manual de Derecho Procesal. Castillo de Luna. Ediciones Jurídicas.