

LA NECESIDAD DE UNA ADECUADA REGULACIÓN LEGAL DE LAS DILIGENCIAS INDETERMINADAS EN EL PROCESO PENAL

The need for adequate legal regulation of indeterminate proceedings in the criminal process

Por Isidoro Espín López

Letrado de la Administración de Justicia (Juzgado de Violencia sobre la Mujer N.º 1 de Torrevieja). España.

Doctorando en Derecho por la Universidad de Murcia. España.
isidoro.espin@um.es

Artículo recibido: 20/03/2020 | Artículo aceptado: 20/06/2020

RESUMEN

Con la regulación de las novedosas medidas de investigación tecnológica, llevada a cabo por la *Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica*, se ha planteado una cuestión, que reabre un debate que viene desde años atrás, que no ha sido debidamente solucionado por el legislador.

En efecto, el art. 588 bis c, al regular el contenido de la resolución judicial que autorizará o denegará la medida de investigación tecnológica, dispone que tal autorización o denegación, tendrá lugar mediante auto motivado, «oído el Ministerio Fiscal».

Ello lleva a preguntarnos qué razones han impulsado al legislador a incluir tal inciso, cuando el art. 306 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deja claro que los sumarios de los delitos públicos se formarán bajo la inspección del Fiscal del Tribunal competente.

Nuestra respuesta a tal interrogante es clara: el legislador pretende que cuando los juzgados de instrucción incoen una modalidad de expediente judicial no contemplado por la ley usado en la práctica forense desde años atrás bajo el nombre de «diligencias indeterminadas» (utilizado generalmente cuando los hechos no tienen un claro encaje dentro de los procesos penales legalmente establecidos), se confiera traslado al Ministerio Fiscal, cuando este procedimiento se apertura para acordar una medida de investigación.

Sin embargo, el legislador no se ha preocupado de lo que sería, a nuestro juicio, lo más aconsejable: una adecuada regulación de las diligencias indeterminadas ante la disparidad de criterios existente.

En este trabajo justificaremos las razones por las que entendemos que se debería llevar cabo dicha regulación.

ABSTRACT

With the regulation of the innovative measures of technological investigation, carried out by the *Organic Law 13/2015, of October 5, amending the Criminal Procedure Law, for the strengthening of the procedural guarantees and the regulation of the measures of technological research*, a question has been raised, which reopens a debate that has been going on for years, that has not been duly resolved by the legislator.

In effect, art. 588 bis c, by regulating the content of the judicial resolution that will authorize or deny the technological investigation measure, provides that such authorization or denial will take place by means of a reasoned order, "after hearing the Prosecutor's Office"

This leads us to ask ourselves, what reasons have prompted the legislator to include such subsection, when art. 306 of the Criminal Procedure Law, makes it clear that the summaries of public crimes will be formed under the inspection of the competent Court Prosecutor.

Our answer to this question is clear: the legislator intends that when the investigating courts initiate a modality of judicial file not contemplated by the law, used in forensic practice since years ago under the name of "indeterminate proceedings" (generally used when facts do not have a clear fit within the legally established criminal proceedings), transfer to the Prosecutor's Office is conferred, when this procedure is opened to agree on an investigation measure.

However, the legislator has not worried about what would be in our opinion the most advisable: an adequate regulation of indeterminate proceedings, given the disparity of existing criteria.

In this work, we will justify the reasons why we understand that such regulation should be carried out.

PALABRAS CLAVE

Diligencias indeterminadas, medidas de investigación tecnológica, regulación legal.

KEYWORDS

Indeterminate diligences, technological research measures, legal regulation.

Sumario: 1. Introducción. 2. Las diligencias indeterminadas. 3. Supuestos en los que se han usado y se siguen usando las diligencias indeterminadas. 4.

Justificación de la necesidad de una adecuada regulación legal. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía. 7. Jurisprudencia citada.

1. Introducción

La Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, (en adelante LO 13/2015) ha incorporado un nuevo título VIII al Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim), que bajo la rúbrica «De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 de la Constitución», incluye, además de las hasta entonces reguladas, las novedosas medidas de investigación tecnológica, respecto de las cuales dedica un capítulo, el IV, a la regulación de las disposiciones comunes a todas ellas.

Dentro de tales disposiciones comunes, el art. 588 bis c LECrim, se ocupa de los presupuestos y contenido de la resolución judicial que autorice o deniegue una concreta medida de investigación. En este sentido, el citado precepto, establece en su apartado primero, que el juez de instrucción autorizará o denegará la medida solicitada mediante auto motivado, oído el Ministerio Fiscal¹.

No se trata de una cuestión novedosa el hecho de que el Fiscal deba ser oído previamente al acuerdo de cualquier diligencia de investigación, dado que, de conformidad con el art. 306 de la LECrim, le corresponde la inspección directa en la formación del sumario por los jueces de instrucción²

Ante esta situación, cabe preguntarse entonces, cuáles son las razones por la que el legislador ha incluido este inciso —que podemos calificar de superfluo—, en la nueva regulación³.

¹ Obviamente, y como quiera que la medida de investigación puede ser solicitada por el MF o la Policía Judicial, no será necesaria la audiencia del MF, cuando la medida se solicite por el mismo. Será precisa tal audiencia cuando la medida se solicite directamente al Juez por la Policía Judicial en el marco de una investigación policial.

² Señala MONTERO AROCA que «...el procedimiento preliminar judicial está en manos del juez de instrucción y la pretendida “inspección” se reduce a que el Ministerio Fiscal se constituya como parte en aquél, formulando las alegaciones y solicitando los actos de investigación que considere oportunos. Sus privilegios consisten en que el juez de instrucción debe darle parte de la incoación de la instrucción (art. 308) y en que para él el sumario no puede decretarse secreto». Vid. MONTERO AROCA, J., «Los conceptos esenciales», en Montero Aroca, J. y otros), *Derecho Jurisdiccional III - Proceso penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, p. 77.

³ De acuerdo con lo declarado por la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS) 272/2017, de 18 de abril, que a su vez recordaba otras de las resoluciones del alto tribunal (SSTS 138/2006, 1013/2007, 578/2009, 309/2010 o 385 y 694/2011), «el Fiscal no necesita de un acto formal de invitación al proceso puesto que su presencia es institucional y conforme al artículo 306 LECrim, los Jueces de Instrucción formaran los sumarios bajo la inspección directa del Fiscal del Tribunal competente».

Consideramos que con esta previsión el legislador pretende que cuando los juzgados de instrucción registren una modalidad de expediente judicial no contemplado por la ley, usado en la práctica forense desde años atrás bajo el nombre de «diligencias indeterminadas», se confiera traslado al Ministerio Fiscal (en adelante MF), si este procedimiento se incoa para acordar una medida de investigación.

El uso de las diligencias indeterminadas ha sido objeto de una dura crítica doctrinal⁴. No obstante, lo cierto es que no puede afirmarse que ni doctrinal ni jurisprudencialmente haya existido unanimidad en cuanto a la improcedencia de su uso, existiendo voces que consideran que no pueden ser tachadas de ilegalidad manifiesta en determinados casos⁵, por ser lo relevante ya no tanto su incoación sino que lo acordado en las mismas tenga lugar con respeto a la legalidad, y con notificación a las partes interesadas⁶ y en todo caso al MF.

Tampoco puede decirse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo considere irregular esta práctica procesal, dado que en alguna resolución se ha conferido validez a este uso forense⁷.

⁴ ARAGONÉS SEIJÓ Y MIÑANO GONZÁLEZ, citan algunas críticas realizadas por una buena parte de la doctrina con mención de sus autores. Así, hacen referencia a afirmaciones tales como que las mismas constituyen «una corruptela», «una práctica viciosa de los Juzgados de instrucción que debe desterrarse», un «cajón de sastre», que se «inventan en la práctica forense» como unas «previas de las previas», que son «atípicas» y «discutibles», y en las que «no suele darse intervención a nadie». Vid. ARAGONÉS SEIJO, S.; MIÑANO GONZÁLEZ, E., «La incoación de diligencias indeterminadas tras la presentación de la querrela», *Diario La Ley - Sección Doctrina*, n.º 8466, 2015, p. 2.

⁵ Mantiene esta opinión ARAGÓN REYES, para quien «no existe vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones por el mero hecho de que la autorización judicial de intervención de las comunicaciones telefónicas no se decrete dentro de alguno de los procedimientos legalmente establecidos, sino en las denominadas diligencias indeterminadas, pues lo relevante a estos efectos es la posibilidad de control del Juez y del Ministerio Fiscal». Vid. ARAGÓN REYES, M., «Intervenciones telefónicas y postales (Examen de la Jurisprudencia Constitucional)», *Teoría y Realidad Constitucional - UNED*, n.º 25, 2010, pp. 484-485. Asimismo, DE URBANO CASTRILLO, se pronuncia de forma similar. Vid. DE URBANO CASTRILLO, E., *El derecho al secreto de las comunicaciones*, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2011, p. 184.

⁶ Excepto en aquellos casos que por ser necesaria la práctica de una diligencia de investigación, en la que todavía no se tienen pruebas de la comisión de un delito, la misma deba acordarse con secreto para el investigado a fin de no frustrar la investigación.

⁷ Vid. STS de 25 de junio de 1993, ROJ: STS 4519/1993, Fundamento Jurídico (en adelante FJ) 7.º, que declaró que «las denominadas por el uso forense, diligencias indeterminadas, que también podrían denominarse asuntos indeterminados o varios puede constituir un apartado específico de los libros registrales de un Juzgado de instrucción, pero siempre que se utilicen para anotar aquellos asuntos que no tienen un encaje fácil en los libros de asientos ordinarios o generales».

Por todo ello, tal y como expondremos más adelante, consideramos necesaria la urgente incorporación a nuestra legislación de una apropiada previsión legal para aquellos supuestos que, teniendo que ser tramitados ante un tribunal instructor, no encajan dentro de los procedimientos penales existentes, y ello con independencia de la denominación a utilizar.

Sin embargo estimamos que el legislador, con la LO 13/2015, ha dejado pasar otra buena oportunidad para llevar a cabo dicha regulación, y acabar así con una práctica generadora de una no deseada inseguridad jurídica, de la que son principalmente afectados todos los operadores de la Administración de Justicia, ante la ausencia de un derecho cierto que regule adecuadamente esta materia.

2. Las diligencias indeterminadas

Las diligencias indeterminadas, se han venido registrando en los juzgados de instrucción desde la entrada en vigor de la LECrim de 1882. Prueba de ello, es la *Circular de la Fiscalía General del Estado 27 de enero de 1924*, que contempló con desconfianza el uso de este tipo de diligencias, pese a su implantación práctica en muchos órganos judiciales⁸.

Podemos encontrar un precepto en nuestro derecho positivo, que justifica el uso de esta clase de procedimiento, concretamente el art. 269 LECrim, dado que, de conformidad con el mismo, cuando se formule una denuncia, se procederá a la comprobación del hecho, salvo que éste no revistiere carácter de delito, o que la denuncia fuere manifiestamente falsa, prescribiendo que, en estos casos, «el Tribunal o funcionario se abstendrán de todo procedimiento, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurran si desestimasen aquella indebidamente».

Surge entonces un interrogante, en el sentido de que si el Tribunal o funcionario deben abstenerse de todo procedimiento penal cuando el hecho no constituya delito o la denuncia fuere manifiestamente falsa, ¿bajo qué soporte procedimental ha de examinarse la denuncia y dictarse por el juez la correspondiente resolución determinando que el hecho no constituye delito o que la denuncia es falsa?

Y por otro lado, parece obvio que la citada resolución (no equiparable al sobreseimiento, dado que se trata de una inadmisión *a limine*), habrá de notificarse al MF y al denunciante, a fin de que puedan interponer los recursos que procedan.

⁸ La mención a la Circular de 27 de enero de 1924, la realiza la propia Fiscalía General del Estado, en la Consulta 2/1995 de 19 de abril. Vid. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Consulta 2/1995, de 19 de abril, acerca de dos cuestiones sobre las Diligencias de Investigación del Fiscal: su destino y la pretendida exigencia de exhaustividad., 1995, p. 2, Consultado en <https://www.boe.es/buscar/fiscalia/Q/1995/FIS-Q-1995-00002.pdf>, el 20 de marzo de 2019.

En realidad, no todos los supuestos en los que se han usado y se siguen usando por los juzgados de instrucción las diligencias indeterminadas, a los que nos referiremos más adelante, podrían incardinarse en el mencionado art. 269 LECrim, si bien, afirmaremos, de conformidad con la opinión de ALONSO PRIETO, que aunque resulta ocioso recordar que un proceso no legal es un «no proceso», no es menos cierto que, deducir de dicha afirmación que «todo lo que hace el Juez Instructor debe acomodarse al marco sumarial o al de las diligencias previas, es, sin duda, excesivo»⁹.

Por otro lado, no hay que olvidar que la *Ley Orgánica 1/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, dispone en el art. 454 que «los letrados de la Administración de Justicia son responsables de la función de documentación que les es propia, así como de la formación de los autos y expedientes, dejando constancia de las resoluciones que dicten los jueces y magistrados, o ellos mismos cuando así lo autorice la ley», precepto conforme al que, toda resolución que se dicte en un juzgado, ha de tener previamente formado un expediente, y ello con independencia de que la resolución tenga por objeto «abstenerse de todo procedimiento» conforme al art. 269 LECrim.

Probablemente por ello, el derogado *Reglamento Orgánico del cuerpo de Secretarios judiciales de 2 de mayo de 1968*, establecía en el apartado 18 de su art. 83, como uno de los libros de obligada llevanza en los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, un libro de «registro de asuntos penales indeterminados», previsión que no aparece en el vigente Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales (hoy Letrados de la Administración de Justicia), si bien, el art. 6.b del mismo dispone que «serán responsables de la llevanza de los libros de registro, correspondiendo al Ministerio de Justicia la determinación de los que han de existir en los Juzgados y Tribunales y el establecimiento de las normas reguladoras de su llevanza, mediante los reglamentos oportunos»¹⁰. Cabe señalar que hasta la fecha, no se ha cumplido por el Ministerio de Justicia dicho mandato.

Finalmente, ha de significarse que con la finalidad de conseguir una unidad de criterio, armonizando las divergencias existentes, la *Circular de la*

⁹ ALONSO PRIETO, L., «Las diligencias indeterminadas», *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 850, 1970, p. 3.

¹⁰ Afirma GÓMEZ DE LA ESCALERA que «esta, a nuestro juicio irrelevante modificación del Reglamento del Cuerpo de Secretarios Judiciales que, en el vigente omite toda referencia a los asuntos penales indeterminados, unida a la fuerte oposición existente en otro tiempo a la incoación de asuntos penales registrados como diligencias indeterminadas (...) ha llevado a plantearse en ocasiones a los Jueces y Secretarios Judiciales de los Juzgados de Instrucción la posibilidad de incoar asuntos penales como diligencias indeterminadas e, incluso, a discrepancias entre ellos sobre la pertinencia de uno u otro cauce procedimental. Vid. GÓMEZ DE LA ESCALERA, J. J., «La problemática incoación de las denominadas diligencias indeterminadas por los Juzgados de Instrucción», *Revista de Derecho Procesal*, n.º 2, 1998, p. 309.

Presidencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1977, estableció que los jueces de instrucción se abstendrían con carácter general de incoar diligencias indeterminadas para la investigación de hechos que pudieran ser delictivos, enumeró una serie de supuestos comunes de incoación de diligencias indeterminadas¹¹, práctica que aun con las discrepancias existentes ha perdurado hasta la actualidad.

3. Supuestos en los se han usado y se siguen usando las diligencias indeterminadas

Son diversos los casos en los que en la práctica judicial, se registran diligencias indeterminadas. Cualquier interesado puede entrar en la página web del poder judicial que ofrece los datos de la estadística judicial, y comprobará que al realizar una búsqueda en relación con las diligencias indeterminadas ingresadas en 2018 en los juzgados de instrucción, resulta un total de 74.570, con la peculiaridad de existir numerosos juzgados que no han registrado ninguna y otros muchos que superan las 1.000¹².

Efectivamente, tal y como afirma GÓMEZ DE LA ESCALERA existen discrepancias entre Jueces y Letrados de la Administración de Justicia de los Juzgados de Instrucción, sobre la pertinencia de uno u otro cauce procedimental. De este modo, continúa el referido autor, «mientras en unos Juzgados se incoan y registran un número considerable de diligencias indeterminadas, en otros, por el contrario, está proscrita su utilización en cualquier caso, con la consiguiente falta de homogeneidad que la coexistencia de ambas prácticas contradictorias implica»¹³.

¹¹ Vid. RODRÍGUEZ LLAMOSÍ, J. R., «Las diligencias indeterminadas: a falta de una adecuada regulación en la materia», *Revista del Poder Judicial*, n.º 37, 1995, p. 217.

¹² Consulta realizada el 30 de abril de 2019 en <http://www6.poderjudicial.es/PXWeb/pxweb/es/10.-Juzgados%20de%20Primera%20Instancia%20e%20Instrucci%C3%B3n/-/OUJII006.px/>, sobre un total de 368 juzgados de instrucción.

¹³ El indicado autor hace referencia en nota al pie, a la Circular de 22 de febrero de 1983, del Presidente de la entonces Audiencia Territorial de Canarias, en la que ya reconocía que, ante el elevado número de diligencias indeterminadas incoadas en los Juzgados del Archipiélago, y conocedor de la preocupación entre los propios Jueces así como de «los riesgos y las imperfecciones de un sistema que posiblemente sustraiga el conocimiento de los asuntos para ante otros órganos judiciales, y sobre todo, del Ministerio Fiscal», vino a concretar, «con los inconvenientes derivados de lo que nunca puede ser exhaustivo», aquellos supuestos que a juicio de dicha Presidencia podían ser encuadrados dentro de las diligencias indeterminadas «que siempre y en todo caso deber ser objeto del correspondiente registro y control».

GÓMEZ DE LA ESCALERA, J. J., «La problemática incoación de las denominadas diligencias indeterminadas por los Juzgados de Instrucción», *Revista de Derecho Procesal*, n.º 2, 1998, p. 309.

Se trata, en nuestra opinión, de una disparidad en el uso de este procedimiento, a todas luces inadmisibles, resultando incomprensible que el legislador haya permanecido impasible durante tantos años ante esta situación.

Examinaremos, los casos más relevantes¹⁴ (aunque suficientes para mostrar esta realidad incontrovertible), en los que se usa este procedimiento en la praxis forense, aduciendo las razones por lo que los mismos no pueden ser tildados categóricamente de irregulares.

1º. Es el caso amparado por el art. 269 LECrim, y se daría cuando los hechos denunciados no presentan caracteres de infracción penal y el juez inadmite *a limine*. La resolución deberá notificarse al MF y al interesado. Como señala ALONSO PRIETO, es forzoso registrar un procedimiento que no puede ser un proceso penal por la prohibición del referido precepto. Al procedimiento se le debe dar un nombre, lo cual, dice este autor, responde a exigencias de buen sentido elemental, encontrándose la legalidad de estas actuaciones explícita en el art. 269 LECrim¹⁵.

No obstante, existen opiniones que sostienen que el citado precepto no puede dar cobertura legal a la utilización de las diligencias indeterminadas, ya que este artículo ha de interpretarse en clave constitucional, no siendo posible dictar una resolución de inadmisión *a limine*, que supondría no dictar una resolución motivada por la que se conozcan las causas de la actuación judicial, privando al denunciante de ejercer los recursos oportunos y el MF¹⁶.

Sin embargo, estimamos que la víctima denunciante, aun cuando todavía no es parte, ha de recibir una respuesta que, de conformidad con el art. 141-II LECrim, debe revestir la forma de auto al poder vulnerarse el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE).

Asimismo, tal inadmisión no impide el dictado de una resolución motivada y su notificación a las partes, por lo que este argumento no es suficiente para desvirtuar lo expresado anteriormente.

¹⁴ Para un estudio más detallado de todos los supuestos de uso de las diligencias indeterminadas, vid. GÓMEZ DE LA ESCALERA, J. J., «La problemática incoación de las denominadas diligencias indeterminadas por los Juzgados de Instrucción», cit. También RODRÍGUEZ LLAMOSÍ, realiza un estudio de un mayor número de casos. Vid. RODRÍGUEZ LLAMOSÍ, J. R., «Las diligencias indeterminadas: a falta de una adecuada regulación en la materia», *Revista del Poder Judicial*, n.º 37, 1995, p. 217.

¹⁵ Dice ALONSO PRIETO, que el nombre de diligencias indeterminadas «tal vez no sea el mejor, pero esto es ya pura cuestión terminológica, banal». Vid. ALONSO PRIETO, L., «Las diligencias indeterminadas», *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 850, 1970, p. 3.

¹⁶ MUÑOZ CUESTA, F. J., «Diligencias indeterminadas: una práctica viciosa de los Juzgados de instrucción que debe desterrarse.», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi - Parte Comentario*, n.º 16, 2005, p. 2.

2º. De forma parecida al primer caso, se registran diligencias indeterminadas por muchos juzgados, cuando tras la presentación de una querrela, el juez instructor estima que los hechos relatados por el querellante no constituyen delito.

En estas ocasiones, el juez ha de desestimar la querrela, de conformidad con el art. 313 LECrim, no estando autorizado para incoar ningún proceso penal, conforme al art. 269 LECrim.

Cabe señalar que la AP de Barcelona, se ha mostrado favorable a esta práctica¹⁷, existiendo asimismo posiciones doctrinales a favor de la misma¹⁸.

3º. Se plantea cuando, de conformidad con los arts. 498 y siguientes LECrim, un detenido se pone a disposición de un tribunal que no es el competente, debiendo acordar en orden a elevar la detención a prisión o bien decretar su libertad, remitiendo al tribunal competente.

En estos casos, teniendo en cuenta que el juez que ha de decidir sobre la situación personal del detenido no tiene competencia para conocer del asunto, entendemos que no es procedente registrar un proceso penal en su juzgado, debiéndose documentar las actuaciones en un procedimiento previo especial, en el que con la oportuna motivación y notificación a todas las partes, se acordará posteriormente la inhibición a favor del juzgado al que si corresponderá incoar el proceso penal correspondiente.

En este apartado se pueden incluir las actuaciones en las que se detiene a un investigado o encausado, contra el que se haya expedido requisitoria de búsqueda y detención, y éste sea detenido en un partido judicial distinto del de la emisión de la requisitoria, en cuyo caso, el juzgado del partido de la detención deberá acordar lo procedente, en orden a su situación personal.

¹⁷ Vid. Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, 591/2012, de 1 de junio de 2012, FJ 3.º, que declaró en relación con la inadmisión de una querrela que «debe añadirse que acertadamente se incoan Diligencias Indeterminadas antes de decidir su admisión o inadmisión, siendo que las Diligencias Previas deben incoarse en la mayoría de supuestos salvo en los que *ad limine* o inicialmente de un mero examen de las pretensiones que se predicen del escrito de querrela se infiera, como es el caso, que no concurren indicios suficientes de criminalidad, o bien porque la conducta descrita resultase atípica».

¹⁸ Así por ejemplo, DEL MORAL GARCÍA, ha señalado que «en este punto lo más correcto procesalmente desde esta perspectiva es la incoación de diligencias indeterminadas, y la admisión y sustanciación del recurso de apelación procedente...». Vid. DEL MORAL GARCÍA, A., «Recursos frente a autos en el procedimiento abreviado», *Cuadernos de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial*, n.º 10, 1994, p. 176. Por su parte, ARAGONÉS SEIJO Y MIÑANO GONZÁLEZ, sostienen que «tanto para subsanar defectos procesales como para dictar el auto de inadmisión de querrela deben incoarse diligencias indeterminadas», así como que las mismas deben notificarse al MF «tanto para tomar conocimiento de la querrela como para presentar recurso frente a la resolución que recaiga». Vid. ARAGONÉS SEIJO, S.; MIÑANO GONZÁLEZ, E., «La incoación de diligencias indeterminadas tras la presentación de la querrela», *Diario La Ley - Sección Doctrina*, n.º 8466, 2015, p. 13.

4º. Los procedimientos que se hayan de seguir ante personas aforadas a un tribunal superior. En estos casos, de conformidad con el último párrafo del art. 303 LECrim, los jueces de instrucción, en casos urgentes, podrán acordar las medidas de precaución necesarias, pero remitirán las diligencias en el término más breve posible, que en ningún caso podrá exceder de tres días, al tribunal competente que decidirá sobre la incoación del sumario.

Consideramos, que no procede la incoación de procedimiento penal, dado que el art. 303 LECrim, solo faculta al juez de instrucción para adoptar las medidas de precaución necesarias, debiendo, a mayor abundamiento, remitir las diligencias al tribunal competente en un plazo de tres días, respecto del que la LECrim, establece de forma taxativa que «en ningún caso» podrá excederse.

5º. En línea con el anterior apartado, aquellos casos en los que, de conformidad con lo expuesto en la denuncia, la querrela o el atestado, queda constatado que el hecho se perpetró en otro partido judicial, por lo que el juez de instrucción ha de dictar el correspondiente auto inhibiéndose a favor del juez competente, por lo que no es necesario incoar el proceso penal, que ya será abierto por el juzgado competente.

6º. De conformidad con la fecha de la denuncia o el atestado, y atendiendo a las normas de reparto del partido judicial, las actuaciones deben ser repartidas a otro juzgado. En estos casos, la práctica fraudulenta no es abrir unas diligencias indeterminadas, sino muy al contrario la que se ha llevado a cabo por muchos juzgados (afortunadamente cada vez menos), de abrir unas previas para remitirlas a turno posteriormente.

A este respecto, señala ALONSO PRIETO, que «no es factible abrir sumario ni previas, sino que, sencillamente las actuaciones han de ser trasladadas a Decanato. Aun así señala este autor que las dificultades pueden surgir en el supuesto de que sea menester acometer alguna diligencia urgente de investigación o seguridad, en cuyo caso, tras plantear la pregunta acerca de si resultará obligado en tal caso incoar diligencias previas hasta que sean pasadas a turno, entiende decididamente que no, si se quieren evitar duplicidades inconvenientes. Asimismo añade que en estos casos, «se impondría un mecanismo complementario de cancelaciones verdaderamente perturbador que complicaría innecesariamente el orden burocrático de los Juzgados ya de suyo desmesuradamente complicado»¹⁹.

7º. Aquellos casos de internamientos urgentes en centro psiquiátrico, que, si bien, son asuntos competencia de los Juzgados de primera instancia, de acuerdo con lo apuntado por GÓMEZ DE LA ESCALERA, es frecuente reconocer a los Juzgados de Guardia la competencia para estos internamientos urgentes

¹⁹ ALONSO PRIETO, L., «Las diligencias indeterminadas», *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 850, 1970, p. 2.

pese a su falta de competencia, dando cuenta inmediata de los mismos al correspondiente Juzgado de Primera Instancia, en todo caso en el plazo de veinticuatro horas²⁰.

8º. Se trata de la incoación de diligencias indeterminadas, cuando se acuerda por el juez competente la práctica de una diligencia de investigación, ya sea una entrada y registro domiciliaria, un registro de libros y papeles, detención de la correspondencia escrita o telegráfica, interceptación de las comunicaciones telefónicas, o cualquier medida de investigación tecnológica incorporadas por la LO 13/2015. Se trata, probablemente, del supuesto más controvertido y que ha dado lugar a la realización de este trabajo.

La razón principal que motiva la apertura de diligencias indeterminadas cuando se acuerda una medida de investigación previa a la incoación de un proceso penal, es precisamente el desconocimiento sobre la comisión de un delito, dado que, aun cuando en virtud del principio de especialidad es necesario que la medida se solicite al juez en el marco de una investigación policial, pueden no tenerse datos suficientes que permitan la incoación de un proceso penal.

Ahora bien, esta práctica se ha llevado a cabo en muchas ocasiones sin audiencia del MF, lo que consideramos inadmisibles²¹. A este respecto, debe señalarse que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha declarado que de darse esta situación, el proceso se mantendría dentro de un «constitucionalmente inaceptable secreto»²².

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional no ha sido uniforme, dado que, aunque inicialmente declaró que la falta de notificación al Fiscal de la resolución que acuerde una medida de investigación, vulnera derechos fundamentales²³, posteriormente ha atemperado dicho criterio, declarando que no se vulneraría el derecho fundamental si, aun cuando no se notifique la resolución al MF en las diligencias indeterminadas, posteriormente éstas se

²⁰ GÓMEZ DE LA ESCALERA, J. J., «La problemática incoación de las denominadas diligencias indeterminadas por los Juzgados de Instrucción», cit., p. 322.

²¹ Ha de recordarse que el art. 124 CE, encomienda al MF la misión de «promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social».

²² Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 49/1999, de 5 de abril, FJ 6º.

²³ Vid. STC 259/2005, de 24 de octubre, FJ 5.º, que en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones, declaró que «en aplicación de la doctrina expuesta hemos considerado, por el contrario, que vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones la falta de notificación al Ministerio Fiscal de la resolución judicial que autoriza la intervención telefónica, pues con ello se impide “el control inicial de la medida ... en sustitución del interesado, por el garante de los derechos de los ciudadanos”».

unen «sin solución de continuidad» a un proceso penal que se incoe para la averiguación del delito «satisfaciendo así las exigencias de control del cese de la medida»²⁴.

Del mismo modo, el Tribunal Supremo ha evolucionado desde una postura contraria a las diligencias indeterminadas²⁵ a considerar que la adopción de la medida de investigación a través de las mismas es válida «si se concluyen urgentemente, se transforman en Diligencias Previas y se notifican al Ministerio Fiscal, ya que, ante el secreto instructorio y la ausencia del defensor, precisan del control por parte del Ministerio Fiscal»²⁶.

Por tanto, con base en la anterior jurisprudencia, puede afirmarse que no supone ninguna irregularidad el uso de las diligencias indeterminadas para la adopción de medidas de investigación en las que todavía no existen pruebas suficientes de la comisión de un delito, siempre y cuando se respeten los principios rectores que rigen las mismas y se notifique al MF como garante de los derechos de los ciudadanos.

Finalmente, cabe destacar que la propia Fiscalía General del Estado, en la *Circular 1/2013, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas*, ha interpretado que «el sólo hecho de haber sido dictado el auto en el seno de unas diligencias indeterminadas no implica la nulidad del mismo»²⁷, circunstancia que ha sido reiterada en la reciente *Circular*

²⁴ Vid. STC 26/2010, de 27 de abril, FJ 5.º

²⁵ Así, por ejemplo, la STS 742/2002, de 24 de abril, FJ 2.º declaró que «en cuanto a la incoación de Diligencias indeterminadas, acordando en ellas las intervenciones telefónicas, es una práctica que, sin duda, debe desterrarse, pues no se trata de uno de los procedimientos contemplados en las leyes procesales y su utilización supone ocultar la existencia del proceso al Ministerio Fiscal impidiéndole el cumplimiento de las misiones que constitucional y legalmente le vienen encomendadas».

²⁶ Vid. STS 301/2013, de 18 de abril, FJ 16.º, que entre otras cuestiones declara que «ha de tenerse en cuenta que el problema de las diligencias indeterminadas es, precisamente, que su incoación no se notifica necesariamente al Ministerio Fiscal, a diferencia de las diligencias previas, lo que impide el ejercicio por éste de la relevante función de control que le corresponde desempeñar, y a la que específicamente se refiere el Tribunal Constitucional, por lo que en aquellos casos en que las diligencias indeterminadas no se transforman de inmediato en diligencias previas, o se incorporan a un proceso legal ya incoado, notificándose la intervención telefónica al Ministerio Público para posibilitar el eventual recurso y el control externo de la medida, y por el contrario se continúa practicando el desarrollo de la intervención en absoluto secreto, se está vulnerando el derecho constitucional y se impone necesariamente la nulidad de la prueba».

²⁷ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2013 sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas*, 2013, p. 138, Consultado en https://www.fiscal.es/memorias/memoria2014/FISCALIA.../circular_1_2013.pdf, el 7 de marzo de 2018.

*1/2019, sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*²⁸.

4. Justificación de la necesidad de una adecuada regulación legal

El hecho de que nos hayamos posicionado a favor del uso de las diligencias indeterminadas en determinadas situaciones, no obsta a que reconozcamos la controversia existente. En este sentido, además de las ya mencionadas, existen opiniones que, con un correcto razonamiento, defienden la improcedencia de este procedimiento.

Así por ejemplo, LÓPEZ-BARAJAS PEREA, citando a autores de la entidad de DE LA OLIVA SANTOS O MONTERO AROCA, afirma que «por imperativo constitucional, la potestad jurisdiccional se ejercita necesariamente a través del proceso», o que «no existe actividad jurisdiccional que no sea procesal, pues la correlación entre el ejercicio de la potestad jurisdiccional y la actividad procesal es absoluta»²⁹. Como corolario de lo anterior, termina señalando que «debe estar en marcha el proceso penal, aunque no es necesario que se haya realizado una imputación formal»³⁰.

En todo caso, lo relevante, ya no es tanto el debate jurídico sobre la defensa o el rechazo de las diligencias indeterminadas, sino que el legislador, durante décadas, haya omitido pronunciarse acerca de esta problemática, que a nuestro juicio tiene una gran trascendencia, habida cuenta de la necesidad de que exista un proceso legal para cualquier actuación judicial, siendo lo cierto que para determinadas actuaciones no existe tal proceso, tal y como hemos expuesto a lo largo de este trabajo. Sin embargo, se ha perdido otra oportunidad, con la LO 13/2015, que consideramos hubiera sido muy apropiada para abordar esta cuestión.

Es por ello necesaria una urgente actuación del legislador, a fin de incorporar a nuestra legislación, un procedimiento con el nombre que se estime oportuno³¹, en el que con la debida audiencia al MF, se estableciese un sumario

²⁸ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2019, sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 2019, p. 8, Consultado en

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Circular_1-2019.pdf?idFile=305e155a-dba3-4d77-b3ae-ff24d4a78d5a, el 15 de abril de 2019.

²⁹ LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., *La intervención de las comunicaciones electrónicas*, Madrid, La Ley, 2011, p. 117.

³⁰ LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., referencia 29, p. 118.

³¹ Probablemente, lo más apropiado, hubiera sido que aprovechando la incorporación a nuestra legislación el procedimiento abreviado mediante la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, se hubiera denominado al procedimiento instructor del mismo, «Sumario Abreviado». Ello hubiera mantenido una adecuada correlación con el procedimiento instructor para el proceso ordinario por delitos graves, que podría haber recibido el nombre de «Sumario

procedimiento, que comprendiese todos aquellos supuestos en los que, *strictu sensu*, no es procedente la apertura de un proceso penal.

Finalmente, en defensa de una urgente regulación de este uso forense, ha de argüirse que, ante la disparidad de criterios existente en los tribunales nacionales, la estadística judicial, si se registran como Diligencias Previas, asuntos en los que no se ha tramitado efectivamente un proceso penal, no ofrecerá unos datos fiables, debidamente contrastados, en relación con la actividad de los Juzgados de Instrucción, en cumplimiento con lo dispuesto en el art. 461 de la Ley Orgánica del Poder Judicial³².

Por todo ello, y conforme a lo expuesto, consideramos justificada una adecuada regulación de las diligencias indeterminadas, y en este sentido consideramos, como así lo hace ALONSO PRIETO, que, tratándose de una realidad legal incuestionable, «lo oportuno será, mejor que proscribirlas, sujetarlas a un sistema de control adecuado»³³.

5. Conclusiones

Primera.- Las diligencias indeterminadas constituyen un procedimiento no contemplado en la LECrim, que ordinariamente se incoa en los Juzgados de Instrucción, para tramitar actuaciones que no encajan debidamente en ninguno de los procedimientos penales legalmente establecidos. Se trata por tanto, de un procedimiento atípico.

Ordinario». De este modo, se habría reservado el nombre de «Diligencias Previas», para todos aquellos supuestos en los que se vienen usando las diligencias indeterminadas, siempre, claro está, con la debida regulación.

³² Ha de tenerse en cuenta que, en relación con la estadística judicial, el art. 461.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que «constituye un instrumento básico al servicio de las Administraciones públicas y del Consejo General del Poder Judicial para la planificación, desarrollo y ejecución de las políticas públicas relativas a la Administración de Justicia y, en particular, para las siguientes finalidades:

- a) El ejercicio de la política legislativa del Estado en materia de justicia.
- b) La modernización de la organización judicial.
- c) La planificación y gestión de los recursos humanos y medios materiales al servicio de la Administración de Justicia.
- d) El ejercicio de la función de inspección sobre los juzgados y tribunales».

Y añade en su segundo párrafo que «asegurará, en el marco de un plan de transparencia, la disponibilidad permanente y en condiciones de igualdad por las Cortes Generales, el Gobierno, las Comunidades Autónomas, el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado de información actualizada, rigurosa y debidamente contrastada sobre la actividad y carga de trabajo de todos los órganos, servicios y oficinas judiciales de España, así como sobre las características estadísticas de los asuntos sometidos a su conocimiento. Los ciudadanos tendrán pleno acceso a la estadística judicial, mediante la utilización de medios electrónicos, en la forma que reglamentariamente se establezca».

³³ ALONSO PRIETO, L., «Las diligencias indeterminadas», *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 850, 1970, p. 5.

Segunda.- No puede afirmarse categóricamente, sin embargo, que sea un procedimiento ilegal, dado que el art. 269 LECrim, no permite la incoación de un proceso penal, en aquellos casos en los que los hechos no revisten el carácter de delito, o se trate de una denuncia falsa.

Tercera.- Es inaceptable, que cuando se usen las diligencias indeterminadas, se tramiten sin la preceptiva audiencia del MF, tal y como exige el art. 306 LECrim, en su condición de garante del respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Por tanto, lo actuado en las diligencias indeterminadas, deberá en todo caso ser notificado tanto al MF como a los interesados (a estos últimos, en aquellos casos que no se admita una denuncia), a fin de que puedan interponer los recursos que procedan.

Cuarta.- Existe una relevante disparidad de criterios en cuanto al uso de las diligencias indeterminadas, lo que implica una notable inseguridad jurídica, que se manifiesta especialmente en el ámbito de los operadores de la administración de justicia.

Asimismo, tal disparidad tiene una repercusión negativa en relación con la fiabilidad de los datos que ha de ofrecer la estadística judicial, dado que, de no darse una solución al problema, ésta ofrecerá un número global irreal de procedimientos penales abiertos, habida cuenta de las duplicidades que se producirán.

Quinta.- Resulta, *de lege ferenda*, necesaria y urgente, una reforma legal, que incluya en nuestra LECrim un procedimiento, con el nombre que se considere oportuno —aunque considero que no existe problema alguno en que se use el de «Diligencias Indeterminadas»—, que regule la tramitación de todos aquellos supuestos que no encajan dentro de uno de los procesos penales.

Esta regulación deberá establecer la obligatoriedad, en todo caso, de la notificación al MF de la apertura de las diligencias, dada su condición de sustituto del ciudadano en garantía de sus derechos.

Asimismo, para los casos de incoación de este procedimiento para acordar una medida de investigación, deberá establecerse, tal y como estima conveniente la jurisprudencia constitucional, que si de las actuaciones practicadas se desprende la comisión de un delito se incoe con carácter urgente el proceso penal correspondiente, incorporando aquellas, sin solución de continuidad, al nuevo proceso penal.

6. Bibliografía

ALONSO PRIETO, L., «Las diligencias indeterminadas», *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 850, 1970.

ARAGÓN REYES, M., «Intervenciones telefónicas y postales (Examen de la Jurisprudencia Constitucional)», *Teoría y Realidad Constitucional - UNED*, n.º 25, 2010.

ARAGONÉS SEIJO, S.; MIÑANO GONZÁLEZ, E., «La incoación de diligencias indeterminadas tras la presentación de la querrela», *Diario La Ley - Sección Doctrina*, n.º 8466, 2015.

DE URBANO CASTRILLO, E., *El derecho al secreto de las comunicaciones*, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2011.

DEL MORAL GARCÍA, A., «Recursos frente a autos en el procedimiento abreviado», *Cuadernos de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial*, n.º 10, 1994.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Consulta 2/1995, de 19 de abril, acerca de dos cuestiones sobre las Diligencias de Investigación del Fiscal: su destino y la pretendida exigencia de exhaustividad.*, 1995. Consultado en

<https://www.boe.es/buscar/fiscalia/Q/1995/FIS-Q-1995-00002.pdf>, el 20 de marzo de 2019.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2013 sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas*, 2013, Consultado en https://www.fiscal.es/memorias/memoria2014/FISCALIA.../circular_1_2013.pdf, el 7 de marzo de 2018.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2019, sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 2019, Consultado en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Circular_1-2019.pdf?idFile=305e155a-dba3-4d77-b3ae-ff24d4a78d5a, el 15 de abril de 2019.

GÓMEZ DE LA ESCALERA, J. J., «La problemática incoación de las denominadas diligencias indeterminadas por los Juzgados de Instrucción», *Revista de Derecho Procesal*, n.º 2, 1998.

LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., *La intervención de las comunicaciones electrónicas*, Madrid, La Ley, 2011.

MONTERO AROCA, J., «Los conceptos esenciales», en Montero Aroca, J. y otros), *Derecho Jurisdiccional III - Proceso penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 27-47.

MUÑOZ CUESTA, F. J., «Diligencias indeterminadas: una práctica viciosa de los Juzgados de instrucción que debe desterrarse.», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi - Parte Comentario*, n.º 16, 2005.

RODRÍGUEZ LLAMOSÍ, J. R., «Las diligencias indeterminadas: a falta de una adecuada regulación en la materia», *Revista del Poder Judicial*, n.º 37, 1995.

7. Jurisprudencia citada³⁴

España. Tribunal Constitucional

STC 49/1999, de 5 de abril.

STC 259/2005, de 24 de octubre.

STC 26/2010, de 27 de abril.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal)

STS de 25 de junio de 1993, ROJ: STS 4519/1993.

STS 742/2002, de 24 de abril, ROJ: STS 2912/2002.

STS 301/2013, de 18 de abril, ROJ: STS 1789/2013.

STS 272/2017, de 18 de abril, ROJ: STS 1594/2017.

España. Audiencias Provinciales

AAP de Barcelona, 591/2012, de 1 de junio de 2012, ROJ: AAP B 5169/2012

Conflicto de intereses

El autor declara no tener ningún conflicto de intereses.

Financiación

El documento ha sido elaborado sin financiación.

³⁴ La jurisprudencia del TC puede examinarse en el «Buscador de jurisprudencia constitucional» creado por el propio Tribunal, en página web <http://hj.tribunalconstitucional.es/>. Es suficiente con insertar el número y año de la resolución y la fecha.

La jurisprudencia del TS y de AAP, en el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), en la página web <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>. Para facilitar la búsqueda se indica el código del Repertorio Oficial de Jurisprudencia (ROJ), que identifica las resoluciones publicadas en el CENDOJ, con carácter único.