

EL ACCESO A LOS ATESTADOS POLICIALES: A VUELTAS CON LAS GARANTIAS DEL DERECHO DE DEFENSA EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL

ACCESS TO POLICE ATTACKS: RETURNED WITH THE GUARANTEES OF THE RIGHT OF DEFENSE IN THE SPANISH CRIMINAL PROCEDURE

Josefa Fernández Nieto
Doctora en Derecho / Letrado de la Administración de Justicia
Universidad Nacional de Educación a Distancia (España)

Fecha de recepción: 26 de noviembre de 2018.

Fecha de aceptación: 9 de abril de 2019.

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto realizar un análisis práctico de la problemática surgida entre los abogados y demás profesionales, que asisten al detenido en dependencias policiales y las Fuerzas de seguridad del Estado, con relación a la entrega de los atestados policiales, tras la transposición de la Directiva 2012/13/UE relativa al derecho a la información en los procesos penales. Se ha generado una ardua polémica en torno al derecho a la información y el acceso a los atestados policiales generándose una posible vulneración del derecho de defensa. El TC en recientes sentencias, a diferencia del TS, abona la opción según la cual las limitaciones al derecho de acceso al atestado son excepcionales en la norma europea, por lo que ni la norma nacional -ni su interpretación por la policía o por los tribunales- pueden elevarlas a la categoría de regla general. De modo que sólo cuando concurre riesgo para las personas o para la investigación puede limitarse el acceso al atestado policial. Es necesario buscar soluciones, frente a las exigencias de la Directiva, que tiene efecto directo, para salvaguardar la legalidad del proceso penal y las garantías del derecho del investigado. La Directiva 2012/13, supone un hito importante para la aplicación judicial de las normas armonizadoras del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, porque por primera vez declara su aplicabilidad directa y porque las integra dentro del canon hermenéutico de la constitucionalidad, reconociéndoles una función conformadora de los límites de los derechos fundamentales y avanzando en la senda de la interrelación entre los derechos interno y europeo, concibiéndolos como una continuidad que dota de sentido pleno al proceso de integración en un área especialmente sensible a las tradiciones jurídicas internas de cualquier país, como es el derecho procesal penal.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to carry out a practical analysis of the problems that have arisen between the lawyers who assist the detainee in police units and the State Security Forces, in relation to the delivery of the police reports, after the transposition of the Directive 2012 / 13 / EU on the right to information in criminal proceedings. An arduous polemic has been generated around the right to information and access to police reports, generating a possible violation of the right of defense. The TC in recent judgments, unlike the TS, pays the option according to which the limitations to the right of access to the attestation are exceptional in the European norm, so neither the national standard nor its interpretation by the police or by the courts - can raise them to the category of general rule. So, only when there is a risk to people or to the investigation can access to the police report be restricted. It is necessary to find solutions, against the requirements of the Directive, which has a direct effect, to safeguard the legality of the criminal process and the guarantees of the right of the investigated. Directive 2012/13 is an important milestone for the judicial application of the harmonizing standards of the Area of Freedom, Security and Justice, because for the first time it declares its direct applicability and because it integrates them within the hermeneutic canon of constitutionality, recognizing a function shaping the limits of fundamental rights and advancing on the path of the interrelation between domestic and European rights, conceiving them as a continuity that gives full meaning to the integration process in an area especially sensitive to the internal legal traditions of any country, as is the criminal procedure law.

PALABRAS CLAVE

Atestado, garantías de defensa, proceso, investigación, armonización europea

KEYWORDS

Police statement, warranties of defense, procedure, investigation, european criminal harmonization

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN. 2. EL ATESTADO Y LA REFORMA DE LA LECRIM OPERADA POR LA LEY ORGÁNICA 5/2015 DE 27 DE ABRIL. ACCESO A LA “ESENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN” 3. ENTREGA DEL ATESTADO Y GARANTÍAS PROCESALES. 3.1. Introducción. 3.2. Forma de cumplimentación del atestado. 3.2.1. Introducción. 3.2.2. La inteligencia policial y el conocimiento del atestado. 4. JURISPRUDENCIA EUROPEA SOBRE EL DERECHO DE DEFENSA DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES 5. EFICACIA DE LA DIRECTIVA COMUNITARIA 2012/13/UE RELATIVA AL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN LOS PROCESOS PENALES. 6. ALGUNAS POSIBLES SOLUCIONES. 7. CONCLUSIONES. 8. BIBLIOGRAFÍA

SUMMARY

1. INTRODUCTION. 2. THE STATEMENT AND THE REFORM OF THE CRIMINAL PROCEDURE LAW BY THE LAW ORGANIC 5/2015. ACCESS TO THE “ESSENCIALITY OF THE INFORMATION”. 3. SUBMIT OF THE REPORT AND PROCEDURAL GUARANTEES. 3.1. Introduction. 3.2. Ways of filling of the police statement. 3.2.1. Introduction. 3.2.2. Police intelligence and knowledge of the statement. 4. EUROPEAN JURISPRUDENCE ABOUT THE RIGHT OF DEFENCE FROM HUMAN RIGHTS APPROACH. 5. EFFECTIVENESS OF THE EUROPEAN DIRECTIVE 2012/13/UE ABOUT RIGHT TO THE INFORMATION IN THE CRIMINAL PROCEDURES. 6. SOME SOLUTIONS. 7. CONCLUSIONS. 8. BIBLIOGRAPHY

1. INTRODUCCIÓN

El 2 de junio de 2014, expiró el plazo para hacer efectiva la trasposición de la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012 relativa al Derecho a la Información en los Procesos Penales. En esta fecha de vencimiento, los Estados miembros debían haber incorporado esta Directiva a sus ordenamientos jurídicos estatales. En cumplimiento de ello, el legislador español, con el retraso habitual al que nos tiene acostumbrados, a fin de trasponer la Directiva 2012/13/UE de 22 de mayo de 2012, modificó el artículos 118 y 520 de la LECrim, sobre el derecho de asistencia letrada, a través de la Ley Orgánica 5/2015 de 27 de abril (en adelante LO 5/2015). Igualmente, el artículo 505 LECrim que establece la competencia para determinar la situación personal del detenido, el artículo 302 LECrim, relativo al secreto de las actuaciones, y el 775 LECrim sobre información de derechos al investigado en el Juzgado.

El derecho de información se plasma en concreto, en el artículo 520 .2, d) de la LECrim regulando el *“Derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad”*. Así se regula el Derecho de acceso a materiales del expediente en los art. 118.1 b) y art. 520.2 d) de la LECrim). En concreto, el art. 118.1 establece que *“las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento”*. Además, y para personas detenidas, el art. 520.2 d) reconoce el *“derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad”*.

Por su parte, el apartado cinco del artículo 520, pf. 4º de la LECrim establece que el *“El abogado designado acudirá al centro de detención con la máxima premura, siempre dentro del plazo máximo de tres horas desde la recepción del encargo. Si en dicho plazo no compareciera, el Colegio de Abogados designará un nuevo abogado del turno de oficio que deberá comparecer a la mayor brevedad y siempre dentro del plazo indicado, sin perjuicio de la exigencia de la responsabilidad disciplinaria en que haya podido incurrir el incompareciente”*.

Nuestra Constitución dedica dos artículos a la asistencia letrada como derecho instrumental del Derecho a la Tutela Judicial ex art. 24 CE; el primero de ellos, el 17.3, que reconoce dicho derecho al detenido en las diligencias policiales y judiciales como

una de las garantías del derecho a la libertad ex art. 17.1 CE; mientras el otro, el 24.2, lo hace en el marco de la tutela judicial efectiva con el significado de garantía del proceso debido y, por tanto, en relación con el acusado o investigado (el apartado 21 del artículo único de la LO 13/2015, de 5 de octubre, elimina la mención a “imputado” sustituyéndola por “investigado”). Derecho reconocido tanto en los artículos 17.3, como derecho del detenido y, en el artículo 24.2, del procesado o investigado. Esta distinción es relevante ya que determina el diferente contenido de la asistencia letrada en uno u otro momento procesal¹ en sede policial y en sede judicial. Esta doble proyección constitucional del derecho a la asistencia letrada no constituye originalidad de nuestra Constitución, sino de un sistema que guarda esencial paralelismo con los textos internacionales reguladores de los derechos humanos suscritos por España.

En relación a tal derecho de defensa, a partir de las reformas operadas por la LO 5/2015 de 27 de abril y, singularmente por la LO 13/2015 citada, se ha generado una ardua polémica en torno al derecho a la información y el acceso a los atestados policiales en el momento de la declaración del detenido. Lo más controvertido y sobre lo que se generan discrepancias, es determinar exactamente, qué se entiende por acceso, y por “*actuaciones que sean esenciales*”, además del alcance que debemos dar a ese derecho, como resultante del derecho a la defensa, ya que en la actuación policial lo habitual es no permitir el acceso directo a las diligencias policiales que obran en el atestado/ expediente, ni facilitar copia del atestado (en muchos supuestos éste se está confeccionando y no está ultimado para finalmente entregarlo a la autoridad judicial), debiéndonos preguntar cómo se puede ejercer el legítimo derecho de defensa si en ese plazo de tres horas que se exige para la asistencia al detenido no está redactado habitualmente el atestado, ni se facilita el acceso a las actuaciones².

En nuestra opinión, la reforma de la LO 5/15 trata de adaptar la Directiva europea, y la legislación que la transpone es confusa sobre cómo debe hacerse valer este derecho de acceso a la comunicación en fase policial dando paso a múltiples interpretaciones generadoras de inseguridad. Este es el objeto de este trabajo, analizar las diferentes aristas negativas que la reforma procesal de la LECrim ha generado, con la incorporación del articulado de una Directiva de 2013, y la reciente STC 21/2018, en un Código procesal penal del siglo XIX, parcheado hasta la extenuación, y que no deja de provocar problemas preocupantes de interpretación y aplicación práctica, por no existir una verdadera regulación integral compacta en el proceso penal español.

2. EL ATESTADO Y LA REFORMA DE LA LECRIM OPERADA POR LA LEY ORGÁNICA 5/2015 DE 27 DE ABRIL. ACCESO A LA “ESENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN”.

¹ Observamos dos dimensiones de este derecho: 1.-La asistencia letrada en sede policial –art. 17.3 CE- se erige en garantía del derecho a la libertad, en ese velar porque se respeten las garantías de una persona privada de libertad pero, en puridad, no es trasunto del derecho de defensa ya que esta función se reserva para el proceso penal (vid por todas STC 196/87, de 11 de Diciembre.) 2.– La asistencia letrada en sede judicial –art. 24.2 CE- que sí supone defensa e implica esa actuación activa del letrado en defensa de los intereses de su patrocinado.

² SANCHEZ GARCIA J. M. / VALLEJO ROS C., “El ineludible planteamiento de una imprescindible cuestión prejudicial ante el TJUE para la adecuada interpretación del art. 520. 2 d) de la LECrim y el necesario acceso a las actuaciones contenidas en el atestado policial”, *Revista V Lex*, número 165, febrero 2018.

A efectos aclaratorios es necesario realizar una definición de atestado. El término atestado, etimológicamente procede del latín “*attestatus*”, que significa testimonio o relación legítima de los hechos. Sin embargo esta interpretación, hoy, es incompleta, por cuanto el atestado muchas veces no se refiere únicamente a un testimonio y la legitimidad a que se refiere puede proceder no sólo de la fuente sino también de la *noticia criminis*.

En líneas generales, se trata de un documento oficial de naturaleza administrativa que contiene una serie de diligencias practicadas por los funcionarios policiales para el esclarecimiento de un hecho delictivo, a fin de determinar las circunstancias concurrentes en el mismo y la posible responsabilidad de las personas implicadas en concepto de autor, cómplice o encubridor. El atestado constituye normalmente la fase preliminar del procedimiento penal teniendo el valor de denuncia y no dan fe pública. Tampoco, son decisorios por sí mismos. Lo contenido en ellos puede ser desvirtuado mediante prueba en contrario y, en todo caso, la decisión definitiva corresponde al Juez o Tribunal (art.297 LECrim).

Muchas han sido las definiciones sobre el alcance del atestado policial como precedente de la instrucción judicial. Algunos autores³, han querido señalar que el atestado si bien no es prueba en sí mismo, si se utiliza en ocasiones para “prefabricar pruebas”, que más tarde serán practicadas en sede judicial. No es fuente de prueba pero sí objeto de prueba. Otros autores, como GORDILLO⁴, en un sentido más limitado, consideran que es un acto de comunicación por el cual la policía judicial pone en conocimiento del órgano jurisdiccional o del Ministerio Fiscal la noticia delictiva, y las actuaciones que se hayan practicado, precisando que “es el único acto de comunicación previsto para la policía, que presenta un rasgo de exclusividad y es un acto de iniciación de la investigación policial”. Y en este sentido, señala que no está de más que los propios autores del atestado conozcan el valor del documento en la forma de redactarlo. Y sería bueno a tal efecto, exponer en qué sentido se han pronunciado en distintas ocasiones tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo⁵. Es decir, su contenido y relevancia se han ido definiendo en el curso de la historia judicial.

- El atestado es un acto procesal y no judicial entendiendo como acto procesal el suceso o acontecimiento caracterizado por la intervención de la voluntad humana en virtud del cual se va a modificar o extinguir alguno de los compone la relación jurídico-procesal. La característica del acto procesal es que tiene que tener una influencia directa e inmediata en el proceso, connotación que caracteriza al atestado como acto de iniciación de la investigación policial. Así, en el Auto del TS de 26 de octubre de 1994, el Tribunal Supremo, señala: “el atestado aun incorporado al proceso no tiene carácter judicial pero la pruebas directas objetivas irrepetibles tienen el valor convictivo per se, como sucede con el hallazgo de cadáveres o lesionados, huellas, etc.

³ SANCHEZ RODRIGUEZ, J.M. “Atestado policial: algo más que una denuncia”, *Noticias Jurídicas* 01/01 2010

⁴ GORDILLO ALVAREZ-VALDES I., “El atestado policial”, *Revista de Documentación del Ministerio del Interior* nº 11, págs. 12 y ss. Curso impartido El atestado. Módulo 2 Curso ICAM.”El inicio del proceso penal”. 2017.

⁵ El atestado no puede en modo alguno sustituir a las pruebas practicadas en el acto de juicio (STS 4 de octubre de 1985).

Dicho carácter denunciativo y no judicial, no quiere decir que no tenga existencia procesal alguna”⁶.

En la reciente STS 2251/2014, de 13 de mayo (ponente M. Marchena) en el F.J.4º se señala una reflexión muy interesante :*“Sin necesidad de adentrarnos en la evolución de la jurisprudencia constitucional acerca del valor probatorio del atestado, lo cierto es que, desde la versión originaria de la decimonónica Ley de Enjuiciamiento Criminal, su funcionalidad se agota con la previsión del art. 297 de la LECrim, con arreglo al cual, los atestados "... se considerarán denuncias para los efectos legales". No se trata, claro es, de degradar su valor como documento oficial que abre la fase de investigación de un delito, sino de situar en sus justos términos su significado procesal. Es indudable que los agentes de la autoridad que asumen la redacción del atestado no tienen otra alternativa que ajustarse de forma precisa a la realidad de lo acontecido. Su manipulación o la vulneración de derechos fundamentales del imputado pueden acarrear consecuencias procesales que proyecten sus perniciosos efectos sobre la valoración probatoria, no del atestado, que no es prueba, sino de los hechos que en él se describen y que sólo pueden incorporarse al bagaje probatorio mediante su acreditación y prueba en el plenario”*⁷.

- Es un documento público porque ostenta los requisitos del art. 1.216 del CC, y es un documento de carácter secreto, destacándose lo establecido en el art. 301 de la LECrim. En el mismo sentido, el CGPJ hizo pública una declaración el 12 de mayo de 1981 según la cual, “los atestados policiales por causa de delito están sometidos a secreto lo mismo que las actuaciones judiciales del sumario.

Partimos de la consolidada doctrina de la ausencia de valor probatorio de este documento, si no es ratificado en el juicio oral⁸ con plenitud de garantías de

⁶ ATS 2508/1994 Auto nº 3010 26/10/1994. Jurisprudencia citada: Sentencias de 15 de febrero de 1992 y 12 de junio de 1993. En dichas resoluciones asienta la doctrina siguiente: El atestado «no goza de la cualidad documental a efectos de fundar una pretensión revisora del hecho probado, pues se trata de una manifestación realizada por el Instructor del atestado que sólo alcanza el valor de prueba mediante la declaración del mismo en el acto del juicio oral, y en otro supuesto sólo sería una prueba personal documentada, sin rango documental preciso para demostrar el error de se alega» (Sentencia de 15 de febrero de 1992, que cita la de 15 de abril de 1991), así como que «las declaraciones testificales, procedan de quien procedan, constituyen simples actos documentados por estar incorporados a un proceso, pero que precisamente por ello no pueden servir de vehículo o sustento al recurso de casación por error de hecho».

⁷ La STS planteaba un caso sobre las extralimitaciones subjetivas del Instructor en el atestado policial. *“En definitiva, las valoraciones subjetivas sobre el respaldo probatorio de los hechos denunciados en un atestado, sobre la credibilidad del denunciante o acerca de sus contradicciones, no son sino reflexiones extravagantes perfectamente prescindibles. No son los agentes de la autoridad -cuya decisivo papel en la fase de investigación es incuestionable- los llamados a dejar constancia de su personal opinión acerca de los hechos denunciados. Incorporar a la rutina del proceso penal una práctica en la que la Policía filtra una denuncia a partir de su personal perspectiva valorativa, contribuye a desdibujar las respectivas parcelas funcionales de los órganos del Estado llamados al esclarecimiento de los hechos delictivos”*. “La defensa propuso a ese funcionario, con la intención de minar la acusación de la Fiscalía, mientras que la Audiencia de Cáceres valoró su declaración, no dándole mayor trascendencia que la de la opinión subjetiva de alguien que no ha tenido intervención directa en los hechos, ni los ha investigado, simplemente redactando el atestado de una manera poco ortodoxa”.

⁸ La doctrina del TC sobre el valor del atestado puede resumirse así: 1) Sólo puede concederse al atestado valor de auténtico elemento probatorio si es reiterado y ratificado en el juicio oral,

inmediación y contradicción. De todos los preceptos de la LECrim parece desprenderse, la condición de que el atestado es un documento que va referido a los preliminares del sumario. En esencia el trámite es el siguiente:

a) El atestado será firmado por el que se lo haya extendió, y si usare sello lo estampara con su rúbrica en todas las hojas (art. 293) La LECrim contempla de esta manera la posibilidad de que el atestado sea instruido por un solo funcionario aunque en la práctica es frecuente dos funcionarios. Uno en calidad de Instructor y otro, en calidad de Secretario.

b) Las personas presentes, peritos, y testigos que hubieran intervenido en las diligencias relacionadas en el atestado serán invitadas a firmarlo en la parte a ellos referente, y si no lo hicieren se expresara la razón. De esta forma bajo ningún concepto los funcionarios policiales pueden obligar o coaccionar a firmar las declaraciones o informes en que hayan intervenido consignando mediante una diligencia aquellos supuestos de negativa y las causas de la misma.

c) Si no pudiere redactar el atestado el funcionario a quien correspondiese hacerlo se sustituirá por una relación verbal, que reducirá a escrito el funcionario del Ministerio Fiscal, el juez de instrucción o el de paz, a quien deba presentarse e la testado manifestándose el motivo de no haberse redactado en la forma ordinaria. (art. 294)

d) Los atestados que redactaren y las manifestaciones que se hicieren a consecuencia de las investigaciones policiales se consideraran denuncias para los efectos legales. En todo caso los funcionarios de la Policía judicial están obligados a observar estrictamente las formalidades legales en cuantas diligencias practiquen y se abstendrán bajo su responsabilidad de usar medios de averiguación que la Ley no autorice" (art. 297).

La Directiva de la Unión Europea 2012/13/UE, de 22 de mayo ha atribuido nuevos contenidos al derecho de defensa en el proceso penal español, como Estado miembro de la UE, dándose un giro de 180 grados para la efectiva protección de los derechos fundamentales contenidos en los artículo 17 y 24 de la Constitución Española, hasta el punto de que por primera vez se reclama por los distintos operadores jurídicos una Ley Orgánica para el Derecho de la Defensa, reivindicación histórica de los profesionales de la abogacía, pendiente de discusión parlamentaria y aprobación con todo el consenso político posible. En efecto, las normas comunitarias permiten al abogado el examen y obtención de copias de la denuncia contra su cliente, para poder controlar el tiempo que lleva detenido y privado de libertad, y así poder controlar la legalidad de la detención, todo ello regulado en el artículo 520.1 LECrim, en relación con el 17 de la CE.

Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional plasmada en la STC 21/2018 de 5 marzo⁹ y otras anteriores como la STC 13/17, también han supuesto

normalmente mediante la declaración testifical de los agentes de policía firmantes del mismo (SSTC 100/85, 157/95,303/93). El atestado tiene virtualidad probatoria propia cuando contiene datos objetivos y verificables croquis, planos etc. que como elementos coadyuvantes pueden ser introducidos en el juicio oral como pruebas documentales a fin de posibilitar contradicción entre las partes.

⁹ STC 21/2018 de 5 de marzo de 2018, Recurso de amparo 3766/2016 Boletín Oficial del Estado de 13 de abril de 2018. Véase también STC, Sala 2.ª, S 30 enero 2017. Rec. n.º 13/2017 que estima el recuro de

un precedente importante en formular el contenido del derecho fundamental del detenido a la información sobre expediente judicial, sobre las razones de su detención, y la fase de la investigación policial como trasunto a la apertura de la vía judicial.

Para estudiar los precedentes de la reforma de la LECrim, no exenta de polémica, es necesario acudir a los antecedentes pre legislativos y a los informes que emitió el CGPJ. Así tenemos el informe del CGPJ de 12 de enero de 2015 al anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la LECrim para la agilización de la Justicia Penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de integración tecnológica, que en su página 19 indica:

“Con todo, atendida la actual situación, donde corre paralela la tramitación de este Anteproyecto de Ley Orgánica y el Proyecto de Ley Orgánica por la que habrán de incorporarse al ordenamiento interno aquellas Directivas, y habida cuenta de la expresada conveniencia de que dicha transposición se hiciera de forma combinada con

amparo interpuesto contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Illescas, desestimatorio de solicitud de habeas corpus, y otorga el amparo solicitado por vulneración de los derechos a la libertad individual y a la asistencia de abogado durante la detención. En el caso concreto enjuiciado, se interpone el recurso de amparo contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Illescas (Toledo), de 13 de julio de 2014, el cual desestimó la solicitud de habeas corpus formulada por el abogado designado por el turno de oficio para asistir en la defensa a los dos recurrentes recluidos en las instalaciones del Cuartel de la Guardia Civil situado en la misma localidad, tras su detención en el domicilio de ambos de la localidad de Aranjuez, a las 19:15 horas del día 11 de julio de 2014, en el marco de un operativo realizado por miembros de la Guardia Civil pertenecientes al Equipo de Policía Judicial de Illescas, contra un grupo de personas señaladas como autoras de la comisión de varios delitos de robo con fuerza, de un delito de daños y otro de pertenencia a grupo criminal. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre esta materia, en síntesis, se expresa en el FJ 7.º, que señala: «5. En el presente caso, se sostiene que la vulneración del derecho a la asistencia de letrado (art. 17.3 CE) tuvo lugar porque el acceso del abogado designado al expediente policial que le fue denegado, era un derecho exigible por los recurrentes detenidos conforme a lo dispuesto en el art. 7 de la Directiva 2012/13/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012 "relativa al derecho a la información en los procesos penales". A este respecto, proceden hacer las siguientes consideraciones: a) El art. 1 de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo "reguladora del procedimiento de habeas corpus", establece que la finalidad de éste consiste en "obtener la inmediata puesta a disposición de la Autoridad judicial competente, de cualquier persona detenida ilegalmente". Se considera incluida en esta situación, no solamente los casos en que faltan los presupuestos para la procedencia de la medida (apartados a y b), o cuando se supera el plazo legal (apartado c) ; también y en lo que aquí interesa: "a quienes no les sean respetados los derechos que la Constitución y las leyes procesales garantizan a toda persona detenida" (apartado d). Este último enunciado, por tanto, exige su integración con aquellos derechos del detenido previstos en nuestro ordenamiento. En esta última categoría se inscribe, desde luego y por mandato constitucional, la garantía de "la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales". Pero ésta ha de cumplirse, como advierte el art. 17.3 CE "en los términos que la ley establezca", por lo que resulta necesaria la remisión a lo dispuesto en este caso (detención policial por la presunta comisión de delitos) por los arts. 509, 510 y 520 a 527 de la LECrim.

b) Sucede, sin embargo, que a la fecha en que ocurren los hechos (11 al 13 de julio de 2014), los preceptos que se citan no incluían expresamente entre los derechos del detenido, el del acceso por él o su abogado al expediente policial. En concreto, el art. 520.2.c) LECrim, recogía únicamente el: "Derecho a designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si el detenido o preso no designara Abogado, se procederá a la designación de oficio".

la proyectada regulación del estatuto del sujeto pasivo, conviene reproducir aquí las conclusiones adoptadas en el informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima relativas a las materias objeto de las normas de la Unión Europea que han de transponerse, y que habrán de ser consideradas por el pre-legislador a la hora de incorporar formal y expresamente las referidas Directivas 2010/64 y 2012/13. Para una correcta transposición de la Directiva 2012/13, debería incluirse en el artículo 520LECrim, como derechos de los imputados privados de libertad, el derecho al acceso al material del expediente. Es aconsejable revisar el apartado o letra c del artículo 502.2.LECrim, para extenderlo a otras diligencias en las que, por afectación de derechos fundamentales, se haya apreciado o recomendado por la jurisprudencia la necesidad de la intervención del abogado del imputado privado de libertad. Finalmente, se propone la supresión de los números 4 párrafo segundo y 5 del artículo 520 LECrim, al considerarse esencial la asistencia letrada de todo imputado privado de libertad, para la protección del derecho fundamental del artículo 17CE, sin posibilidad de renuncia”.

En este sentido, la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial, en su reunión de 15 de julio de 2015, vigente ya la LO 5/2015, de 27 de abril, fijó como contenido mínimo de la información policial que ha de facilitarse a los detenidos la que se refiere al lugar, fecha y hora de la detención y la comisión del delito, a la identificación del hecho delictivo, y también a los "indicios de los que se deduce la participación del detenido en el hecho delictivo", indicios sobre los que ha de reseñarse su procedencia objetiva¹⁰.

¹⁰https://www.icab.cat/files/242494223DOCUMENTO/Acta_reunion_Comision_Nacional_coordinacion_policia_judicial.pdf (acceso a 15/05/2017). El Consell dels Illustres Collegis d'Advocats de Catalunya, elaboró, en fecha 11 de febrero de 2016, un informe en relación al derecho de acceso a las actuaciones policiales durante la situación de privación de libertad para el correcto ejercicio del derecho de defensa, concluyendo que *“tanto la persona detenida como su abogado tienen derecho al acceso a las actuaciones en cualquier fase del proceso penal, antes del primer interrogatorio oficial por parte de la policía o de otra autoridad, por tratarse de una información necesaria e imprescindible para poder preparar su defensa y salvaguardar la equidad del procedimiento”*. En él se disponía que *“el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en aplicación de la Directiva Comunitaria, limita expresamente a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad”*. Igualmente, concluyó que los artículos 118 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se refieren a los derechos del detenido e investigado en sede judicial, y no contradicen los criterios adoptados por la Comisión. Asimismo, considera que la Comisión Nacional de Coordinación de Policía Judicial establece criterios de aplicación policial, estando reservada la interpretación de la norma a la vía judicial”. El Comité Técnico de Unidades de Policía Judicial dio traslado al Presidente del TS y del CGPJ de la decisión adoptada por dicho Comité en el sentido de: *“El Comité considera, por unanimidad, que el acuerdo adoptado por la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial en su reunión del 15 de julio de 2015, se basa en la interpretación literal del artículo 520.2 d) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en vigor desde el 28 de octubre de 2015, “Derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad”, artículo que tiene como finalidad facilitar la impugnación de la detención, ello con independencia de que tales elementos sean utilizados, además, en el asesoramiento del detenido de cara a su declaración en sede policial; interpretación que no es contraria a la sentencia del TC 13/2017 de 30 de enero, puesto que la misma centra su debate en la aplicabilidad de la Directiva al Derecho español una vez superado el plazo de transposición y en el derecho vigente en julio de 2014. Asimismo, el Comité considera, por igual mayoría, que la entrega del atestado al detenido está expresamente excluida de la norma al utilizar el legislador español la expresión “Derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean*

Es importante tener en cuenta que la interpretación que hizo la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial: a) sólo vincula a las autoridades gubernativas, pues la Comisión es un órgano de la Administración (Real Decreto 769/1987, art. 32); b) viene referida a una situación anterior a la entrada en vigor del texto de la norma de trasposición (el mencionado 520.2.d) LECrim.). Por otra parte, la interpretación del 520.2.d) corresponde en exclusiva a los tribunales; y si tienen dudas sobre la compatibilidad de su contenido con el del art. 7.1 de la Directiva, tendrían que solicitar una interpretación prejudicial al TJUE. Con todo, parece difícil que lecturas como la que hicieron el Acuerdo y el Auto citados sean ahora asumidas por los tribunales, especialmente después de la citada STC 13/2017¹¹.

El derecho de acceso que la ley reconoce está en línea con lo dispuesto en el art. 7.1 de la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales, conforme al cual: *"Cuando una persona sea objeto de detención o privación de libertad en cualquier fase del proceso penal, los Estados miembros garantizarán que se entregue a la persona detenida o a su abogado aquellos documentos relacionados con el expediente específico que obren en poder de las autoridades competentes y que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva, con arreglo a lo establecido en la legislación nacional, la legalidad de la detención o de la privación de libertad"*.

Por tanto, las razones de la detención deben venir apoyadas en datos objetivos, y las mismas han de poder ser contrastadas y verificadas accediendo a los elementos de las actuaciones que les dan sustantividad. Ello supone que:

a) La facultad de acceso reconocida por la ley tiene como finalidad facilitar la posibilidad de contrastar objetivamente la veracidad y consistencia de la información recibida y, en caso de desacuerdo, permite cuestionarla fundadamente ante la autoridad judicial. Es además relevante para decidir la estrategia que el detenido considera útil a sus intereses de defensa. Por ello, el reconocimiento legal expreso de este derecho refuerza la importancia del habeas corpus como procedimiento de control judicial de los casos y modos en que la privación de libertad es legítima.

b) A partir de este doble fundamento, es posible determinar la forma y momento en que el derecho de acceso a los elementos esenciales de las actuaciones puede ejercerse. Dicho intervalo se sitúa después de ser informado sobre las razones fácticas y jurídicas de la detención y antes de ser interrogado policialmente por primera vez. Así, la pretensión de acceso a las actuaciones se produce siempre antes de que haya finalizado la redacción del atestado, del que la declaración del sospechoso es un elemento nuclear. De esta manera, el detenido, asesorado por el letrado designado voluntariamente o de oficio con quien previamente puede entrevistarse reservadamente (art. 520.6.d] LECrim.), podrá decidir fundadamente su conducta

esenciales para ..." y no a la de *"derecho a acceder al atestado para ..."* y el legislador europeo: *"...que se entregue a la persona detenida o a su abogado aquellos documentos relacionados con el expediente específico que obren en poder de las autoridades competentes y que resulten fundamentales para ..."* y no la de *"...que se entregue a la persona detenida o a su abogado el expediente específico que obren ..."*.

¹¹ Nota resumen de la REDUE (Red de Expertos de Derecho de la Unión Europea), autores, DA SILVA J. C., ARIAS RODRIGUEZ J.M. Espacio de Libertad, Seguridad Y Justicia Comunicado nº 5 lunes, 10 de marzo de 2017.

procesal durante el interrogatorio, así como tomar la decisión de impugnar la legalidad de su privación de libertad cuando no comparta la causa que la motivó o la forma en que se está desarrollando. En este último caso, es al detenido a quien corresponde instar el ejercicio de su derecho, solicitando justificadamente los elementos de las actuaciones a los que quiere acceder.

Una vez solicitado, el acceso debe producirse de forma efectiva, mediante exhibición, entrega de copia o cualquier otro método que, garantizando la integridad de las actuaciones, permita al detenido conocer y comprobar por sí, o a través de su letrado, las bases objetivas de su privación de libertad. En caso de discrepancia con los agentes policiales sobre qué elementos de las actuaciones son esenciales en el caso concreto, podrá activar la garantía del habeas corpus para que la autoridad judicial dirima la controversia. La información que la Policía debe facilitar al detenido se extiende a identificar y calificar provisionalmente los hechos, la infracción que se le atribuye y la conexión de su conducta con el hecho investigado:

- La información que la policía debe facilitar al detenido se extiende, por tanto, a los motivos jurídicos y fácticos de la detención; es decir, no sólo debe identificar y calificar provisionalmente la infracción penal que se sospecha ha cometido la persona detenida, sino también los datos objetivos que permiten establecer una conexión lógica entre la conducta del sospechoso y el hecho investigado. No es suficiente, por tanto, con hacer referencia al hecho investigado, su lugar y fecha de comisión y su calificación jurídica provisional, sino que la información policial ha de poner también de manifiesto el fundamento de la conexión subjetiva y objetiva del detenido con el hecho ilícito que justifica la detención.

-La conexión entre el derecho a conocer las razones de la detención y el de acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnarla explica también, en gran medida, el contenido de esta segunda garantía. A partir de la información recibida, para contrastar su veracidad y suficiencia, el detenido puede solicitar el acceso a aquella parte de las actuaciones que recoja o documente las razones aducidas.

El art. 292 LECrim impone a la Policía judicial, cuando intervenga en el esclarecimiento de un hecho que presente caracteres de delito, la obligación de redactar un atestado en el que han de consignar las diligencias que practiquen, en el cual "*especificarán con la mayor exactitud los hechos por ellos averiguados, insertando las declaraciones e informes recibidos y anotando todas las circunstancias que hubiesen observado y pudiesen ser prueba o indicio del delito*". De tal contenido deriva que el atestado puede recoger más información sobre la investigación del hecho delictivo de aquella que cabe considerar esencial para justificar la detención preventiva, pues puede haber en el mismo referencias a terceras personas no detenidas, a hechos distintos que nada tienen que ver con las razones concretas de la detención, pero que son conexos con los que han dado lugar a la investigación, o a líneas de investigación iniciadas y no agotadas cuya revelación puede poner innecesariamente en entredicho el resultado de la investigación.

Ahora bien, este derecho de acceso no otorga una facultad de acceso pleno al contenido de las actuaciones policiales o judiciales practicadas con anterioridad a la

detención, o como consecuencia de la misma, que se plasman en el atestado pues, más limitadamente, únicamente cobra sentido y se reconoce el acceso a aquéllas que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención, esto es, fundamentales o necesarias para cuestionar si la privación cautelar penal de libertad se ha producido en uno de los casos previstos en la ley o, dicho de otra forma, si la misma se apoya en razones objetivas que permitan establecer una conexión lógica entre la conducta del sospechoso y el hecho investigado, justificando así la privación de libertad.

La determinación de cuáles sean dichos elementos de contenido *esencial*, es necesariamente casuística, pues depende de las circunstancias que han justificado la detención. Pueden ser elementos esenciales que fundamenten la detención, atendiendo a las circunstancias de cada caso, la propia denuncia de los hechos, cuando incorpora imputaciones de parte que incriminan al detenido; o la documentación de testimonios inculpativos o documentos indubitados, así como el contenido de los informes periciales científicos que establezcan un vínculo de conexión entre el hecho investigado y el detenido; asimismo lo pueden ser los documentos, fotografías y grabaciones de sonido o vídeo que objetivamente relacionen al sospechoso con la infracción penal, e igualmente las actas que recojan el resultado del registro de un inmueble u otro tipo de bienes (STC 13/2017, de 30 de enero, FJ 7), las de una inspección ocular, las que constatan la recogida de vestigios o las que describan el resultado de un reconocimiento practicado a prevención por la policía para la averiguación del delito. Lo son también, en definitiva, todas aquellas actuaciones documentadas que guarden identidad de razón con las ya expuestas. Los agentes deben informar al detenido por escrito y de forma inmediata y comprensible de sus derechos, de los hechos que se le atribuyan y de las razones de su detención y darle acceso, si lo pide, a los documentos en que esta se apoya tal y como hemos explicado.

El Tribunal Constitucional español, en Sentencia 21/2018 de 5 de marzo, señalaba que, *“en el momento en que es posible solicitar acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención el atestado no ha sido nunca completado, pues la propia declaración policial del sospechoso aún no se ha producido, lo que permite, de nuevo, diferenciar entre el contenido del atestado y aquellos elementos de él que, por objetivar las razones de la detención, han de ser accesibles para el detenido. Y el matiz introducido por el intérprete constitucional, no es despreciable. En efecto, se trata de distinguir el acceso al contenido íntegro de las actuaciones, de aquellos elementos de éstas a los que, cuando es solicitado, ha de permitirse el acceso durante la detención preventiva. No sólo deriva de los términos literales en los que el derecho es reconocido en el art. 520.2.d) LECrim., sino que, además, aparece regulada en los arts. 302 y 527 LECrim, que excluyen los que resulten esenciales para impugnar la legalidad de la privación de libertad de aquellos otros elementos de las actuaciones de cuyo derecho de acceso puede ser temporalmente privado el detenido.*

En definitiva, corresponde a los agentes responsables de la custodia policial, informar al detenido por escrito, de forma inmediata y comprensible, no sólo de los derechos que durante tal condición le corresponden, sino también de los hechos que se le atribuyen y de las razones objetivas sobre las que se apoya su privación de libertad; y, cuando este sea el caso y el detenido lo solicite, deben también

proporcionarle acceso a aquellos documentos o elementos de las actuaciones en los que se apoye materialmente la decisión cautela y *los diversos datos objetivos sobre los hechos que motivaron la detención*¹².

En contraste, el análisis de las actuaciones remitidas permite constatar la concurrencia de otras circunstancias que, siendo concluyentes en la decisión de detener al demandante y sus acompañantes, se omitieron al facilitarle la preceptiva información¹³: instantes antes de la detención. Tal información que, constituye así las razones objetivas de la detención, por la que se hallaba incurso, en una de las causas de detención previstas por la ley, debió proporcionarse al detenido por escrito y debió hacerse constar fehacientemente mediante un procedimiento de registro que permitiera su verificación; sólo así el detenido o su abogado podrían cuestionar la suficiencia o consistencia de las razones reales que justificaron la detención (art. 8 de la Directiva 2012/13/UE, relativa al derecho a la información en los procesos penales)". En defensa del acceso al atestado por el abogado, la STS 1283/2000 establece que *"el Letrado debe tener conocimiento de la causa de la detención, delito que se imputa, y lectura de derechos, copia de la declaración y derecho a solicitar una nueva y de hacer las observaciones que estime convenientes"*.

¹² "... el demandante fue detenido por considerar que, junto con otros, había participado en la comisión de un delito de lesiones recién acaecido, y que, además de negar a su letrado el acceso a cualquier elemento del atestado, únicamente se le informó oralmente del hecho investigado -una agresión en grupo-, de su calificación jurídica -un delito de lesiones-, y también de la fecha, hora y lugar en que se produjo la detención. Pero, como todo motivo de la misma, se le indicó únicamente que lo había sido por "ser interceptado en el lugar de los hechos por los efectivos policiales actuantes".

¹³ En los hechos probados de la STC 21/2018, queda constancia que los agentes de policía, habían tenido conocimiento verbal del hecho investigado por las manifestaciones de los ocupantes de vehículos que circulaban por la zona, los cuales les habían indicado que en un parque colindante se estaba produciendo una reyerta entre jóvenes; acudieron al lugar y observaron cómo, del parque indicado, salieron a la carrera el demandante y tres jóvenes más; y observaron también como uno de ellos arrojó al suelo un machete de 36 centímetros de hoja, por lo que fueron perseguidos y detenidos en una calle adyacente. Fueron estos datos objetivos, así como la percepción directa de los funcionarios policiales, los que permitieron establecer el vínculo de conexión probable entre los jóvenes detenidos y la agresión investigada. Sin duda, fueron decisivos la edad de los implicados en la reyerta, el dato del lugar que abandonaban juntos, el hecho de hacerlo a la carrera instantes después de la disputa, y el dato de haber arrojado uno de ellos al suelo un machete de considerables dimensiones, cuya fuerza indiciaria quedó corroborada, después de la detención, cuando otra dotación policial atendió a los heridos constatando las características y mecanismo causal probable de las lesiones sufridas. En dicha sentencia, los datos objetivos sobre hechos distintos de la agresión misma los que relacionaban con ella a los jóvenes detenidos, constituyendo así las razones objetivas de la detención. Como tales, debieron formar parte nuclear de la información facilitada al detenido y su letrado para objetivar, de ese modo, que se hallaba incurso en una de las causas de detención previstas por la ley. No era suficiente con que se informara al demandante de que el lugar de la agresión estaba cercano al de la detención, ni tampoco que se incluyera en la información oral facilitada que la agresión investigada había acaecido poco tiempo antes de ser detenidos. Era necesario haberle puesto de relieve el aviso previo a la policía sobre la existencia de una pelea entre distintos jóvenes –un grupo-; también la coincidencia de edad de los detenidos con los supuestos agresores y, por último, en cualquier caso, el hecho concluyente de haber presenciado los agentes como uno de ellos arrojó un machete al suelo durante su huida, dato éste que, seguidamente, una vez se localizó a los agredidos, permitió relacionarles con el hecho investigado a la vista del tipo de lesiones padecidas.

El Tribunal Constitucional, concluye que *la información facilitada al detenido y a su abogado fue insuficiente para cuestionar fundadamente su privación de libertad y vulnera sus derechos a la libertad y a la seguridad personal, las razones de la detención que fueron puestas de manifiesto al detenido, por insuficientes, no le permitían cuestionar fundadamente su privación de libertad.* Los motivos de detención de los que fue informado el demandante no incluyeron aquellos que justificaban fundadamente la decisión policial, ni, aisladamente considerados, eran suficientes por sí mismos para justificarla pues, como hemos dicho, *"haber sido interceptado en el lugar de los hechos"*, salvo la cercanía física, en nada conecta al detenido y sus acompañantes con la participación en la agresión investigada.

Dicha información por insuficiente, pudiera haber sido completada o subsanada permitiendo el acceso del detenido o su letrado a las partes del atestado en las que constaban las circunstancias decisivas que justificaron la detención policial; específicamente, era ineludiblemente relevante la comparecencia de los agentes que practicaron la detención en la que, al dar cuenta de las informaciones que recibieron y de aquello que percibieron, hicieron constar que habían recogido un machete de grandes dimensiones tras percibir que uno de los detenidos lo arrojó al suelo. De haberse facilitado dicha información o haberse otorgado acceso a la parte de las actuaciones que daba cuenta de tal hallazgo, el detenido y su letrado hubieran podido conocer suficientemente las razones de su detención, supliendo así las deficiencias de la información oral defectuosamente facilitada.

En definitiva, en la STC 21/18, el TC estima que ha existido una vulneración de las garantías que el art. 17.1 y 3 CE y reconoce al demandante en cuanto titular del derecho a la libertad y seguridad personal, como consecuencia de no haber sido informado de modo suficiente sobre las razones de su detención gubernativa de naturaleza penal ni habersele permitido el acceso a los elementos de las actuaciones que eran esenciales para impugnar su legalidad. *En el caso concreto, no es que no existieran razones para detener al demandante, sino porque habiéndolas, las mismas no se pusieron de manifiesto al detenido o a su abogado a través de los procedimientos establecidos en la ley (información suficiente y escrita, con posibilidad de acceso a las actuaciones que la objetivaban, si así era reclamado), lo que hubiera posibilitado su cuestionamiento ante el Juez del habeas corpus, garante de que la detención no se haya producido fuera de los casos y en la forma previstos en la ley. ...".* La Sala concluye que *"la negativa a informar de forma suficiente al recurrente sobre las razones de su detención ha supuesto la vulneración del art. 17.1 y 3 CE, que garantiza el derecho a la libertad y a la seguridad personal. Por ello, el Tribunal acuerda declarar la nulidad del auto del Juzgado de guardia que denegó el inicio del procedimiento de habeas corpus."*

Entendemos que debería establecerse qué se entiende por "actuaciones que sean esenciales" y su significado y alcance el derecho de defensa, a efectos del impacto en las garantías judiciales de los derechos fundamentales.

En efecto, la transposición de ese derecho a nuestro texto normativo procesal penal suscita una preocupante libertad interpretativa que da lugar a vulneración de derechos. Así, la STC 13/2017 ha aclarado que el art. 7 de la Directiva tenía efecto directo, y este precepto impone en su apartado 1 la siguiente obligación: *los Estados*

miembros garantizarán que se entregue a la persona detenida o a su abogado aquellos documentos relacionados con el expediente específico que obren en poder de las autoridades competentes y que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva, con arreglo a lo establecido en la legislación nacional, la legalidad de la detención o de la privación de libertad. Las autoridades nacionales no pueden hacer una interpretación del derecho interno (el sucinto art. 520.2.d) LECrim) que contravenga el tenor literal de la norma del derecho de la UE o comprometa el efecto útil de la misma. Para el TC, como para el legislador europeo, la obligación *consiste en entregar la documentación que obra en el atestado (en “soporte papel o informático”), algo distinto de información extraída del mismo, que limita el conocimiento de las razones de la detención. Igualmente en la Nota de la Red de Expertos en Derecho de la UE se aclara: “En definitiva, “materiales del expediente” no es lo mismo que información sucinta sobre su contenido; informar al detenido, por ejemplo, de que ha sido reconocido (sin especificar por quién ni en qué circunstancias) no es lo que prescribe la Directiva en su art. 7.2: “la totalidad de las pruebas materiales en posesión de las autoridades competentes a favor o en contra de dicha persona”.*

En definitiva, está en juego el *principio de igualdad de armas* entre quien pide -o ejecuta, en el caso de la detención policial- la privación de libertad y quien representa a la persona cuya *libertad personal queda restringida*. No es admisible que ante la decisión sobre un derecho fundamental de capital importancia una de las partes tenga acceso a todos los datos y otra sólo a una selección -más o menos interesada- de los mismos.

En fin, a buen seguro se continuarán planteando conflictos, ya que de acuerdo con la nueva normativa, se puede privar al Letrado del detenido del examen de las actuaciones, con argumentos tales como que, no se sabe si el juez declarará o no el secreto de las actuaciones o decretará la incomunicación del detenido, o incluso se podrá dar el caso de limitar directamente tales derechos por parte de la policía judicial, a tenor de lo establecido en el modificado art. 527.2 LECrim., en espera a que el juez se pronuncie en el plazo de veinticuatro horas¹⁴.

En relación a este acceso a los elementos esenciales, cabe también plantearse si sería válido hacer una selección de determinados pasajes de algunas actuaciones u

¹⁴ Informe sobre la Directiva 2012/13/UE relativa al derecho a la información en los procesos penales, Rights International Spain, 2017. En el marco del proyecto de investigación PRO *JUS Procedural Rights of Juveniles Suspected or Accused in the European Union* llevado a cabo en España por Rights International Spain En dicho informe, pag 12.. Al mismo tiempo, es preciso señalar que entre la abogacía consultada no existe una posición unánime a la hora de valorar si efectivamente la persona detenida o presa es debidamente informada de los hechos que se le atribuyen y las razones que motivan la detención. Tampoco respecto del acceso en sede policial a los elementos esenciales que permitan impugnar de forma efectiva la legalidad de la detención y ejercer el derecho de defensa. Tal y como se detalla en el informe, las opiniones positivas contrastan con las negativas y, en su conjunto, permiten concluir que dicha asimetría tendría relación directa con el margen de discrecionalidad que tienen las autoridades policiales en ausencia de instrucciones que acoten de manera precisa el contenido de la información y los elementos que deben ser compartidos con la defensa. Sobre la polémica del acceso al atestado también tiene su reflejo en prensa. Por ejemplo en este caso: <https://www.20minutos.es/noticia/3079367/0/archivada-denuncia-colegio-abogados-policias-acusados-impedir-defensa-detenidos/> (fecha de acceso 23.11.2017)

ofrecer un resumen, de forma que quede salvaguardado el derecho de defensa frente a la privación de libertad, sin menoscabar el buen fin del proceso judicial. Siempre que dicho resumen permita efectivamente al investigado conocer los motivos de la privación de libertad, y por tanto impugnarla, y quede debida constancia de su contenido y su conocimiento por el investigado o su defensa (a efectos de un posible ulterior recurso), cabría admitir su validez, sirviendo como criterio orientador que la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, en relación a los documentos que resultan esenciales para garantizar el derecho de defensa y la equidad del proceso (y que deben por tanto, ser traducidos en caso necesario) indica expresamente que “no será preciso traducir pasajes de documentos esenciales que no resulten pertinentes para que el sospechoso o acusado tenga conocimiento de los cargos que se le imputan” y que “como excepción (...) pueda facilitarse en lugar de una traducción escrita, una traducción o un resumen oral de los documentos esenciales a que se refiere el presente artículo, siempre y cuando dicha traducción oral o resumen oral no afecte a la equidad del proceso”. En todo caso, deberá dejarse constancia en el procedimiento del acceso facilitado¹⁵.

Según el *Informe de Rights International Spain sobre la Directiva 2012/13 de 2017*, parece razonable concluir de los argumentos señalados que, en la fecha actual, no hay garantías de que la información transmitida en sede policial sobre los hechos atribuidos y los indicios de los que se deduce la participación en la comisión del delito sea suficiente para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de defensa y salvaguardar la equidad del proceso.

3. ENTREGA DEL ATESTADO Y GARANTÍAS PROCESALES

3.1. Introducción

La jurisprudencia del TS se ha encargado desde muy temprano en señalar cuál es la verdadera naturaleza de este documento y su “función” en el proceso penal. En efecto, la problemática al respecto no es reciente: De hecho, fue objeto de un Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de fecha 28.11.2006, toda vez que, hasta esa fecha, la respuesta jurisprudencial no había sido uniforme.

Como señala la significativa y reciente STS 3261/2015 de 20 de julio (Ponente Berdugo Gómez de la Torre): “*Antes del citado acuerdo de 2006, algunas sentencias de esta Sala, entre ellas, la STS 1428/99 de 8.10, se habían mostrado a favor de considerar que tales declaraciones tendrían valor probatorio siempre que se introdujeran en el acto del juicio a través de su lectura, ex art. 714 LECrim. Otras resoluciones -SSTS. 944/2003 de 23.6ó,5/2006 de 18.1- se habrían mostrado, sin embargo, en contra de esta posibilidad*”. Esta discrepancia jurisprudencial, como hemos indicado, dio lugar a

¹⁵ Circular FGE 3/2018 Véase también Consulta 2/2003 de 18 diciembre, sobre determinados aspectos de la asistencia letrada al detenido y la Instrucción FGE 8/2004, de 17 de diciembre sobre la necesidad de promover el acceso de los Letrados de la defensa a

las copias de los atestados en las actuaciones ante el Juzgado de Guardia en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de delitos.

Consultado en fecha 21/03/19 <http://www.icacr.es/doc/ATESTADOS%20archivo%20adjunto.pdf>

la adopción del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 28 de noviembre de 2006, que dice lo siguiente: «*Las declaraciones válidamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia*».

Por su parte, en la STS 551/2005, de 07 de abril de 2005 (Rec. 622/2004), se dispone que: *los atestados formados por la Policía Judicial y las manifestaciones que los miembros de ella hicieren, serán considerados como denuncias a los efectos legales. Como regla general, al tratarse los atestados de meras diligencias de investigación carecen en sí mismas de valor probatorio alguno, aun cuando se reflejen documentalmente en un atestado policial, por lo que los elementos probatorios que de ellas pudieran derivarse deben incorporarse al juicio oral mediante un medio probatorio aceptable en derecho, como lo es la declaración testifical de los agentes intervinientes*¹⁶.

¹⁶ El Tribunal Supremo en sentencia de 23 de enero de 1987 ha venido a concretar el auténtico valor que los Tribunales pueden otorgar al atestado en los siguientes términos: “El artículo 297 de la LECrim. dispone que los atestados formados por la Policía Judicial y las manifestaciones que en los miembros de ella hicieren serán considerados como denuncias a los efectos legales, precepto que si en lo que se refiere a las manifestaciones tiene su complemento en el art. 717 de la LECrim. en lo que respecta a los atestados y su contenido resulta anticuado y anacrónico, dado que dentro de dichos atestados se encuentran diligencias que por su naturaleza objetiva no es posible desdeñar y, por otra parte, la Policía actual dispone de medios de investigación sumamente perfeccionados y que no es posible, ni siquiera congruente, minusvalorar”. Es decir, como regla general, al tratarse de meras diligencias de investigación carecen en sí mismas de valor probatorio alguno, aún cuando se reflejen documentalmente en un atestado policial, por lo que los elementos probatorios que de ellas pudiesen derivarse (ocupación de armas, drogas o efectos de un delito, por ejemplo) deben incorporarse al juicio oral mediante un medio probatorio aceptable en derecho, como lo es la declaración testifical de los agentes intervinientes debidamente practicada en el juicio con las garantías de la contradicción y la inmediación (SS.TS 64/2000, 756/2000, 193/2001). Por su parte la STS 10/2002 de 17.1 nos recuerda la doctrina de la STS 17.6.99 en orden a que es claro que la policía judicial, policía técnica y especializada en la investigación de hechos delictivos, tiene competencias propias sobre la realización de diligencias de investigación con el alcance y contenido previsto en la Ley procesal. Cuestión distinta es la valoración que desde los órganos jurisdiccionales deba darse a las diligencias de investigación contenidas en el atestado y a ellos se refiere la sentencia de esta Sala de 14.4.97 que niega a la recogida de efectos de la policía, la naturaleza de prueba. Así cuando esta sentencia refiere que “tal validez como prueba pre constituida solo la puede tener la actuación policial cuando lo hace en casos de urgencia... u otra razón que no permite acudir al Juez para que éste actúe” está reiterando el sentido de la Ley procesal como actividad probatoria, según el cual solo las actuaciones practicadas en sede judicial y por el Juez pueden ser consideradas como actividad probatoria, resumiendo los restantes requisitos previstos por la Ley, pero esa doctrina que resulta de la Ley no afecta a los actos de investigación de delitos que la policía puede, y debe realizar para preparar el enjuiciamiento de unos hechos que indiciariamente revisten caracteres de delitos y que requieren la realización de prueba para su declaración como hechos delictivos. Y en este supuesto, cabe acudir al acto del juicio oral, dando testimonio, con la debida contradicción procesal, de aquellos efectos hallados en las pericias técnicas y reconocimientos policiales, para que puedan tener el oportuno efecto probatorio. Al respecto, ya en la STC 31/1981 se afirmaba, al formar parte del atestado tiene, en principio, únicamente valor de denuncia, como señala el art. 297 de la LECrim" (FJ 4), por lo que, considerado en sí mismo, el atestado se erige en objeto de prueba y no en medio de prueba, con el resultado de que los hechos que en él se afirman por funcionarios, testigos o imputados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios (STC 79/1994, de 14 de marzo, 22/2000, de 14 de febrero, FJ 5;188/2002, de 14 de octubre, FJ 2]. Ello no significa negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales que constan en el atestado, pues, por razón de su contenido, pueden incorporar datos

En la STC 79/1994, ya citada, manifestamos que "tratándose de las declaraciones efectuadas ante la policía no hay excepción posible. Este Tribunal ha establecido muy claramente que "las manifestaciones que constan en el atestado no constituyen verdaderos actos de prueba susceptibles de ser apreciados por los órganos judiciales" (STC 217/1989). Por consiguiente, únicamente las declaraciones realizadas en el acto del juicio o ante el juez de Instrucción como realización anticipada de la prueba y, consiguientemente, previa la instauración del contradictorio, pueden ser consideradas por los Tribunales penales como fundamento de la sentencia condenatoria" (FJ 3). En tales resoluciones se afirma que "*a los efectos del derecho a la presunción de inocencia las declaraciones obrantes en los atestados policiales carecen de valor probatorio de cargo*" (STC 51/1995, FJ 2 y 206/2003, de 1 de diciembre).

Y la STS 795/2014 señala que el acceso a la totalidad de las pruebas materiales en el proceso penal no incluye las fuentes u origen de la investigación estrictamente policial, *el acceso a la totalidad de las pruebas materiales en el proceso penal no incluye las fuentes u origen de la investigación estrictamente policial*, negándose la producción de indefensión por el Tribunal de instancia por denegación del acceso al expediente en las bases policiales, así como el acceso gubernativo al libro de la guardia del Juzgado de Instrucción, donde el asunto fue repartido¹⁷.

objetivos y verificables, como croquis, planos, fotografías, que pueden ser utilizados como elementos de juicio siempre que, concurriendo el doble requisito de la mera constatación de datos objetivos y de imposible reproducción en el acto del juicio oral, se introduzcan en éste como prueba documental y garantizando de forma efectiva su contradicción (SSTC 107/1983, de 29 de noviembre, FJ 3; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 2 b); 173/1997, de 14 de octubre, FJ 2 b); 33/2000, FJ 5; 188/2002, FJ 2). Pero tal excepción, referida a supuestos susceptibles de configurarse como prueba pre constituida por referirse a datos objetivos e irrepetibles, no puede alcanzar a los testimonios prestados en sede policial.

¹⁷ STS 795/2014 20/11/2014. En el recurso de casación contra una sentencia condenatoria por delito contra la salud pública, se invoca por los recurrentes que se le ha denegado el acceso al expediente en su plenitud; concretamente, que solicitado en varias ocasiones el acceso al expediente en las bases policiales, le fue denegado; así como el acceso gubernativo al libro de la guardia del Juzgado de Instrucción núm. 31, donde el asunto fue repartido, siendo la única justificación que hubiera practicado con anterioridad alguna diligencia. Precisa la viabilidad del acceso, pues la investigación se inicia por comunicación de la aduana francesa, intercambio de información que se encuentra regulado en el Reglamento (CE) n.º 515/97 del Consejo de 13 de marzo de 1997, sobre asistencia aduanera, donde se regula que los datos comunicados se introducen en el sistema informático (SIA), para el que la propia norma establece un cauce de habeas data en el artículo 36; e igualmente regula las consultas al fichero de identificación del expediente de investigación aduanero (FIDE). Se cita en el recurso que mantener oculta un parte de la investigación, que califica de esencial, afirma que conculca el derecho ciudadano al acceso a la información pública regulado en el Convenio del Consejo de Europa n.º 205; el derecho constitucional al habeas data del art. 18 CE; el derecho a un proceso público y de todas las garantías del artículo 24 CE, en relación con la jurisprudencia del TEDH sobre el acceso al expediente, los arts. 6.3 y 8 CEDH, así como el derecho de información en los procesos penales, regulado en la Directiva 2102/13/UE del Parlamento Europeo y del consejo de 22 de mayo de 2012.

a) El Convenio del Consejo de Europa sobre el acceso a los documentos públicos, STCE n.º 205, hecho en Tromsø el 18 de junio de 2009, precisa la ratificación de diez Estados miembros para su entrada en vigor, cifra en esta data aún no conseguida; y España en todo caso no lo ha ratificado; además, su artículo 3 permite limitar el acceso, a fin de proteger la prevención, la investigación y la persecución de actividades criminales; Posteriormente, la Unión Europea aprobó la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial, en materia penal, que no ha sido objeto de implementación en nuestro ordenamiento interno; y si bien ya ha transcurrido con creces el tiempo fijado de transposición,

Aunque el atestado policial no puede tener carácter de prueba, en palabras del TS, su *relevancia procesal* no puede ser descartada para todo el devenir del proceso penal. En los análisis jurisprudenciales sobre el atestado, constatamos la presencia de varias realidades “asimétricas”, la de la jurisprudencia del TS la del TC y la TEDH. Todas ellas confluyentes, pero con líneas que friccionan cuando de la actuación del derecho de defensa real y efectivo se trata (STC 217/1997 de 4 de diciembre).

3.2. Forma de cumplimentación del atestado¹⁸

3.2.1 Introducción

En cuanto a la forma de acceder al atestado, MARCHAL ESCALONA, sostiene que el acceso a la documentación, no implica entrega de copia física del atestado¹⁹. El mismo criterio lo sustenta la Fiscalía en la STC 13/2017 de 30 de enero, “*en ningún caso se hace referencia en la Directiva, a la entrega de documentos obrantes en las actuaciones “siendo suficiente la información verbal del Fiscal en la comparecencia del*

su contenido no puede ser objeto de aplicación, por cuanto la doctrina sobre la "interpretación conforme" del TJUE, plasmada en el asunto Maria Pupino, no permite un resultado contra legem del ordenamiento interno (& 47 STJUE 16 de junio 2005) y dado el contenido del reiterado artículo 2 de la Ley de Protección de Datos, la investigación de un delito de tráfico de drogas en cantidad de notoria importancia, con relaciones en el extranjero que determinan el aviso de las autoridades francesas, excluye su eficacia en esta concreta cuestión hasta que medie su incorporación a nuestro ordenamiento interno. La procedencia de la "notitia criminis" de una autoridad policial extranjera no precisa la inclusión de las fuentes de conocimiento de la misma. La cuestión fue abordada por la sentencia de esta Sala núm. 884/2012, de 12 de noviembre, que expresamente explicita que "cuando servicios de información extranjeros proporcionan datos a las fuerzas y cuerpos de seguridad españoles, la exigencia de que la fuente de conocimiento precise también sus propias fuentes de conocimiento, no se integra en el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías. Lo decisivo, además de la constancia oficial, no necesariamente documentada, de que esa comunicación se produjo, es que el intercambio de datos sirva para lo que puede servir, esto es, para desencadenar una investigación llamada a proporcionar a los Tribunales españoles los medios de prueba precisos para el enjuiciamiento de los hechos". En autos, el recurrente, tuvo acceso a todo el expediente tal como fue conocido por el Tribunal, sin que por tanto fuera conculcado desde el ámbito que invoca, quebranto del derecho de acceso; tanto desde la perspectiva del artículo 7 de la Directiva 2102/13/UE, como desde el artículo 6.3.b) CEDH; tanto más cuando la justificación de la solicitud del acceso a las bases de datos policiales que interesa se sustentan en la mera hipótesis o probabilidad de la existencia de alguna irregularidad meramente abstracta; de forma que ni el derecho de la defensa ni el principio de igualdad de armas, resultan quebrantados.

¹⁸ Colegio de Abogados de Málaga , Mayo de 2006 Ponencia.- Conflictos que se plantean en la asistencia letrada a detenidos http://www.icamalaga.es/portalMalaga/printPortal.do?urlPagina=/S015006008004002/1241527379852_es_ES.html#sthash.wloINumc.dpuf (consultado el 20.10.18)

¹⁹ Véase el razonable comentario de MARCHAL ESCALONA, A. Nicolás, « ¿Entrega de copia del atestado al abogado en sede policial? Comentario de la STC de 30 enero de 2017», publicado en el *Diario LA LEY* n.o 8932, de 2 marzo 2017, donde sostiene que el acceso al atestado en estos casos sólo es sobre aquellos elementos esenciales para comprobar la legalidad de la detención, sin que ello implique la entrega de la copia del atestado, el cual en los momentos inmediatos posteriores a la detención todavía se encuentra en fase de redacción y puede que en sede judicial quede comprendido por la declaración de secreto de las actuaciones.

art 505 , señalando los hechos y la calificación y equiparando los “ motivos bastantes” con “indicios” y fijando los fines constitucionales de la prisión haciendo mención de la información que hizo verbalmente el Fiscal en dicha comparecencia siendo todo ello suficiente para impugnar la prisión y fundar la medida. En Auto de prisión Rollo 432/2017 se exponía: “con el fin de evitar una declaración de nulidad y la puesta en libertad del investigado (...), “por lo que concluía solicitando que se facilitara a la defensa los documentos en los términos solicitados al principio” .

En cuanto a las diligencias policiales, dada la evidente equiparación que tanto el art. 17.3 de la Constitución como el art. 520 de la LECrim hacen de las diligencias policiales y judiciales, son aplicables a las primeras lo dispuesto en el art. 118 y, en consecuencia, el secreto de las diligencias policiales ha de hacerse compatible con el derecho a comunicar y recibir libremente información que se reconoce en el art. 20.1 d) de la Constitución española. El abogado, salvo supuestos de haberse decretado judicialmente la incomunicación o el secreto de las actuaciones, para poder ejercer su función de defensa precisará de conocer desde el primer momento la acusación completa y detallada formulada contra el detenido, pudiendo ser denegada la misma motivadamente por la autoridad judicial, siempre que se pueda interferir en la investigación.

Tal información no la puede ofrecer más que el atestado policial instruido, cuya copia ha de tener el abogado al igual que se facilita al M. Fiscal (772.2 LECrim), de acuerdo con el principio de igualdad de armas procesales. En la Instrucción 8/04 de la Fiscalía General del Estado se reconoce que “aunque la única previsión de traslado de las actuaciones originales o mediante fotocopia a los designados como acusados se contiene en el art. 784 LECrim., referido a un momento muy posterior del procedimiento (abierto el juicio oral y formulado escrito de acusación) ello no ha de llevar a la errónea conclusión de que no puede permitirse el acceso a las actuaciones en momentos anteriores. Por tanto, el abogado asume la *criminis defesio* ya desde el primer momento, exigiendo tal atribución el conocimiento del atestado. Entendemos que el atestado ha de formar parte de entre la información que el detenido debe recibir de forma comprensible e inmediata por los hechos que se le imputan a tenor de lo dispuesto en el art. 520.2 LECr. (STEDH de 5 de noviembre de 1981), requisito sine qua non para ejercitar el derecho de defensa (STC 105/1983, de 23 de noviembre), por lo que el atestado, como diligencia policial resultará imprescindible para el ejercicio del tal derecho de defensa.

La necesidad de que tal puesta en conocimiento lo sea en el plazo más breve posible obedece a que su finalidad estriba en posibilitar la defensa privada o autodefensa del imputado, razón por la cual dicha puesta verbal en su conocimiento ha de realizarse en todo caso con anterioridad a su interrogatorio, a fin de que el detenido pueda contestar la imputación sobre él existente y así la sentencia de la Sala 2.ª del TS de 11 Nov. 1997, expresa que “*el ejercicio del derecho de defensa del detenido que para ser eficaz exige el examen de las actuaciones*”. Así, la STS de 4 de diciembre 2001 expone que: “*El derecho a ser informado de la acusación exige un conocimiento completo del tema debatido, con objeto de evitar un proceso penal*

inquisitivo que repugna al sistema de derechos fundamentales y libertades públicas consagrado en el texto Constitucional. De ahí que el inculpado tenga derecho a conocer temporánea y oportunamente el alcance y contenido de la acusación para poder articular su defensa". De otro lado, el atestado igualmente tiene naturaleza administrativa, aunque adopte la forma típicamente procesal, en parte por el art. 292 LECrim, y en parte, por un paralelismo imitativo de la actuación dentro del proceso penal al cual se dirige el atestado. Ahora bien, el atestado no ostenta carácter jurisdiccional, dado que la Policía Judicial no es un órgano de tal naturaleza, al margen de su dependencia de jueces, tribunales y Ministerio Fiscal y, por aplicación de lo establecido en el art 37 LAP y PAC, el ciudadano detenido y su abogado tienen derecho al acceso a los archivos y registros en los que contengan datos referentes a los mismos pudiendo obtener copia de los mismos, salvo las excepciones allí establecidas. Como puede comprobarse, no hay referencia al atestado policial en cuanto tal, sino tan solo a datos concretos.

Pues bien, estas precisiones resultan, cuando menos, difíciles de encajar en el marco del Derecho europeo y en la adaptación de la LECrim a la normativa europea. Ante todo, cabe preguntarse por el carácter que tiene una reunión de una Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial²⁰ y por el valor de las decisiones que en ella se adoptan, a la vista de que la Comisión se considera competente para interpretar lo que dispone la Directiva incorporada a nuestro ordenamiento con la reforma de la LECrim.

Cabría, además, cuestionar que la Comisión tenga habilitación para interpretar lo que se entiende por *"elementos esenciales para impugnar la legalidad de la detención o de la privación de libertad"*. No parece que haya de admitirse dicha posibilidad, ya que se trata del desarrollo de previsiones contenidas en una Directiva - actualmente en la LECrim, modificada mediante Ley Orgánica – que se refieren al contenido de un derecho fundamental como es el derecho de defensa, consagrado en el artículo 24.2 de nuestra Constitución. Esto es, derechos fundamentales como son el derecho de defensa y el derecho a la asistencia letrada y que limiten lo previsto en una norma legal en garantía de los derechos fundamentales. Más bien el trámite correcto sería si hay dudas de interpretación, el planteamiento de una cuestión prejudicial. En el momento en que órganos de ese tipo adoptan ese género de interpretaciones y, en lógica consecuencia, las unidades de Policía Judicial adoptan decisiones amparadas en aquéllas, se reducen la plenitud y la efectividad de la asistencia del abogado al detenido. A este respecto, cabe recordar que el Tribunal Constitucional ha declarado en multitud de ocasiones que el derecho a la asistencia letrada debe ser *"real y efectivo"*²¹ (por ejemplo en la STC 217/1997, de 4 de diciembre)

En una detención policial, el atestado no es otra cosa que las actuaciones a las que se refiere sin duda la LECrim en su artículo 118.1.b), inspirado en la Directiva 2012/13/UE. Las interpretaciones que se realicen deben guiarse por el principio de

²⁰ <https://www.icab.cat/files/242>

494223DOCUMENTO/Acta_reunion_Comision_Nacional_coordinacion_policia_judicial.pdf (acceso el 23.11.18)

²¹ BARÓN JAQUÉS, Lourdes: *"Acceso al atestado policial: expresión del derecho fundamental a la asistencia letrada al detenido"*, en el Blog penitenciario de www.abogacia.es, 13 enero 2016.

interpretación del ordenamiento jurídico en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, en este caso de los derechos a la libertad, la asistencia al detenido y de defensa. Ya en 1987, el Tribunal Constitucional, en su STC 76/1987, de 25 de mayo (FJ 2) señaló que *“la Constitución ha introducido un principio de interpretación del ordenamiento jurídico en el sentido más favorable al ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales que ha de ser tenido en cuenta por todos los poderes públicos (...)”*, incluida la autoridad policial (STC 24/1990, de 15 de febrero, FJ 2). Sería legítimo preguntarse si un órgano de composición mixta –gubernamental y de otros poderes del Estado-, pero administrativo, puede decidir qué elementos del atestado facilitar y cuáles no; la respuesta debe ser negativa. No es coherente ni tampoco legal que la interpretación se deje en manos del órgano administrativo y no judicial. Ejemplo de estos conflictos es el reciente informe del Colegio de Abogados de Lanzarote²² en el que se recomienda ante la negativa de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a la entrega de copia del atestado, lo siguiente: *“Por ello, se recomienda a los Letrado/as hacer constar, en el Acta, la negativa de mostrar el atestado y, cuando sea oportuno, alegar la vulneración del art. 24.2 de la Constitución Española”*.

Como apuntábamos existe una distorsión en la adaptación de la normativa europea. Tanto la fórmula empleada en el artículo 118.1. a) como en el artículo 520.2, ambos, LECrim insiste en los hechos atribuidos, como contenido específico de la información de imputación, sin referencia alguna a la calificación jurídica que pueda recaer sobre éstos. Fórmula que se reitera en la nueva redacción del artículo 775 LECrim. Pues bien, y sin perjuicio de la deficiente técnica de transposición, lo cierto es que no cabe extraer consecuencias reductoras sobre el contenido del derecho a la información de la persona investigada, de tal modo que se interprete como no preceptiva la información sobre la dimensión normativa del hecho.

Y ello por dos razones: la primera, y más importante, porque el alcance extensivo del derecho a la información viene tutelado y garantizado por el Derecho de la Unión y por la jurisprudencia del TEDH sobre aquel; segunda, porque, en todo caso, el mandato reforzado de interpretación conforme obliga a considerar que la referencia a hechos de los artículos 118, 520 y 775, todos ellos, LECrim, equivale, a los efectos informativos, a hechos punibles -categoría normativa que se emplea en el artículo 779.5 LECrim- y que responde de forma mucho más aproximativa a la categoría infracción penal empleada en la Directiva.

3.2.2. La inteligencia policial y el conocimiento del atestado

La STS 795/2014 examina un supuesto en el que se pretendía por el letrado de la defensa obtener información del expediente de las bases policiales pues la investigación se había iniciado tras un intercambio de información entre autoridades de los distintos Estados tras la comunicación de la aduana francesa. La sentencia concluye que la instrucción es una fase menor de un todo al que se procedimiento que comprende una fase de inteligencia criminal y otra de investigación criminal siendo la primera secreta lo que la CE permite.

²² Circular Ilustre Colegio de Abogados de Lanzarote 1/2017.

En sentido similar la STS 975/2016 abordó un supuesto en el que el letrado defensor pretendía acceder a las notas y minutas policiales que entregaron los funcionarios a sus superiores para que confeccionaran los atestados correspondientes. La Sala concluyó que el derecho de acceso a los materiales del expediente contemplado en la Directiva 2012/13/UE se proyecta sobre la totalidad de las pruebas materiales, pero no se extiende ni las fuentes ni al origen de la investigación estrictamente policial ni incluye el acceso a las bases de datos utilizadas por los investigadores policiales. En definitiva, se sostiene que la fase previa a la investigación no se vierte sobre el proceso, por lo que no integra el expediente previsto para el derecho de defensa.

El análisis de la cuestión de fondo es singularmente complejo, excediendo su tratamiento imbricado con el estado de salud de nuestro Estado constitucional. Como señala RAMIREZ ORTIZ ²³, “conviene apuntar que el transvase de la información en el ámbito de la investigación policial (prospectivo) y el de la investigación del delito (tendencialmente reactivo), constituye una cuestión de gran densidad constitucional. Por lo que nos ocupa si bien por lo general cabe encontrar justificación para limitar el acceso a la información de la inteligencia policial tal limitación ha de ceder en el momento en que de la información se desprenden indicios inculpatórios concretos respecto de persona determinada y dichos indicios son empleados para realizar la inculpatión, de modo de que aquellos han de ser accesibles a la persona investigada que ha de poder cuestionar las fuentes correspondientes. Lo que no es legítimo en tales casos es mantenerlas ocultas. Pero también plantea problemas de legitimidad el acceso sesgado de dicha información por la vía de los informes materiales de inteligencia al ser en tal caso materialmente imposible detectar el uso selectivo de la información por el analista que puede silenciar sin control alguno aspectos exculpatórios y exagerar los inculpatórios por lo que la contradicción en el plenario no de ser ficticia”.

Los interrogantes que surgen de ese transvase (entre otros muchos, la utilización de la información derivada de actos lesivos de derechos fundamentales, en especial, proveniente de la cooperación internacional,) como advertimos no tienen respuestas simples más allá del principio general de que ha de permitirse a la defensa cuestionar de modo efectivo y no meramente nominal, las fuentes de pruebas de las que pretenda obtenerse un rendimiento acusatorio.

Bajo este ángulo cabe estimar discutible la solución dada en la STS 975/2016. En el asunto examinado el letrado defensor ante las contradicciones en que incurrieron los agentes policiales acerca de la presencia o ausencia de las personas investigadas en ciertas reuniones interesó la incorporación a la causa de las minutas empleadas por aquellos durante la investigación policial, con la finalidad de contrastar la fiabilidad de sus testimonios. La negativa a tal incorporación coloca a la defensa en una situación compleja cuando el Tribunal pasa por alto las contradicciones las relativiza o las resuelve intuitivamente. Podemos entender que existan recelos a que

²³ RAMIREZ ORTIZ L., Comentario a la STC 730/2014 de 10 de febrero de 2017. Jueces Democracia Boletín Jurisprudencia Constitucional .Lunes 13 marzo 2017

actuaciones propias de la inteligencia policial fluyan libremente en el marco de procesos abiertos pero cuando se trata de elementos necesarios para la defensa debe admitirse el medio de proceda que permite el acceso al dato de interés. Por otro lado, estimamos que cabe conjurar los riesgos de un uso inadecuado de la información habilitando al juzgador para que filtre previamente en un trámite incidental ad hoc, aquellos aspectos carentes de utilidad para la causa. La sentencia invoca en apoyo la jurisprudencia del TEDH cuya utilidad es relativa, como ya dijimos el hecho de que se afirme en el párrafo 2 que un acto concreto decisión o norma de un Estado parte no vulnera el CED no significa que no pueda vulnerar nuestra CE o nuestra legislación procesal.

4. JURISPRUDENCIA EUROPEA SOBRE EL DERECHO DE DEFENSA DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En el Derecho de la UE, el derecho a asistencia letrada en procesos penales está establecido en el artículo 48, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Esto garantiza el respeto a los derechos de defensa de cualquier persona acusada. Al igual que en el Derecho del Convenio Europeo de Derechos Humanos, este derecho no es absoluto en el Derecho de la UE. No obstante, ha sido reconocido como uno de los elementos fundamentales de un proceso equitativo; los abogados designados deben disponer de tiempo y medios adecuados para preparar la defensa de sus clientes. En el asunto *Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros c. Conseil des Ministres*²⁴, el TJUE observó que los abogados no podían desempeñar satisfactoriamente sus funciones de asesoramiento, defensa y representación de sus clientes si estaban obligados a cooperar con las autoridades pasándoles la información obtenida durante el curso del asesoramiento jurídico correspondiente.²⁵ También se garantiza la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea a la que también se ha referido el TEDH. Su objetivo es establecer normas mínimas relativas a los derechos de las personas sospechosas o acusadas en procesos penales y en procedimientos relativos a la orden de detención europea.

El artículo 6, apartado 3, letra b), del CEDH establece el derecho a disponer de tiempo y medios adecuados para preparar la propia defensa, que está estrechamente relacionado con el artículo 6, apartado 3, letra c), porque disponer de tiempo y medios adecuados es necesario para que el derecho a la asistencia letrada sea efectivo. El derecho a la asistencia letrada se aplica a todo el proceso, desde la investigación policial hasta la conclusión del recurso. El acceso a un abogado en las primeras fases del proceso es especialmente importante. Este derecho puede estar sujeto a

²⁴ TJUE, C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros c. Conseil des Ministres*, 26 de junio de 2007, apdo. 32.

²⁵ Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, DO 2013 L 294/1. El Reino Unido e Irlanda no se han acogido a esta Directiva y no se aplica a Dinamarca. STEDH, A.T. c. *Luxemburgo*, n.º 30460/13, 9 de abril de 2015, apdo. 38.

restricciones, siempre que las restricciones no supongan un menoscabo de la esencia del derecho. Y requiere disponer de una representación efectiva, y no solo la mera presencia de un abogado. La renuncia al derecho debe: (i) establecerse de manera inequívoca; (ii) estar asistida por salvaguardias mínimas proporcionales a su importancia; (iii) ser voluntaria y (iv) constituir un desistimiento deliberado e inteligente de un derecho. También se debe demostrar que el acusado podría haber previsto razonablemente las consecuencias de su conducta.

En el Derecho europeo, el derecho de acceso a asistencia letrada es especialmente importante para personas sospechosas o acusadas vulnerables, como personas con discapacidades, migrantes y menores²⁶. Los Estados deben tomar medidas adicionales para favorecer que sean capaces de entender y participar efectivamente en los procesos de modo que puedan —si es necesario con la ayuda de un intérprete, abogado, trabajador social o amigo— entender el «sentido general» de lo que se dice. También deben ser capaces de explicar su versión de los hechos a sus abogados. Los Estados deben reducir en la medida de lo posible la sensación de intimidación y velar por que los menores entiendan con carácter general la naturaleza de la investigación y lo que hay en juego. Ante el órgano jurisdiccional, los acusados deben poder seguir lo que dicen los testigos de la fiscalía y ser capaces de indicar su desacuerdo con cualquier declaración.

En el CEDH, la forma de llevar a cabo la defensa queda esencialmente entre la persona acusada o sospechosa y su abogado, pero si las autoridades competentes advierten una «deficiencia manifiesta» por parte del abogado, deben actuar. Esta obligación existe únicamente cuando la deficiencia de representación efectiva fuera «manifiesta o puesta en conocimiento [del Estado] de forma adecuada». Por ejemplo, si un recurso se considera inadmisibile debido a las omisiones de un abogado, esto puede violar el derecho a una defensa práctica y efectiva. Sólo las deficiencias imputables a las autoridades estatales pueden dar lugar a una violación del artículo 6, apartado 3, letra c). Puede haber responsabilidad del Estado si este es consciente de que un abogado no ha actuado en favor del acusado. Sin embargo, ni siquiera una deficiencia grave en la equidad del proceso puede dar lugar a una violación si el demandante no plantea la cuestión en el recurso.²⁷

5. EFICACIA VERTICAL DE LA DIRECTIVA COMUNITARIA 2012/13/UE RELATIVA AL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN LOS PROCESOS PENALES CUANDO EL ESTADO HA INCUMPLIDO EL PLAZO DE TRANSPOSICIÓN.

²⁶ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, COM (2013) 822/2, art. 6. Comisión Europea (2013), Recomendación de 27 de noviembre de 2013 relativa a las garantías procesales para las personas vulnerables sospechosas o acusadas en procesos penales Vid. STEDH, *Imbrioscia c. Suiza*, n.º 13972/88, 24 de noviembre de 1993, apdo. 43. STEDH, *Aras c. Turquía (n.o 2)*, n.º 15065/07, 18 de noviembre de 2014, apdo. 40.

²⁷ Véanse STEDH, *Daud c. Portugal*, n.º 22600/93, 21 de abril de 1998, apdo. 42. STEDH, *Imbrioscia c. Suiza*, n.º 13972/88, 24 de noviembre de 1993, apdo. 41. STEDH, *Czekalla c. Portugal*, n.º 38830/97, 10 de octubre de 2002, apdos. 63-65; TEDH, *Vamvakas c. Grecia (n.o 2)*, n.º 2870/11, 9 de abril de 2015, apdos. 39-43. STEDH, *Tripodi c. Italia*, n.º 13743/88, 22 de febrero de 1994, apdo. 3

La Directiva 2012/13/UE de 22 de mayo de 2012 sobre el derecho de información en los procesos penales, incorporada a través de la Ley Orgánica 5/2015, reconoce el derecho del investigado a ser informado de los hechos que se le imputan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y hechos imputados, sobre todo, el derecho a examinar con la debida antelación las actuaciones, fortalece el derecho de información que le pertenece al detenido o investigado en el proceso penal.

La Directiva 2013/48/UE se aplica a los sospechosos o acusados en procesos penales desde el «momento en que las autoridades competentes de un Estado miembro hayan puesto en su conocimiento, mediante notificación oficial u otro medio, que son sospechosos o que se les acusa de haber cometido una infracción penal» hasta la «conclusión del proceso» (es decir, hasta la decisión definitiva sobre la infracción, incluidas la imposición de la condena y el recurso). La Directiva también se aplica a personas que no son sospechosas pero que pasan a serlo en el curso de un interrogatorio. Sin embargo, se aplican diferentes niveles de protección a las personas que no han sido privadas de libertad; aunque tengan la posibilidad de ponerse en contacto, consultar o ser asistidas por un letrado por sus propios medios, los Estados miembros no estarán obligados a «tomar medidas de modo activo» para garantizar que sean asistidas por un letrado. También se otorga protección en el ámbito de los procedimientos de la orden de detención europea²⁸.

Tal norma reconoce el derecho de informar sin demora injustificada a detenidos, presos e investigados de la información fundamental del proceso, para que con ello se pueda valorar la legalidad de la detención, es decir, acceder a los elementos esenciales de la misma. Desde el momento en que el letrado accede a la información del atestado y conoce los hechos que supusieron la detención, podrá velar por la legalidad de la misma, y la imposibilidad de acceder a él, impide la asistencia técnica que ofrece el abogado. Por tanto, mientras esto no pueda desarrollarse, no se podrá realizar ninguna diligencia en la que sea preceptiva la presencia de abogado, incluida la declaración. Contiene catorce artículos con normas mínimas de aplicación, que pretenden mejorar la confianza entre los Estados miembros en cuanto a la información que se proporcione en los procesos penales a las personas sospechosas o investigadas de haber cometido un ilícito penal en un proceso tramitado ante un tribunal y se extiende tal derecho a las personas que están sometidas a la ejecución de una orden de detención europea. En esta Directiva se reconocen, entre otros, los siguientes derechos:

- Derecho de acceso a un abogado, y en su defecto, a la asistencia jurídica gratuita; el derecho a ser informado de la acusación; derecho de traducción e

²⁸ La L.O 3/2018 (en el art. 50 se reconoce el derecho de defensa técnica eficaz) modifica la L.O. 23/2014 de reconocimiento mutuo de resoluciones penales, para regular la Orden Europea de Investigación. Véase interesante trabajo de JIMENEZ VILLAREJO, F.J., “Armonización de las garantías procesales y derecho a la asistencia letrada en la orden europea de detención y entrega”, *Congreso Internacional sobre las Garantías Procesales para sospechosos e inculcados en los procesos penales en la Unión Europea*, Valladolid, 4-6 octubre 2006.

interpretación y a que se haga en un lenguaje sencillo y por escrito. (art. 3) - Establece el artículo 4.1. que se deberá permitir a la persona detenida leer la declaración de derechos, y preservarla durante el tiempo de detención, además de informarle del tiempo máximo de detención antes de la puesta a disposición judicial. En la antigua legislación española solo se preveía la lectura de los derechos, sin que se dieran por escrito.- El artículo 4.2. a) reconoce el derecho de acceso a los materiales del expediente a la persona detenida o a su abogado, que sean fundamentales para impugnar la ilegalidad de la detención. Supone un cambio importante porque el detenido puede ahora tener acceso al atestado y sólo puede ser denegado de forma motivada cuando se pueda poner en riesgo la vida o derechos fundamentales de otra persona, y en caso de que se considere que la detención es ilegal, impugnarla mediante el procedimiento de Habeas Corpus.

- Derecho a recibir información sobre la acusación. Según el tenor literal del artículo 520.6 a), el conocimiento del letrado de las actuaciones policiales sólo se extiende a las diligencias formales. No obstante, éste deberá instar a los agentes policiales a la lectura de derechos a su cliente o a la asistencia médica si no se ha llevado a cabo previamente, asegurando con su presencia que se realizan dichas diligencias y asegurando la comprensión por su cliente de los derechos que le corresponden, explicando y facilitando así la comprensión del mismo, cosa que no ocurre cuando no se permite hablar con su cliente.

Qué valor alcanza esta regulación ¿?. La denominada "eficacia vertical". Cada vez es más frecuente cómo el legislador europeo incide en la regulación interna penal de los Estados miembros. El TC en la sentencia 21/18, advierte seriamente al legislador, señalando que el Estado miembro que no haya adoptado dentro de plazo las medidas impuestas por una Directiva, no puede oponer a los particulares su propio incumplimiento de las obligaciones que la Directiva implica. La Directiva 2012/13/UE era aplicable desde la fecha en que expiró el plazo para su transposición hasta la de entrada en vigor de la LO 5/2015, de 27 de abril que llevó a cabo aquél cometido.

El incumplimiento de España de los plazos de transposición hace necesario insistir en la eficacia vertical directa de las Directivas, que pueden y deben ser alegadas ante los Tribunales de Justicia españoles tanto por los abogados como por los fiscales, en protección y defensa de los derechos de los ciudadanos frente al Estado ha dado llamar eficacia vertical directa o «efecto útil». Es decir, que los particulares pueden invocar la normativa europea frente al Estado incumplidor. Pero es importante resaltar que, sin embargo, el Estado no puede exigir las obligaciones de la Directiva no traspuesta a los particulares, lo que supondría un efecto vertical inverso²⁹. El art. 7.1 de la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012 "relativa al derecho a la información en los procesos penales" dispone:

²⁹ DOLZ LAGO, M. J.. «Eficacia jurídica del Derecho Comunitario Europeo para la integración de los tipos penales en blanco del Derecho Español», revista *Noticias de la Unión Europea*, núm. 112, Mayo 1994, pág. 29 a 52, editorial C.I.S.S.

1. Cuando una persona sea objeto de detención o privación de libertad en cualquier fase del proceso penal, los Estados miembros garantizarán que se entregue a la persona detenida o a su abogado aquellos documentos relacionados con el expediente específico que obren en poder de las autoridades competentes y que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva, con arreglo a lo establecido en la legislación nacional, la legalidad de la detención o de la privación de libertad.

2. Los Estados miembros garantizarán que la persona acusada o sospechosa o su abogado tengan acceso al menos a la totalidad de las pruebas materiales en posesión de las autoridades competentes a favor o en contra de dicha persona, para salvaguardar la equidad del proceso y preparar la defensa.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, el acceso a los materiales mencionados en el apartado 2 se concederá con la debida antelación que permita el ejercicio efectivo de los derechos de la defensa y a más tardar en el momento en que los motivos de la acusación se presenten a la consideración del tribunal. Si llegan a poder de las autoridades competentes más pruebas materiales, se concederá acceso a las mismas con la debida antelación para que puedan ser estudiadas.

4. No obstante lo dispuesto en los apartados 2 y 3, siempre y cuando ello no suponga un perjuicio para el derecho a un juicio equitativo, podrá denegarse el acceso a determinados materiales si ello puede dar lugar a una amenaza grave para la vida o los derechos fundamentales de otra persona o si la denegación es estrictamente necesaria para defender un interés público importante, como en los casos en que se corre el riesgo de perjudicar una investigación en curso, o cuando se puede menoscabar gravemente la seguridad nacional del Estado miembro en el que tiene lugar el proceso penal. Los Estados miembros garantizarán que, de conformidad con los procedimientos previstos por la legislación nacional, sea un tribunal quien adopte la decisión de denegar el acceso a determinados materiales con arreglo al presente apartado o, por lo menos, que dicha decisión se someta a control judicial.

5. El acceso en virtud del presente artículo se facilitará gratuitamente."

En el caso de la STC 21/2018, al no haberse cumplido con esta obligación por España, hasta la aprobación de la ya citada LO 5/2015, de 27 de abril el abogado de los recurrentes, tanto en su intervención en la sede del cuartel de la Guardia Civil donde estaban detenidos (según consta en las actas de declaración), como en el escrito promoviendo el habeas corpus, y luego en la demanda de amparo, ha venido defendiendo que la Directiva era vinculante en virtud del principio de efecto directo vertical aplicable a las Directivas no transpuestas que crean derechos. Ciertamente, el auto de 13 de julio de 2014 que se impugna en amparo reconoce efectos vinculantes a dicha Directiva 2012/13/UE, rechazando la petición de habeas corpus por motivos distintos que luego se examinarán. Mas, aunque tal apreciación judicial comporte, en principio, un juicio de legalidad ordinaria (art. 117.3 CE) que ninguna de las partes ha cuestionado en este amparo, desde nuestra perspectiva de control externo y teniendo en cuenta sus implicaciones, debemos cuanto menos determinar si es correcta la premisa de atribuir, como fuente de derechos procesales, en este caso a efectos de

integrar el art. 17.3 CE lo establecido en una Directiva comunitaria no transpuesta dentro de plazo, por invocación del llamado efecto útil.³⁰

En relación con la primacía del derecho comunitario caben algunas puntualizaciones:

a) El derogado art. 189 del Tratado Constitutivo de la CEE, como hoy el art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea —TFUE—, establecen que la directiva comunitaria "obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios". Nada se dice, sin embargo, del efecto vinculante que tiene para los Estados la no transposición de ésta en el plazo marcado, o si lo hace de manera insuficiente o defectuosa. Esto último es obra de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a partir de su Sentencia de 4 de diciembre de 1974, *asunto Van Duyn* (núm. 41/74), donde afirmaba en su apartado 12:

"...que sería incompatible con el efecto obligatorio que el artículo 189 otorga a la Directiva excluir, en principio, la posibilidad de que los afectados puedan alegar dicha obligatoriedad; que, en particular, cuando las autoridades comunitarias han impuesto a los Estados miembros, por medio de una Directiva, la obligación de adoptar un comportamiento determinado, el efecto útil de dicho acto quedaría debilitada si se impidiera que los justiciables la invocasen ante los órganos jurisdiccionales nacionales y que estos la tuvieran en cuenta como elemento del Derecho comunitario"; si bien "es preciso examinar en cada caso, si la naturaleza, el sistema general y los términos de la disposición de que se trata pueden producir efectos directos en las relaciones entre los Estados miembros y los particulares".³¹

b) Aunque este Tribunal no se ha pronunciado exactamente sobre el problema concreto que aquí se suscita, el del efecto vinculante de las directivas no transpuestas en plazo que crean derechos mediante disposiciones "incondicionales y suficientemente precisas", sí ha tenido ocasión de declarar en varias ocasiones la adecuación del principio de primacía del derecho comunitario a nuestro ordenamiento

³⁰ DOLZ J.M., «Eficacia jurídica del Derecho Comunitario Europeo para la integración de los tipos penales en blanco del Derecho Español», *Revista Noticias de la Unión Europea*, núm. 112, Mayo 1994, pág. 29 a 52, editorial C.I.S.S. en dicho trabajo el autor expone algunas ideas sobre lo que hoy resuelve la STC 13/2017 de 30 de enero, en lo que se ha dado llamar eficacia vertical directa o «efecto útil». Es decir, que los particulares pueden invocarla frente al Estado incumplidor. Pero es importante resaltar que, sin embargo, el Estado no puede exigir las obligaciones de la Directiva no transpuesta a los particulares, lo que supondría un efecto vertical inverso.

³¹ En esos términos sustanciales, y siempre en relación con el efecto útil de la Directiva en sentido vertical (exigibilidad del particular al Estado, que es la hipótesis que aquí nos concierne), se ha venido consolidando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de entre las que pueden citarse, entre otras, las Sentencias de 26 de febrero de 1986, *asunto Marshall*, núm. 152-84 (apartados 46 a 49); 22 de junio de 1989, *asunto Fratelli Costanzo SpA*, núm. 103/88 (apartados 29 a 31); 1 de junio de 1999, *asunto Kortas*, núm. C-319/97 (apartados 21 a 23); y más recientemente las de 8 de mayo de 2013, *asunto Marinov*, núm. C/142-12 (apartado 37), y 7 de julio de 2016, *asunto Ambisig y AICP*, núm. C-46/15 (apartado 16: *"...según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando el Estado no haya transpuesto una directiva en el Derecho nacional dentro de plazo o la haya transpuesto incorrectamente, los particulares sólo están legitimados para invocar en contra del Estado ante los órganos jurisdiccionales nacionales aquellas disposiciones de la directiva que, desde el punto de vista de su contenido, sean incondicionales y suficientemente precisas"*).

constitucional, con base en el art. 93 CE. Principio de supremacía que se integra no solamente por el conjunto de normas del derecho primario y derivado de la Unión, sino también por la jurisprudencia emanada de la Jurisdicción comunitaria que así lo ha reconocido³².

A este respecto, la STC 61/2013, de 14 de marzo recuerda que si bien el derecho de la Unión Europea, no integra el canon de constitucionalidad, no obstante "tanto los tratados y acuerdos internacionales, como el Derecho comunitario derivado pueden constituir *"valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce"*, valor que se atribuye con fundamento en el art. 10.2 CE a cuyo tenor, y según hemos destacado en otros pronunciamientos [...]; interpretación que no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales" (STC 116/2006, de 24 de abril FJ 5; o STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9).

c) Con arreglo a esta doctrina, no cabe rechazar tampoco la posibilidad de que una Directiva comunitaria que no haya sido transpuesta dentro de plazo por el legislador español, o que lo haya sido de manera insuficiente o defectuosa, pueda ser vinculante en cuanto contenga disposiciones incondicionales y suficientemente precisas en las que se prevean derechos para los ciudadanos, incluyendo aquellos de naturaleza procesal que permitan integrar por vía interpretativa el contenido esencial de los derechos fundamentales al haberse incorporado por vía de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al acervo comunitario.

Así debemos reconocerlo respecto de la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012 desde la fecha en que expiró el plazo para su transposición (2 de junio de 2014), hasta la de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, que llevó a cabo este último cometido. Sin perjuicio de que corresponde a los tribunales ordinarios la interpretación de sus preceptos [con los límites señalados por nuestra doctrina para no incurrir en una alteración del sistema de fuentes, lesiva del art. 24.1 CE; por todas, STC 232/2015, de 5 de noviembre, FFJJ 4 y 5.b) y las que cita], desde nuestra perspectiva de control externo, resulta de la lectura de su art. 7, especialmente de su apartado 1, la consagración del derecho de acceso a los

³² Por todas véase la STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 5: "...el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea forma parte del acervo comunitario incorporado a nuestro ordenamiento en virtud de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas, y su efecto vinculante se remonta a la doctrina iniciada por el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con la Sentencia de 15 de julio de 1964, asunto *Costa contra Enel* (6/64, Rec. pp. 1253 y ss., especialmente pp. 1269 y 1270), habiéndose aceptado la primacía del Derecho de la Unión Europea, en el ámbito competencial que le es propio, por la propia Constitución Española en virtud de su art. 93, como hemos tenido ocasión de recordar en repetidas ocasiones). En nuestras posteriores SSTC 130/1995, de 11 de septiembre FJ 4, 120/1998, de 15 de junio FJ 4, y 58/2004, de 19 de abril, FJ 10, reiteramos el reconocimiento de esa primacía de las normas del ordenamiento comunitario, originario y derivado, sobre el interno, y su efecto directo para los ciudadanos, asumiendo la caracterización que de tal primacía y eficacia había efectuado el Tribunal de Justicia, entre otras, en sus conocidas y ya antiguas Sentencias *Vand Gend en Loos*, de 5 de febrero de 1963, y *Costa contra Enel*, de 15 de julio de 1964, ya citada".

materiales del expediente por la persona que se encuentre detenida y por su abogado, que resulten "fundamentales" para poder impugnar de manera "efectiva" la legalidad de la detención. Y sin perjuicio de respetar las demás disposiciones legales que, como se ha dicho en el fundamento jurídico anterior, letra d), pueden imponer también deberes de confidencialidad de materias y actuaciones. E incluso más recientemente el TJUE ha ido más allá, afirmando que la adaptación del Derecho interno a una directiva debe garantizar efectivamente la plena aplicación de ésta.

El *Informe Proyecto Accessible Letters of Rights in Europe Spain* permite concluir, en primer lugar, que la transposición de la Directiva 2012/13 al ordenamiento jurídico nacional se ha realizado de manera globalmente correcta. En segundo lugar, la investigación documental pone de manifiesto que ni las actas de información de derechos a las personas investigadas y detenidas, ni las instrucciones (del Ministerio del Interior o de las respectivas Consejerías de las Comunidades Autónomas) que regulan las diligencias de información de derechos están disponibles en fuentes oficiales de acceso público. El derecho a la información existe desde antes de ser detenido o investigado en un proceso penal y el conocimiento por parte de la sociedad en su conjunto de los derechos que la ley reconoce ha de ser promovido y facilitado por las autoridades nacionales.

Señala DOLZ³³ respecto de la STC 13/2017, *“no había motivo amparable en la Directiva 2012/13/UE para dilatar esa entrega: ese retraso sólo se contempla por el apartado núm. 3 del art. 7, hasta el momento anterior en que se presenta la acusación ante el tribunal, cuando se trata del derecho de acceso para la defensa ante el órgano judicial, sin perjuicio de que en los casos de detención o privación de libertad del apartado 1, el acceso de los elementos fundamentales para impugnar la medida, la detención no admite dilaciones. En concreto, en este caso, para poder ser consultados con tiempo suficiente para poder asesorar el abogado a los detenidos, antes de su interrogatorio. La negativa sin justificación alguna del Instructor a la entrega del material del que ya disponía, trajo consigo así la vulneración del derecho a la asistencia de letrado (art. 17.3 CE), el cual incluye en su contenido el derecho del detenido y su letrado a acceder a los elementos fundamentales (entonces, art. 7.1 de la Directiva 2012/13/UE) para impugnar su situación privativa de libertad. Al desestimar posteriormente la solicitud de habeas corpus de los recurrentes, pese a partir de la premisa correcta de la aplicación directa de la Directiva tantas veces citada, el Auto de 13 de julio de 2014 dejó de reparar la lesión de aquel derecho fundamental»*.

Finalmente el Informe Declaraciones de Derechos Accesibles en Europa³⁴, Proyecto Accessible Letters of Rights in Europe, 2017 concluye:

³³DOLZ LAGO, M. J. El caso acceso a los atestados policiales por la defensa del detenido. «Eficacia jurídica del Derecho Comunitario Europeo para la integración de los tipos penales en blanco del Derecho Español», revista *Noticias de la Unión Europea*, núm. 112, Mayo 1994, pág. 29 a 52, editorial C.I.S.S., en el que el autor resume el comentario a la sentencia del Tribunal Constituciones 13/2017 de 30 de enero.

³⁴ Informe “Declaraciones de Derechos Accesibles en Europa”³⁴, Proyecto Accessible Letters of Rights in Europe Spain, 2017. Este informe versa sobre España y constituye uno de los cinco informes nacionales desarrollados en el marco del proyecto “*Accessible Letters of Rights in Europe*”. Es el resultado de una investigación que se ha llevado a cabo conforme a una metodología común empleada también por el resto de organizaciones participantes y que ha incluido investigación documental, análisis, cuestionarios

“La investigación documental llevada a cabo en el marco de este Proyecto permite concluir, en primer lugar, que la transposición de la Directiva 2012/13 al ordenamiento jurídico nacional se ha realizado de manera globalmente correcta. En segundo lugar, la investigación documental pone de manifiesto que ni las actas de información de derechos a las personas investigadas y detenidas, ni las instrucciones (del Ministerio del Interior o de las respectivas Consejerías de las Comunidades Autónomas) que regulan las diligencias de información de derechos están disponibles en fuentes oficiales de acceso público. El derecho a la información existe desde antes de ser detenido o investigado en un proceso penal y el conocimiento por parte de la sociedad en su conjunto de los derechos que la ley reconoce ha de ser promovido y facilitado por las autoridades. La investigación empírica realizada en el marco de este Proyecto permite concluir que, aunque la transposición de la Directiva a las normas procesales sea correcta, la práctica de la diligencia de información de derechos no es totalmente conforme a las previsiones de la Directiva y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

En ese sentido debemos optar por buscar soluciones coherentes.

6. ALGUNAS POSIBLES SOLUCIONES

La transposición de la Directiva 2012/13 por la LO 5/15, al ordenamiento jurídico nacional se ha realizado a nuestro modo de ver, de forma defectuosa en lo que se refiere al derecho al acceso al atestado policial. Observamos que el estado de situación actual, según el Informe “Declaraciones de Derechos Accesibles en Europa es el siguiente³⁵ :

1. En primer lugar, no existe un modelo único de acta de información de derechos, ni de las usadas en sede policial, ni de las utilizadas en sede judicial. La existencia de múltiples modelos puede generar divergencias importantes en el grado de detalle y claridad de la información recibida por las personas sospechosas o acusadas, según el lugar del Estado en el que se encuentren, el cuerpo policial que las haya detenido o el juzgado ante el cual se tramita el procedimiento contra ellas.

2. En segundo lugar, y en cuanto al contenido de las actas de información, éstas trasladan literalmente el texto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 118 y 520), están por tanto redactadas en lenguaje jurídico. Así mismo, hay que señalar que el orden en el que se enuncian los derechos en las actas, si bien se corresponde con el orden en que aquéllos vienen recogidos en la Ley de Enjuiciamiento, dificulta la comprensión de los mismos como parte de un proceso lógico y por tanto no facilita su ejercicio. A lo anterior se añade que las actas omiten información relevante para la comprensión del alcance de los derechos y su ejercicio. Así, no se menciona en las actas utilizadas por los distintos cuerpos de policía a las que se ha tenido acceso el derecho de las personas detenidas a entrevistarse con su abogado antes de la declaración en sede policial. En ocasiones no se aclara suficientemente el derecho a

y entrevistas semi-estructuradas con los principales profesionales involucrados en procedimientos penales y con personas detenidas.

³⁵ Informe “Declaraciones de Derechos Accesibles en Europa”³⁵, Proyecto Accessible Letters of Rights in Europe Spain, 2017

que el abogado esté presente e intervenga en otros actos de investigación distintos de la declaración de la persona investigada o detenida. Tampoco se incluye en las actas información concreta respecto de los requisitos para solicitar y obtener el beneficio de la justicia gratuita. Los requisitos y procedimientos para solicitar un “Habeas Corpus” no están tampoco incluidos en las actas.

3. En tercer lugar, se ha comprobado que en la práctica no se está cumpliendo con la exigencia legal de que las personas detenidas puedan mantener en su poder la copia de la declaración de derechos durante todo el tiempo en que están bajo custodia policial. La opción de guardar la copia entre los efectos personales de los detenidos no facilita que puedan consultar la información en cualquier momento, que es precisamente el objetivo que persigue la exigencia incluida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

4. Finalmente, los profesionales que realizan la información de derechos a las personas investigadas o detenidas han de tener en cuenta una serie de factores que inciden en la capacidad de comprensión y adaptar en consecuencia la manera en que realizan esta diligencia.

Las siguientes recomendaciones fueron remitidas al Ministerio del Interior, al Ministerio de Justicia y a la Comisión Nacional de Coordinación de Policía Judicial.

7. CONCLUSIONES

No es fácil resumir en breves líneas una solución de futuro para el problema expuesto en el presente trabajo. Pero concretamos algunas:

Primera.- Acceso público de la información de derechos y las instrucciones. Las actas de información de derechos, tanto las usadas en sede policial como las utilizadas en sede judicial, y las instrucciones del Ministerio del Interior o de las respectivas Consejerías de las Comunidades Autónomas que regulan la diligencia de información de derechos deben estar disponibles en fuentes oficiales de acceso público. Por lo demás, la potenciación de la celeridad perseguida por el procedimiento tiene como una de sus herramientas fundamentales la promoción de las soluciones consensuadas, a través de la denominada conformidad beneficiada. Difícilmente podrán fomentarse las conformidades si se ponen trabas al acceso del Letrado a lo actuado. El respeto escrupuloso y efectivo al derecho de defensa del imputado no ha de ser ajeno al Ministerio Fiscal. Su configuración constitucional como defensor de los derechos de los ciudadanos incluye la protección de los derechos del imputado, y dentro de ellos la salvaguardia del derecho de defensa. Por lo demás, tal derivación es explicitada y recordada por el art. 773 apartado 1º de la LECrim, cuyo párrafo primero encomienda al Fiscal velar por el respeto de las garantías procesales del imputado y cuyo párrafo segundo atribuye al Ministerio Fiscal, de manera especial, la función de impulsar y simplificar su tramitación sin merma del derecho de defensa de las partes y del carácter contradictorio del mismo.

Segunda.- Modelo unificado de actas. Se han de elaborar modelos unificados de actas de información para todos los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y todos los Juzgados de Instrucción, con el fin de evitar divergencias en el grado de detalle y claridad de la información recibida por las personas sospechosas o acusadas

según el lugar del Estado en el que se encuentren, el cuerpo policial que las haya detenido o el juzgado ante el cual se tramite el procedimiento contra ellas.

Tercera.- Lenguaje sin tecnicismos jurídicos El lenguaje utilizado en las actas de información debe ser adaptado, evitando tecnicismos.

Cuarta.- Completar las actas con información de derechos omitida en las actuales Las actas de información utilizadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado deben modificarse para incorporar la entrevista con el abogado previa a la declaración. Las personas detenidas deben ser informadas de que tienen este derecho y por tanto la facultad de exigirle a su abogado esa conversación previa reservada. Si no se les facilita claramente esta información, se estaría dejando a la sola elección de los letrados la posibilidad de entrevistarse con sus defendidos. Así mismo, se debe incluir en las actas más información respecto de, entre otros, las formas y condiciones para obtener el reconocimiento de la justicia gratuita y los requisitos para promover el procedimiento de “Habeas Corpus”.

Quinta.- Incluir explicaciones de los derechos y detalles respecto de su ejercicio. Las actas de información deben incluir, junto con el enunciado de los derechos, una breve explicación del contenido y alcance de éstos, incluidos los detalles necesarios para facilitar su ejercicio.

Sexto.- No hay ningún precepto que de manera expresa prevea la posibilidad de recurrir concretamente la negativa o rechazo a facilitar información por parte de las autoridades competentes. No obstante, serían de aplicación los preceptos legales que podrían fundamentar un recurso basado en una vulneración del derecho de defensa, lo que incluye el acceso a los elementos esenciales. Estos incluyen la posibilidad de interponer un recurso de reforma previo al de apelación contra determinadas resoluciones dictadas por los Juzgados de Instrucción, nulidad de actuaciones en resoluciones frente a las que no cabe recurso y el propio Hábeas Corpus, entendido como una garantía del ciudadano frente a cualquier privación de libertad ilegítima que consagra la Constitución Española en el art. 17. Finalmente, cabe interponer recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional una vez hayan sido agotados todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales dentro de la vía judicial³⁶.

Sería más coherente caminar hacia un vertiente más garantista de la legalidad, entendida ésta como algo restrictivo en cuanto puede entorpecer la instrucción pendiente de realizar de manera que infractor pueda salir impune, o una postura pro derechos de los detenidos de forma que para ver protegidos en su integridad el derecho a la tutela judicial efectiva dicho acceso a la integridad del atestado desde el primer momento que resulte imprescindible³⁷. Es responsabilidad de todos.

³⁶ Véase STC 109/1986 de 24 de septiembre. Vid. GARCIA GALAN SAN MIGUEL M.J., “La información del procedimiento penal en la fase de instrucción”, *El Derecho*, 4.11.2010.

³⁷ La norma de trasposición vuelve a sugerir problemas de ajuste con la norma a trasponer. Estas observaciones críticas, Acceso 23/11/2018 link <file:///G:/CONOCIMIENTO%20DEL%20ATESTADO/Tex-Def-NUEVOS-CONTENIDOS-DERECHO-DE-DEFENSA-DE-LA-PERSONA-INVESTIGADA-Y-ACUSADA-EN-EL-PROCESO-PENAL.pdf>

Por todo ello, salvo supuestos excepcionales como los ya contemplados en nuestra legislación como los actos de terrorismo, delitos violentos, o en lo que se haya decretado el secreto del sumario y siempre aplicando la ponderación *ad casum* y el principio de proporcionalidad, entiendo que el acceso a la integridad del atestado por el letrado debería producirse desde el primer momento de la detención para garantizar su derecho de defensa. Gracias a la normativa comunitaria, el derecho de defensa se ha configurado *ex novo* con un contenido más garantista y encaminado a un sistema de justicia penal más justo y equitativo.

Puede concluirse de lo expuesto que, el TC abona la opción según la cual las limitaciones al derecho de acceso al atestado son excepcionales en la norma europea, por lo que ni la norma nacional -ni su interpretación por la policía o por los tribunales- pueden elevarlas a la categoría de regla general. De modo que sólo cuando concurre riesgo para las personas o para la investigación (art. 7.4 de la Directiva), y no es posible evitar este riesgo de otra manera, puede -conforme al Derecho de la Unión Europea- limitarse el acceso al atestado policial. Los fines de persecución criminal no pueden justificar en todo caso una lesión estructural del derecho a la asistencia letrada eficaz.

En definitiva, ni la inversión de la lógica del sistema (impidiendo que el acceso al atestado sea la regla general) ni hacerlo depender de los tiempos administrativos (para la elaboración del atestado) satisfacen las exigencias de la Directiva, y pretenderlo conlleva el sacrificio de derechos fundamentales básicos para salvaguardar la legalidad del proceso penal. Las recientes sentencias del TC, en consecuencia, han supuesto un hito importante para la aplicación judicial de las normas armonizadoras del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, porque por primera vez se declara su aplicabilidad directa y porque las integra dentro del canon hermenéutico de la constitucionalidad, reconociéndoles una función conformadora de los límites de los derechos fundamentales de la UE. De ahí también la pretensión normativa, de engendrar un marco nuevo que habilite como ejercer estos a través de

Ni el artículo 118 ni el artículo 520, ambos, LECrim al delimitar el estatuto defensivo y las funciones que en el mismo asume el abogado contemplan que este sea, también, titular del derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la legalidad de la detención. Sí se previene, sin embargo, en fase procesal para impugnar la privación de libertad del imputado (sic) jurisdiccionalmente ordenada -vid artículo 505.3 LECrim- y en el supuesto de detención o prisión incomunicada -vid. artículo 527. 1. C)-. Y de nuevo, el desajuste debe superarse atendiendo al alcance más amplio de la norma de la Unión, integrando la laguna de la norma de trasposición en el sentido de que el abogado puede exigir también el acceso personal a los elementos esenciales para impugnar la detención de su defendido en la fase pre procesal. Cualquier otra interpretación con alcance reductor colisionaría no solo con el mandato de incorporación sustancial del derecho de la Unión sino también con el propio contenido del derecho a la asistencia letrada eficaz reconocido en el artículo 24 CE. Por otro lado, la ley guarda un clamoroso y grave silencio sobre las consecuencias que deben derivarse de la ruptura del privilegio. Muy en particular, sobre el propio mantenimiento de la relación defensiva entre el investigado primigenio y su abogado que se convierte, también, en investigado. No parece constitucionalmente aceptable que identificados indicios objetivos de participación criminal del abogado puedan ordenarse diligencias urgentes cuyo objeto sea precisamente la intervención de las comunicaciones también defensivas con su cliente. *Los fines de persecución criminal no pueden justificar en todo caso una lesión estructural del derecho a la asistencia letrada eficaz.* En estos supuestos, debería promoverse un incidente de remoción que, no cabe duda, entraña dificultades, ni escasas ni fáciles, de diseño y de ejecución que solo pueden ser razonablemente abordadas por una intervención precisa del legislador.

la Ley Orgánica del Derecho de la Defensa, cuestión que está planteándose desde distintos foros.

Con estas recientes resoluciones, se debería avanzar, hacia la senda de la interrelación entre los derechos interno y europeo (no siempre fácil), concibiéndolos como una continuidad que dota de sentido pleno al proceso de integración en un área especialmente sensible a las tradiciones jurídicas internas de cualquier país, como es el derecho procesal penal.

8- BIBLIOGRAFÍA

-Nota resumen de la REDUE (Red de Expertos de Derecho de la Unión Europea), autores, DA SILVA J. C., ARIAS RODRIGUEZ J.M. Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia Comunicado nº 5 lunes, 10 de marzo de 2017.

-BARÓN JAQUÉS, Lourdes: “Acceso al atestado policial: expresión del derecho fundamental a la asistencia letrada al detenido”, en el Blog penitenciario de www.abogacia.es, 13 enero 2016.

-DOLZ LAGO, M. J., «Eficacia jurídica del Derecho Comunitario Europeo para la integración de los tipos penales en blanco del Derecho Español», revista *Noticias de la Unión Europea*, núm. 112, Mayo 1994, pág. 29 a 52, editorial C.I.S.S.

-GARCIA GALAN SAN MIGUEL M.J., “La información del procedimiento penal en la fase de instrucción”, *El Derecho*, 4.11.2010.

-GORDILLO ALVAREZ-VALDES I., “El atestado policial”, *Revista de Documentación del Ministerio del Interior* nº 11, págs. 12 y ss. Curso impartido “El atestado. Módulo 2. Curso ICAM. El inicio del proceso penal”. 2017.

-Informe “Declaraciones de Derechos Accesibles en Europa”¹, Proyecto *Accessible Letters of Rights in Europe Spain*, 2017

-JIMENEZ VILLAREJO, F.J., “Armonización de las garantías procesales y derecho a la asistencia letrada en la orden europea de detención y entrega”, *Congreso Internacional sobre las Garantías Procesales para sospechosos e inculpados en los procesos penales en la Unión Europea*, Valladolid, 4-6 octubre 2006.

-MARCHAL ESCALONA, A. Nicolás, « ¿Entrega de copia del atestado al abogado en sede policial? Comentario de la STC de 30 enero de 2017», *Diario LA LEY* nº 8932, de 2 marzo 2017.

-SANCHEZ GARCIA J. M. / VALLEJO ROS C., “El ineludible planteamiento de una imprescindible cuestión prejudicial ante el TJUE para la adecuada interpretación del art. 520. 2 d) de la LECrim y el necesario acceso a las actuaciones contenidas en el atestado policial”, *Revista V Lex*, número 165, febrero 2018.

-SANCHEZ RODRIGUEZ, J.M. “Atestado policial: algo más que una denuncia”, *Noticias Jurídicas*, publicación 01/01 2010

-RAMIREZ ORTIZ L., “Comentario a la STC 730/2014 de 10 de febrero de 2017”. *Jueces Democracia Boletín Jurisprudencia Constitucional*. Lunes 13 marzo 2017

