

Alicia González Navarro, Profesora titular de Derecho procesal de la Universidad de La Laguna,

EXPONE:

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 15.3 del Reglamento de enseñanzas oficiales de máster universitario de la Universidad de La Laguna, **el visto bueno que doy** al trabajo presentado por D^a Romina Martín Moreno bajo el título “Análisis del concepto «elementos esenciales para impugnar la legalidad de la detención» a la luz de la nueva normativa”, **se refiere a los solos efectos administrativos y no**, por lo tanto, **al contenido ni forma del trabajo** presentado, cuya tutorización y calificación ha correspondido, en exclusiva, al tutor externo.

En La Laguna, a 28 de enero de 2019

ULL

Área de Derecho
Procesal

Departamento de Derecho
Internacional, Procesal
y Mercantil



Fdo.: Alicia González Navarro

ANÁLISIS DEL CONCEPTO “ELEMENTOS ESENCIALES PARA IMPUGNAR LA LEGALIDAD DE LA DETENCIÓN” A LA LUZ DE LA NUEVA NORMATIVA.

CALIFICACIÓN: 10

JUSTIFICACIÓN DEL TUTOR:

El trabajo presentado aborda una cuestión jurídica de actualidad y todavía no resuelta por la jurisprudencia como es la aplicación práctica del concepto de *elementos esenciales para impugnar la legalidad de la detención*, introducido en el artículo 520 de la LECrim en su última modificación.

Para ello la alumna realiza un correcto análisis de la legislación europea y nacional de aplicación, la escasa jurisprudencia todavía existente y la novedosa doctrina que trata el tema, identificando y planteando los problemas jurídicos más relevantes de esta cuestión.

El trabajo posee una estructura ordenada en el que los diferentes epígrafes se relacionan unos con otros, utilizándose un lenguaje claro y existiendo coherencia entre el objetivo planteado al inicio del trabajo y su desarrollo.

Finalmente concluye de manera correcta dando respuesta a las dos cuestiones principales que suscita el artículo analizado: si el abogado del detenido tiene derecho de acceso al atestado y qué son elementos esenciales para impugnar la legalidad de la detención.

Por todo ello, considero pertinente darle la puntuación indicada.

NOMBRE
SANTOS
PADRON
MANUEL
FREDDY - NIF
43770863T

Firmado digitalmente
por NOMBRE SANTOS
PADRON MANUEL
FREDDY - NIF
43770863T
Fecha: 2019.01.25
11:26:23 Z

TRABAJO DE FINAL DE MÁSTER
MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACIA DE LA ULL
2018/2019

**ANÁLISIS DEL CONCEPTO “ELEMENTOS ESENCIALES PARA
IMPUGNAR LA LEGALIDAD DE LA DETENCIÓN” A LA LUZ DE LA
NUEVA NORMATIVA**

**ANALISYS OF THE CONCEPT CONCERNING “ THE ESSENTIAL
ELEMENTS IN ORDER TO IMPUNG THE LEGALITY OF THE
DETENTION” IN THE LIGHT OF THE NEW REGULATIONS**

Romina Martín Moreno

Tutorizado por Manuel Freddy Santos Padrón

RESUMEN

Las exigencias de Europa en materia procesal penal para el refuerzo de las garantías de los detenidos en materia penal han dado lugar a que el legislador europeo dictara la Directiva 2012/13/UE. A lo largo de este trabajo estudiaremos la modificación que ha supuesto esta directiva en el artículo 520 de la LECrim, a través de la LO 5/2015 y, más en concreto, nos centraremos en el estudio del concepto “elementos esenciales” para impugnar la legalidad de la detención.

ABSTRACT

Europe demands in criminal procedural matters for the reinforcement of the guarantees of detainees in criminal matters have led to the European legislator dictating Directive 2012/13/UE. Throughout this work we will study the modification that this directive has made in article 520 LECrim and more specifically, we will focus on the concept “ the elements that are essential” in order to impugn the legality of the detention.

ÍNDICE

1.INTRODUCCIÓN.....	5
2. COOPERACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA U.E. EN MATERIAL DE LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS.....	6
3. EL DERECHO DE DEFENSA.....	9
3.1 El derecho de defensa en los distintos instrumentos internacionales.....	10
3.2 El derecho de defensa en relación con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	12
3.3 El derecho de defensa en la Constitución española.....	14
3.4 El derecho de defensa en la normativa española.....	17
4. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 520.....	19
4.1 Cuerpo literal del artículo 520 LECrim antes de la modificación operada por la LO 5/2015 de 27 de abril.....	19
4.2 Modificación del artículo 520 LECrim tras la Directiva 2012/13/UE de 22 de mayo de 2012 relativa al derecho a la información en los procesos penales.....	21
4.3 Alcance de la expresión “elemento esencial” a la luz de lo dispuesto en el artículo 520.2 d) LECrim.....	24
5. CÓMO DEBE ACTUAR EL ABOGADO EN CASO DE DENEGACIÓN DEL ACCESO A LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL ATESTADO POLICIAL.....	32
6. CONCLUSIONES.....	34
7. BIBLIOGRAFÍA.....	38

1. INTRODUCCIÓN

El derecho a la libertad ambulatoria, consagrado en el artículo 17.3 de la Constitución Española, se configura en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho fundamental, y no es más que el derecho que tiene toda persona de desplazarse libremente sin más limitaciones que las impuestas por la Constitución y las leyes, con el objeto de preservar otros derechos o valores igualmente relevantes. Este derecho lo que garantiza a su titular es que no podrá ser privado de libertad de manera arbitraria, lo que supone que no podrá ser detenido sin que concurren las causas legalmente previstas para su detención.

La cifra de detenciones, que se producen en todo el territorio español diariamente por la comisión de cualquier tipo de delito, roza la centena e incluso me atrevería a decir que son miles las detenciones que llevan a cabo los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Sin embargo, paralelamente, ha aumentado, considerablemente, el número de procedimientos de Habeas Corpus, bien por no respetar los plazos máximos de detención previstos en la ley, porque no concurren los supuestos legales de detención, no se han cumplido las formalidades prevenidas y los requisitos exigidos por la ley, porque se trata de personas que se encuentran ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar, o porque han sido privadas de libertad, sin que hayan sido respetados los derechos que la Constitución y las leyes procesales garantizan a toda persona detenida.

A raíz de esta última definición de persona detenida ilegalmente: *“por no haber respetado los derechos que la Constitución y las leyes procesales garantizan a toda persona”*, es que se ha desarrollado el tema de este trabajo, por cuanto que, las exigencias de Europa en materia procesal penal para el refuerzo de las garantías de los derechos de los detenidos en materia penal, han dado lugar a la modificación, entre otros, del artículo 520 de la LECrim, añadiendo como nuevo derecho que le asiste al detenido, el derecho de acceso a los elementos esenciales que sean necesarios para la impugnación de detención. De este modo, dado que este derecho de nueva inclusión, se localiza en una ley procesal que otorga garantías a las personas detenidas, su vulneración daría lugar a la posibilidad de iniciar un procedimiento de Habeas Corpus fundamentado en el apartado d) del artículo primero de la LO 6/1984.

Así pues, el elevado número de detenciones que se producen diariamente en España y el considerable aumento de los procedimientos de Habeas Corpus en conjunción con las exigencias de Europa en relación con el refuerzo de las garantías de los detenidos en

materia penal ha dado lugar a que el objeto de este trabajo gire en torno a la interpretación del contenido del artículo 520.2 d) de la LECrim, tras la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales .

Más concretamente, por un lado, trataremos de precisar los términos en los que debería interpretarse el derecho de acceso al expediente, cuando la persona se encuentra detenida o privada de libertad, a la luz de esa nueva normativa y de la doctrina jurisprudencial aplicable y, por otro lado, explicaremos el enfrentamiento de esta interpretación con la que venía manteniendo hasta ahora la Policía Judicial, en ese mismo supuesto.

2. COOPERACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA U.E. EN MATERIAL DE LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

La interpretación de las referidas directivas de la Unión Europea no puede hacerse sin tener en cuenta las políticas de cooperación policial y judicial en materia penal entre los Estados miembros cuyo inicio se remonta a 1986, cuando se proclama la libre circulación de personas en el ámbito europeo. Es en ese momento cuando los Estados miembros consideraron necesaria la adopción de medidas que salvaguardaran la seguridad de los ciudadanos europeos y combatiesen la internacionalización de la delincuencia organizada.

En 1992 con el Tratado de Masstricht, y tal y como apunta su preámbulo: “*Resueltos a salvar una etapa en el proceso de integración europea...*” se crea de manera oficial la Unión Europea y las formas intergubernamentales de cooperación en la Política Exterior y de la Seguridad Común y la Cooperación de Asuntos de Interior y de Justicia, previéndose la creación de la EUROPOL.¹ El preámbulo de este Tratado ya preveía como finalidad, facilitar la libre circulación de personas garantizando la seguridad y protección de los pueblos que conforman la Unión Europea, a través del establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia.

¹ GONZÁLEZ CANO, M^a I, *Cooperación judicial penal en la Unión Europea. Reflexiones sobre algunos aspectos de la investigación y el enjuiciamiento en el espacio europeo de justicia penal*. Ed. Tirant lo Blanch, 2015, p. 9.

El artículo 3.2 recoge las bases de tales principios cuando manifiesta que será la Unión la que ofrezca a los ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, donde se encuentre garantizada la libre circulación de personas en conjunto con medidas adecuadas de control en las fronteras exteriores, inmigración, asilo, así como medidas de prevención y lucha contra la delincuencia.

Cinco años más tarde, en 1997 con la firma del Tratado de Amsterdam, se vinieron a modificar los anteriores Tratados Europeos y se creó una Unión Europea basada en tres pilares: Las Comunidades Europeas, la Política Exterior y de Seguridad Común y la Cooperación en los ámbitos de justicia y los asuntos de interior. La creación del tercer pilar (Cooperación en los ámbitos de justicia y asuntos de interior) supuso el marco del desarrollo de la cooperación hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

En 1999, el Consejo de Tampere determinó las medidas de fortalecimiento de la EUROPOL², creó la EUROJUST³ y dio paso a diferentes principios de cooperación, entre los que se encontraba el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales. Sin embargo, no fue hasta el año 2004 con el Programa de la Haya que se establecieron diferentes prioridades en orden a consolidar el espacio de libertad, seguridad y justicia, prioridades que giraban en torno a la lucha contra el terrorismo, así como, en la elaboración de un concepto de delincuencia organizada.

Este panorama internacional empezó a evolucionar y cambiar, una vez que se firma el Tratado de Lisboa en el año 2007⁴. Este tratado supuso, en relación a la cooperación judicial y policial, importantes modificaciones y avances respecto a la situación anterior. Al respecto, supuso la supresión del tercer pilar de cooperación judicial y policial y desde ese momento esta materia empieza a regularse en el Título V de dicho Tratado. Además, decidió establecer un procedimiento legislativo ordinario para la adopción de actos jurídicos en materia de cooperación judicial y policial, sometido a mayoría cualificada y codecisión, y en el plano normativo establece la utilización de instrumentos jurídicos de método comunitario como son Reglamentos, Directivas y Decisiones⁵.

² Es la oficina Europea de Policía, órgano encargado de facilitar las operaciones de lucha contra la delincuencia en la Unión Europea.

³ En 2001, el Tratado de Niza configura Eurojust como instrumento destinado a favorecer la cooperación en materia penal entre autoridades judiciales, el impulso de las investigaciones penales en relación con la delincuencia organizada, la comunicación entre autoridades judiciales para desarrollar la asistencia judicial penal.

⁴ Entro en vigor el 1 de diciembre de 2009.

⁵ Recurso obtenido de la ficha de los antecedentes y las principales disposiciones del Tratado de Lisboa: http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_1.1.5.pdf

El Tratado de Lisboa lo que previó fue la unificación de fuentes del derecho, manteniendo la prelación y estructura de la normativa europea, ordenando que la regulación de asuntos de libertad, seguridad y justicia se realicen mediante directivas que son de obligado cumplimiento para los Estados miembros respecto de los fines que se persigan con las mismas, si bien permite que sean las autoridades nacionales de cada país miembro quienes elijan la forma y los medios para la consecución de tales fines.

En definitiva, lo que pretendía este instrumento normativo internacional principalmente era la creación de un clima de confianza recíproca entre Estados, para que las medidas adoptadas puedan ejecutarse con eficacia, para lo cual, se muestra necesaria, la existencia de una armonización de las garantías procesales de los investigados y acusados en procesos penales. De este modo, para la consecución de esta armonización, el legislador europeo dictó varias directivas en dichas materias, como lo son las relativas al derecho a la asistencia letrada, derecho a la información sobre la acusación y derecho a la traducción e intérprete, permitiendo una integración de derechos en el espacio europeo de cooperación.⁶

Expresa mención merece el Programa de Estocolmo de 2009 sobre una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, programa que establece las prioridades de la Unión Europea en relación con el espacio de libertad, seguridad y justicia, y que pretende reforzar aún más este espacio con medidas que garanticen los intereses y necesidades de los ciudadanos europeos, entre las que se encuentra la protección de los derechos de las personas sospechosas y acusadas en procesos penales.⁷ En este contexto, y persiguiendo el objetivo global de garantizar el derecho a un juicio justo, la presunción de inocencia y el resto de derechos que se encuentran regulados en el apartado 2.4 de dicho programa, la Comisión adoptó un plan de acción en junio de 2010.

A través de este plan de acción, además de garantizar los derechos del detenido, se establecieron las prioridades de la Unión Europea para el desarrollo de un espacio de libertad, seguridad y justicia con el objetivo de prepararse para los futuros desafíos tanto a escala europea como global.⁸ Consecuentemente, y con la finalidad de garantizar esos derechos al detenido, se hacía necesario adoptar medidas que garanticen en todos los

⁶ GONZÁLEZ CANO, M^a I, *op cit, nota 1*, p. 10.

⁷ Recurso obtenido de la página web:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:jl0034&from=ES>

⁸ Recurso obtenido de la página web:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:jl0036&from=ES>

Estados miembros de la Unión un nivel mínimo de protección, en cuanto a la garantía de los derechos de los sospechosos y acusados en un procedimiento penal.

Sin embargo, estas garantías previstas en el Programa de Estocolmo de 2009 y en el Título V del Tratado de Lisboa no son más que manifestaciones de derecho positivo de la Unión Europea, que se encuentran consagrados en distintos textos normativos de índole internacional, como son la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

En consecuencia, se puede afirmar que las distintas directivas que se han ido dictando no han sido más que un propósito de avanzar hacia la armonización del derecho procesal de cada estado miembro, convirtiéndose ni más ni menos que en un fin indispensable para garantizar una Europa de la Justicia.

Bajo esta premisa, la Comisión y el Parlamento adoptaron varias disposiciones normativas para el fortalecimiento de las garantías en materia penal, si bien la que nos interesa para el desarrollo de este trabajo es la Directiva 2012/13/UE de 22 de mayo de 2012, relativa a la información en los procesos penales y, más en concreto, a lo largo de los siguientes epígrafes, nos centraremos en el derecho que tiene el abogado de acceder a las actuaciones policiales previas al inicio de un proceso penal, en aras de garantizar el derecho de defensa del detenido, y en el análisis de lo que se ha venido entendiendo como “elemento esencial” en orden a dicha directiva y la normativa española.

3. EL DERECHO DE DEFENSA

Para poder entender el alcance de este trabajo (derecho de acceso a los elementos esenciales de las actuaciones policiales), se hace necesario referirnos al derecho de defensa, en tanto que es, en este contexto, donde cobra importancia. En efecto, el reconocimiento de este derecho garantiza que las partes que intervienen en el mismo estén en condiciones de defender sus respectivas posiciones procesales, donde impera el límite de “no traspasar la indefensión”, límite que debe estar presente en todos los procesos en los que estén en cuestión los derechos del ciudadano ante el ejercicio del poder público.⁹

El derecho de defensa surge como consecuencia de los largos períodos de tiempo, donde reinaban los poderes absolutos, tiranías y anarquías. Es por ello por lo que se ha hecho necesario que se reconozcan unos límites básicos que aseguren que la justicia se

⁹ MARTÍ MINGARRO, L, *Crisis en el derecho de defensa*, Ed. Marcial Pons, 2010, p. 21.

administra respetando las garantías que protegen a todo aquel que se ve inmiscuido en un proceso donde estén en tela de juicio sus derechos y, en concreto, el derecho más preciado de todo ser, la libertad. Por todo ello, el reconocimiento de este derecho, se ha ido implantando en distintos textos normativos, tanto de carácter internacional como nacional y, además, ha sido interpretado y ampliado tanto por los Tribunales europeos como por los Tribunales nacionales.

3.1 El derecho de defensa en los distintos instrumentos internacionales de derecho positivo.

El Convenio Europeo de los Derechos Humanos – en adelante CEDH- quien, considerando por una parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos y, por otra, que la finalidad del Consejo de Europa es realizar una unión más estrecha entre sus miembros, y que uno de los medios para alcanzar esta finalidad es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales- pues así lo afirma su preámbulo- regula y desarrolla este derecho en el artículo 6.3, según el cual, toda persona que ha sido acusada tiene, como mínimo, los derechos que a continuación se enuncian:

- “a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;*
- b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;*
- c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan;*
- d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;*
- e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia”.*¹⁰

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea -en adelante CDFUE- si bien es cierto que dedica un artículo al derecho de defensa, únicamente lo hace de manera

¹⁰ Artículo 6.3 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

enunciativa, pues no se ocupa con posterioridad en su articulado a establecer un contenido del mismo. De este modo, el artículo 48.2 es el que consagra de manera literal el derecho de defensa al establecer que: “*Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa*”.¹¹

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – en adelante PIDCP- comprende en su articulado disposiciones de obligado cumplimiento para los Estados firmantes. En relación con el derecho de defensa, especial mención debe hacerse a su carácter imperativo, pues así se puede interpretar de la literalidad del artículo 14.3 cuando dice: “*toda persona acusada de un delito tendrá...*”.

Sin embargo, esto no es lo único característico de este artículo dado que se debe aludir a las garantías que desarrolla en relación con el derecho de defensa y, además, al reconocimiento de un trato igualitario a las partes en el proceso, que hace en su apartado primero para, con posterioridad, en el apartado tercero, regular de manera expresa el derecho a la defensa y las garantías que le asisten.

De este modo, el precepto literal establece:

“Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

*d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;*¹²

¹¹ Artículo 48.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2010/C 83/02).

¹² Artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”.

Finalmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos -en adelante DUDH-, texto que, junto con los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y sus protocolos, vinieron a conformar la Carta Internacional de Derechos Humanos, contempla igualmente el derecho a la defensa.

El artículo 10 DUDH contempla el derecho de las personas a ser oída públicamente por un tribunal independiente e imparcial, siempre en condiciones de igualdad, cuando sea necesario para la determinación de sus derechos y obligaciones o cuando exista cualquier cargo penal contra ella. Sin embargo, es el artículo 11 el que ahonda en el contenido del derecho de defensa, al pronunciarse en los siguientes términos:

“1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

*2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.*¹³

3.2 El derecho de defensa en relación las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre distintas actuaciones procesales que deben quedar inmiscuidas en el concepto del derecho de defensa.

En primer lugar, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea - en adelante TJUE- sobre los asuntos acumulados 46/87 y 227/88, en el caso *Hoechst/Comisión*¹⁴.

¹³ Artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos

¹⁴ STJUE de septiembre de 1989, as. C-374/87, *Hoechst/Comisión*.

Este caso, a pesar de tratarse de un asunto de derecho administrativo, el TJUE se manifestó entendiendo que el derecho a la representación por un letrado es un derecho fundamental que rige en dicho procedimiento. Si bien, a pesar de que no es un asunto donde se haga referencia al derecho de defensa en relación a un procedimiento penal, se debe entender plenamente extrapolable al caso, por cuanto que, su manifestación e interpretación es lo suficientemente amplia como para entenderlo de este modo.

Así, el TJUE -antes TJCE- en los párrafos 15 y 16 de la resolución estableció lo siguiente: *“Hay que precisar que, si bien es cierto que en esta sentencia este Tribunal observó que el derecho de defensa debe ser respetado en los procedimientos administrativos que pueden dar lugar a una sanción, ha de evitarse, al mismo tiempo, que el mencionado derecho quede irremediabilmente dañado en los procedimientos de investigación previa, (...).*

Por tanto, si bien algunas manifestaciones del derecho de defensa sólo afectan a los procedimientos de naturaleza contradictoria que siguen a una comunicación de los cargos imputados, otras, como el derecho a asesoramiento jurídico y el derecho a la confidencialidad de la correspondencia entre Abogado y cliente (reconocido por este Tribunal en la sentencia de 18 de mayo de 1982, AM & S, 155/79, Rec. 1982, p. 1575), deben ser respetadas ya en la fase de investigación previa”.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos - en adelante TEDH- en el asunto *John Murray contra el Reino Unido*, ha reconocido la vulneración del artículo 6.3 del CEDH a un ciudadano que, tras su detención, se le negó el derecho de asistencia técnica durante cuarenta y ocho horas. Además, en ese lapso de tiempo fue interrogado hasta en doce ocasiones, en ausencia de un abogado que defendiera sus intereses.

Al respecto, el Tribunal consideró que: *“(…) la vista del sistema previsto por la ordenanza, es primordial para los derechos de la defensa que un acusado tenga acceso a un abogado durante la fase inicial de los interrogatorios de policía (...) En esas condiciones, la noción de equidad consagrada por el artículo 6 exige que el acusado tenga el beneficio de la asistencia de un abogado desde los primeros estadios del interrogatorio de policía. Negar el acceso durante las cuarenta y ocho primeras horas de éste, cuando los derechos de la defensa pueden muy bien sufrir un daño irreparable,*

es –sea cual sea la justificación– incompatible con los derechos que el artículo 6 reconoce al acusado (...).¹⁵

3.3 El derecho de defensa en la Constitución Española

La Constitución Española -en adelante CE-, como norma suprema del ordenamiento jurídico español, también se ha encargado de dedicar un artículo al derecho de defensa y sus garantías, en concreto, su artículo 24.

Este artículo, dentro de la estructura de la CE, se enmarca en el Capítulo II “sobre los derechos y libertades” y, en concreto, en la Sección Primera “de los derechos fundamentales y libertades públicas”. Por tanto, el derecho a la defensa, en nuestro ordenamiento jurídico, es considerado como un derecho fundamental y goza de un tratamiento distinto de aquellos derechos que no merecen tal calificativo. De este modo, por el hecho de ser un derecho fundamental, vincula a todos los poderes públicos -*ex art. 53.1 CE*- y, además, gozan de una tutela preferente y sumaria -*ex art. 53.2 CE*-.

No obstante, es importante traer a colación que, además del contenido que se desarrolla en el artículo 24, en relación con el derecho de defensa, nuestra Carta Magna, en un par de artículos antes, hace alusión a algunas manifestaciones de ese derecho, si bien en la etapa pre procesal, entendida como aquella etapa anterior al inicio de las actuaciones ante el órgano jurisdiccional.

En concreto, estas manifestaciones se hacen en relación con los derechos que le asisten al detenido en sede policial y es en el artículo 17.3 CE donde se prevé que cualquier persona que haya sido detenida tendrá que ser informada de manera inmediata, en un lenguaje claro y sencillo, de los derechos que le asisten como detenido, los hechos que han motivado su detención, sin que en ningún momento pueda ser obligada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a declarar, debiendo garantizarle en todo momento la asistencia técnica; esto es, a ser asistido por un letrado para que actúe como garante de sus derechos en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que establezca la ley.¹⁶

Estas garantías manifiestan la verdadera articulación de un derecho de defensa para el detenido, que serán complementadas, además, con lo dispuesto en el artículo 24 que reza del siguiente modo: “*1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de*

¹⁵ STEDH, de 8 de febrero de 1996, demanda núm. 1996/7, *John Murray/ Reino Unido*, Apartado 66.

¹⁶ Artículo 17.3 de la Constitución Española

los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”.

Por otra parte, es destacable hacer referencia al hecho de que el artículo 24 CE se encuentra estructurado desde una vertiente positiva y desde una vertiente negativa. De este modo, por lo que respecta a la vertiente positiva, encontramos el derecho de acceso a la tutela judicial efectiva, es decir, el derecho al libre acceso a los Jueces y Tribunales.

En este sentido, ya el Tribunal Constitucional -en adelante TC- se ha pronunciado en su sentencia núm. 223/2001 señalando que, en efecto, el núcleo del derecho fundamental a la tutela judicial que se proclama en el artículo 24.1 es el acceso a la jurisdicción y, además, se venía pronunciando en este sentido desde la sentencia núm. 37/1995, de 7 febrero.¹⁷ La perspectiva negativa del derecho de defensa se refiere a la prohibición de indefensión entendida en sentido amplio, es decir, prohibiendo cualquier vulneración de cualquier derecho constitucional que pueda estar vinculado por el derecho de defensa y, en este sentido, se ha venido pronunciando entre otras en las sentencias núm.48/1984, 146/2003, 199/2006 y 28/2010.¹⁸

Por su parte, el TC en su sentencia núm. 208/2007 de 24 de septiembre ya estableció que, en relación a los derechos que le asisten al detenido, son los previstos en el artículo 17.3 y en especial el de la asistencia letrada, como garantías del derecho a la libertad que se consagra en el artículo 17.1 CE.¹⁹

Además, en su sentencia núm. 258/2007 de 18 de diciembre, en relación con el derecho de defensa y la idea de indefensión, se pronunció en los mismos términos que en su

¹⁷STC núm. 223/2001, de 5 de noviembre de 2001.

¹⁸ Recurso obtenido de la Página web del Congreso de los diputados:

<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=24&tipo=2>

¹⁹ STC 208/2007 de 24 de septiembre. Recurso de amparo 6320-2005. Promovido por don James Henry Niguel Hutt frente a las Sentencia de la Audiencia Provincial y de un Juzgado de lo Penal de Málaga que le condenaron por delito de falsedad en documento oficial. Supuesta vulneración del derecho a la asistencia letrada y a la prueba: primera declaración ante la policía sin abogado voluntariamente, sin estar detenido, y falta de garantías que no causan indefensión; denegación motivada de comisiones rogatorias sobre la matriculación de vehículos en el Reino Unido.

sentencia núm. 48/1984, de 4 de abril, entendiendo que, la idea de indefensión en un sentido amplio engloba no sólo el derecho de acceso a los tribunales sino, además, a todas las violaciones de derechos constitucionales que se encuentran interrelacionados en el marco del artículo 24. Por su parte, también estableció que el concepto jurídico - constitucional de indefensión, que se regula en dicho artículo, permite y obliga a construir, no teniendo que coincidir plenamente con la figura jurídico-procesal de la indefensión. Así, se pronuncia establecido que “ *La conclusión que hay que sacar de ello es doble: por una parte, que no toda infracción de normas procesales se convierte por sí sola en indefensión jurídico-constitucional y por ende en violación de lo ordenado por el art. 24 de la Constitución ; y, por otra parte, que la calificación de la indefensión con relevancia jurídico-constitucional o con repercusión o trascendencia en el orden constitucional ha de llevarse a cabo con la introducción de factores diferentes del mero respeto —o, a la inversa, de la infracción de las normas procesales y del rigor formal del enjuiciamiento*». ²⁰ Esta sentencia enuncia, entre otras, la sentencia núm. 48/1986 de 23 de abril, que vino a señalar que la indefensión constitucionalmente relevante es aquella que lleva aparejadas consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y ocasiona un perjuicio real y efectivo a los afectados por ella.

Por tanto, el TC en relación con la indefensión ha establecido:” (...) *se viene afirmando de manera continuada la exigencia de la indefensión material no sólo respecto de la vulneración del art. 24.1 CE (...) sino, específicamente, respecto de derechos expresamente reconocidos en el art. 24.2 CE, como los derechos al juez ordinario predeterminado por la Ley y a la imparcialidad judicial, en relación con las incidencias en las composiciones de los órganos judiciales (por todas, STC 215/2005, de 12 de septiembre [RTC 2005, 215] , F. 2), o determinadas garantías contenidas en el derecho a un proceso con todas las garantías, como pueden ser la de contradicción en la práctica de diligencias de entrada y registro domiciliario, respecto de su valor probatorio (...)*”. ²¹

²⁰ STC 258/2007 de 18 de diciembre. Recurso de amparo abogado 2670-2004. Promovido por don "J.A. y otro respecto a las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona y de un Juzgado de Instrucción de Cerdanyola del Vallés que, en causa por delitos de detención ilegal y tortura, les condenaron por una falta de lesiones. Supuesta vulneración de los derechos a la defensa, a la presunción de inocencia, a un proceso con garantías, a la legalidad penal y a la tutela judicial efectiva: omisión de turno de última palabra en juicio de faltas que no causa indefensión material; condena fundada en prueba de cargo, motivada y que subsume la conducta en el precepto penal corrigiendo un error material; sentencia de apelación penal que condena sin necesidad de celebrar vista pública (SSTC 167/2002 y 170/2002) y que resuelve el fondo de la causa sin retrotraer actuaciones para celebrar un nuevo juicio. Votos particulares

²¹ STC 258/2007 de 18 de diciembre. En el recurso de amparo al Pleno núm. 2670-2004. Promovido por don "J.A. y otro respecto a las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona y de un Juzgado de Instrucción de Cerdanyola del Vallés que, en causa por delitos de detención ilegal y tortura, les condenaron por una falta de lesiones. Supuesta vulneración de los derechos a la defensa, a la presunción de inocencia,

3.4 El derecho de defensa en la normativa española

El derecho de defensa en la Ley de Enjuiciamiento Criminal -LECrIm-

El Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal -en adelante LECrIm-, a pesar de ser un texto centenario y haber sufrido múltiples modificaciones desde su entrada en vigor, articula también un sistema normativo donde, como no podría ser de otra manera, se regula el derecho de defensa aunque al igual que en la CE, desde una vertiente pre procesal y procesal, en función de la situación en la que se encuentre el ciudadano.

En primer lugar, el artículo 118 ubicado en el Título V: “Del derecho a la defensa, a la asistencia jurídica gratuita y a la traducción e interpretación en los juicios criminales”, reconoce el derecho de defensa a toda persona a quien se atribuya un hecho punible, por lo que cobrará sentido en la etapa plenamente procesal del procedimiento penal, al preverse exclusivamente para la persona sobre la que pese imputación formal.

Este artículo permite el ejercicio del derecho de defensa a toda persona a la que se le atribuya un hecho punible, si bien, además, permite su intervención en las actuaciones desde que se le comunique la existencia del hecho punible, desde que haya sido detenido o desde que se haya adoptado sobre su persona cualquier otra medida cautelar o, inclusive, si se ha acordado su procesamiento.

Por tanto, cuando esto fuera así, se le instruirá sin demora injustificada de los derechos que le asisten, y en concreto: *a) Derecho a ser informado de los hechos que se le atribuyan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados. Esta información será facilitada con el grado de detalle suficiente para permitir el ejercicio efectivo del derecho de defensa. b) Derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración. c) Derecho a actuar en el proceso penal para ejercer su derecho de defensa de acuerdo con lo dispuesto en la ley. d) Derecho a designar libremente abogado, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 a) del artículo 527. e) Derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita, procedimiento*

a un proceso con garantías, a la legalidad penal y a la tutela judicial efectiva: omisión de turno de última palabra en juicio de faltas que no causa indefensión material; condena fundada en prueba de cargo, motivada y que subsume la conducta en el precepto penal corrigiendo un error material; sentencia de apelación penal que condena sin necesidad de celebrar vista pública (SSTC 167/2002 y 170/2002) y que resuelve el fondo de la causa sin retrotraer actuaciones para celebrar un nuevo juicio.

*para hacerlo y condiciones para obtenerla. f) Derecho a la traducción e interpretación gratuitas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 123 y 127. g) Derecho a guardar silencio y a no prestar declaración si no desea hacerlo, y a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen. h) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.*²²

Cuestión distinta supone la vertiente del derecho de defensa, que se prevé en el artículo 520 del mismo texto legal, situado en el Libro II, Título VI, Capítulo IV, bajo la rúbrica: “Del ejercicio del derecho de defensa, de la asistencia de abogado y del tratamiento de los detenidos y presos”.

Inevitablemente, y desde la localización del precepto en la ley, se desprende que el derecho de defensa que aquí se recoge asiste a las personas detenidas o que han sido objeto de prisión provisional, por lo que cobra plenamente sentido en una etapa pre procesal.

Por tanto, cuando un ciudadano sea detenido le asistirán los derechos previstos en este artículo, que reza del siguiente modo:

“Toda persona detenida o presa será informada por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda y de forma inmediata, de los hechos que se le atribuyan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten y especialmente de los siguientes:

- a) Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el juez.*
- b) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. c) Derecho a designar abogado, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1.a) del artículo 527 y a ser asistido por él sin demora injustificada. En caso de que, debido a la lejanía geográfica no sea posible de inmediato la asistencia de letrado, se facilitará al detenido comunicación telefónica o por videoconferencia con aquél, salvo que dicha comunicación sea imposible. d) Derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad.*
- e) Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, sin demora injustificada, su privación de libertad y el lugar de custodia en que se halle en cada*

²² Artículo 118 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

momento. Los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la oficina consular de su país (...)”

4. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 520 DE LA LECRIM.

Como ya anticipamos al inicio de este documento, el principal objeto del presente trabajo consiste en determinar el alcance de la expresión “elementos esenciales de las actuaciones”, en relación con el derecho de información del abogado del detenido.

4.1 Cuerpo literal del artículo 520 LECrim antes de la modificación operada por la LO 5/2015 de 27 de abril.

El artículo 520 LECrim antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2015 de 27 de abril,²³ regulaba, en su apartado c), el derecho que tenía el detenido a designar abogado y solicitar su presencia para que le asistiera en las diligencias policiales y judiciales en los casos en los que tuviera que declarar, así como, el derecho de intervención en todo reconocimiento de identidad que pudiera sufrir el ciudadano detenido.²⁴

De la literalidad del precepto se desprende que, en caso de detención de un ciudadano, era preceptiva la asistencia técnica en sede policial, así como su presencia en caso de la toma de declaración por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Sin embargo, el mismo precepto deja entrever que en ningún caso tenía el abogado acceso a las actuaciones policiales antes de la toma de declaración del detenido, dificultando y entorpeciendo las labores de defensa por cuanto que, el abogado, no podía tener en ese momento un conocimiento minucioso de los hechos que permitieran articular en ese momento una buena estrategia de defensa.

¿Qué ocurría en esos casos?

Antes de la modificación del artículo 520 de la LECrim operada por la LO 5/2015, la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial, en reuniones celebradas los días 4 de febrero de 1999 y 27 de septiembre de 2004, acordó aprobar, respectivamente,

²³ Ley Orgánica 5/2015 de 27 de abril por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012.

²⁴ Artículo 520.c) LECrim antes de la entrada en vigor de la LO 5/2015 de 27 de abril: *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.*

los "*Criterios generales para la práctica de diligencias por la Policía Judicial*" y los específicos "*para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas*".

La posibilidad de que la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial dictara estos Criterios generales trae causa del artículo 36 del RD 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial el cual asigna, entre otras, la competencia de intervenir en las actuaciones jurisdiccionales, de acuerdo al principio de independencia judicial, con el objetivo de unificar criterios o resolver incidencias que entorpecieran el óptimo funcionamiento de la Policía Judicial o de cualquier otro que pudiera surgir en las relaciones entre la Autoridad Judicial o Fiscal y la Policía Judicial.

En este sentido, y acorde con el modelo de diligencia de detención e información de derechos al detenido que se adjunta en ese acuerdo, el miembro de la Policía Judicial que llevase a cabo la detención tenía que reflejar en el atestado policial lo siguiente: el lugar y la hora de detención y los indicios racionales (hechos) tenidos en cuenta para la detención.²⁵

Con posterioridad, el Comité Técnico de Policía Judicial, en su sesión de trabajo del 24 de febrero de 2016, acordó la publicación de las "*Orientaciones para la Práctica de Diligencias por la Policía Judicial*", que estuvieron en vigor hasta el 3 de abril de 2017, fecha en la que la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial aprobó el Manual "*Criterios para la práctica de diligencias por la policía judicial*".

Este manual, en relación a las prevenciones sobre la detención e información de derechos y, en concreto, en prevenciones sobre las diligencias que en el atestado deberían reflejarse, estableció que, en efecto, en el atestado policial debía figurar: el lugar, la hora de la detención, así como la hora a la que pasó el detenido a disposición judicial o, en su caso, se puso en libertad.²⁶ Sin embargo, en la práctica forense anterior a la reforma sólo se entregaba copia del atestado al letrado del detenido en sede judicial, incluyéndose específicamente como una obligación del Juzgado una vez incoadas las diligencias urgentes,²⁷ por lo que el abogado no tenía información alguna, en sede policial, de los datos que habían sido recogidos en el atestado, permitiéndole únicamente entrevistarse

²⁵ Comisión nacional de coordinación de la Policía Judicial. *Criterios para la Práctica de Diligencias por la Policía Judicial*, 2004, p. 44.

²⁶ Comisión nacional de coordinación de la policía judicial. *Criterios para la Práctica de Diligencias por la Policía Judicial*, 2016, apartado e). p. 34.

²⁷ ARAGONÉS SEIJO, S, *El acceso al atestado policial por el detenido: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 13/2017, de 30 de enero de 2017*, Diario La Ley, Nº 8954, Sección Tribuna, 4 de abril de 2017, Editorial Wolters Kluwer, p. 3.

reservadamente con el detenido antes de la declaración policial, conforme al artículo 520.6 d) LECrim.

Todo ello conllevaba que, como el abogado no podía armar en ese momento una estrategia que garantizara el derecho de defensa de su patrocinado, la práctica habitual fuera recomendar al detenido que no declarara en sede policial, declinando la declaración a la sede judicial, con el propósito de evitar contradicciones entre ambas declaraciones.

4.2 Modificación del artículo 520 LECrim tras la Directiva 2012/13/UE de 22 de mayo de 2012 relativa al derecho a la información en los procesos penales.

Las disposiciones de esta Directiva se incorporaron a nuestro ordenamiento jurídico el 28 de octubre de 2015, conforme a la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 5/2015 de 27 de abril por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que transpuso la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales –en adelante LO 5/2015-.

Resulta interesante destacar el incumplimiento de la normativa europea por parte del legislador español, toda vez que esta transposición ha sido un año y medio después de la obligación que se estableció en el artículo 11 de la propia Directiva, que dio como margen a los Estados miembros para transponerla hasta el 2 de junio de 2014.

A la hora de dilucidar si a los hechos ocurridos con anterioridad a que la LO 5/2015 entrara en vigor le eran de aplicación las disposiciones de la directiva, el TC en su sentencia núm. 13/2017, de 30 de enero, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el principio de supremacía del derecho comunitario, reconocido en el artículo 93 CE. Al respecto, citó por todas la STC núm. 145/2012, de 2 de julio, FJ 5, donde ya se había pronunciado y afirmado que, el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea forma parte del acervo comunitario incorporado a nuestro ordenamiento en virtud de LO 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 del TJCE con la Sentencia de 15 de julio de 1964 asunto Costa contra Enel (6/64m Rec. Pp. 1253 y ss).

El TC, en este pronunciamiento, entiende la primacía del Derecho Comunitario como una técnica o principio normativo destinado a asegurar su efectividad. Además, en varios pronunciamientos ha reiterado el reconocimiento de esa primacía de las normas del

ordenamiento comunitario, tanto derivado como originario, sobre el interno y su efecto directo para los ciudadanos, asumiendo la caracterización que de tal primacía y eficacia había efectuado el TJCE en sus antiguas sentencias.

De igual modo, en la STC núm. 61/2013, de 14 de marzo, se pronunció en el siguiente sentido:

“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)»”.

Ha afirmado el Tribunal que no se puede rechazar la posibilidad de que una directiva comunitaria, que no haya sido transpuesta dentro de plazo o que lo haya sido insuficientemente o defectuosa, pueda ser vinculante en cuanto albergue disposiciones incondicionales y suficientemente precisas que prevean derechos para los ciudadanos, incluyendo aquellos cuya naturaleza es procesal y que permiten integrar, por vía interpretativa, el contenido esencial de los derechos fundamentales, al haberse incorporado por la vía jurisprudencial del TJUE en el acervo comunitario.²⁸

Por lo que cabe concluir que, efectivamente, una vez transcurrido el plazo de transposición de la directiva, sin que los estados miembros hayan adecuado su normativa nacional a los postulados de la misma, en virtud del efecto directo de la normativa europea las disposiciones de la misma, serán de aplicación al caso.

Entrando en la trascendencia que ha supuesto esta Directiva en el ordenamiento jurídico español y en lo que a este trabajo respecta, la exposición de motivos de la LO 5/2015

²⁸ STC 13/2017 de 30 de enero. Recurso de amparo 7301-2014. Promovido por don Ramón Mendoza Jiménez y doña Geanina Schein en relación con el Auto de un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Illescas desestimatorio de su solicitud de habeas corpus. Vulneración de los derechos a la libertad personal y a la asistencia letrada: negativa del funcionario instructor a proporcionar copia del atestado policial que hiciera posible la impugnación de la detención del solicitante.

estableció que la modificación parcial de la LECrim, a raíz de la transposición de la directiva, tiene como finalidad el refuerzo de las garantías del proceso penal mediante una regulación detallada, por una parte, del derecho a la traducción e interpretación y, por otra parte, del derecho que le asiste al imputado a ser informado sobre el objeto del proceso penal, de modo que permita un eficaz ejercicio del derecho de defensa.

Si bien es cierto que el derecho a la información de detenidos o presos ya se encontraba previsto en el artículo 520 LECrim, y que este precepto ya recogía la mayor parte de los derechos a los que hace referencia la directiva, se consideró necesario completar el catálogo para adaptarlo a los postulados de la normativa europea. Es por ello por lo que se incluyó como un nuevo derecho de asistencia al detenido el derecho de acceso a las actuaciones que le sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad, incorporándose exactamente en la letra d) del segundo apartado del artículo 520 de la LECrim.

Esta inclusión responde a dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 7 de la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo, que viene a regular tal cuestión, estableciendo que, cuando una persona que haya sido objeto de detención o privación de libertad en cualquier fase del proceso penal, los Estados miembros de la UE tendrán que garantizar la entrega a la persona detenida o a su abogado, los documentos relacionados con el expediente específico que se encuentren en poder de la autoridad competente y que tengan la consideración de fundamentales para impugnar la legalidad de detención o privación de libertad, conforme a la legislación nacional y de un modo efectivo.

No obstante, este derecho del detenido o su abogado no es un derecho absoluto, pues esta fue la voluntad del legislador europeo cuando, en el apartado cuarto del mismo artículo prevé la posibilidad de denegar el acceso a determinados materiales, estableciendo, por tanto, una limitación al mismo, cuando concurriera alguna de las causas que se enuncian a continuación:

- 1. pueda dar lugar a una amenaza grave para la vida o los derechos fundamentales de otra persona*
- 2. 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*

3. cuando se pueda menoscabar gravemente la seguridad nacional del Estado miembro en el que tiene lugar el proceso penal.

Haciendo una lectura sistemática del contenido del artículo 7 se desprende que, en primer lugar, y en atención a lo dispuesto en el primer apartado del citado artículo, cuando una persona se encuentre detenida o privada de libertad tendrá derecho a que se pongan a su disposición los documentos relacionados con el expediente que obren en poder de las autoridades competentes, para que su abogado pueda impugnar de manera eficaz la detención, sin que, para este derecho, exista limitación alguna.

No obstante, establece el apartado cuarto que se puede negar el acceso a determinados materiales a aquellas personas que, siendo sospechosas, no se encuentren detenidas o privadas de libertad, siempre que exista un riesgo de perjudicar una investigación en curso o pueda menoscabarse gravemente la seguridad nacional del Estado miembro en el que se desarrolla el proceso penal, cuando se pueda 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 importante²⁹, por lo que a la luz de este precepto, efectivamente el derecho de acceso no es absoluto sino que tiene limitaciones.

4.3 Alcance de la expresión “elemento esencial” a la luz de lo dispuesto en el artículo 520.2 d) LECrim.

De lo anterior se desprende que el abogado no tiene acceso a todo el contenido de las actuaciones policiales previas al inicio del proceso penal, sino únicamente a aquellas que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención. Por tanto, cabe plantearse qué es considerado elemento esencial.

Este concepto no ha sido objeto de transposición por el legislador español en la LO 5/2015, tampoco el artículo 7 de la Directiva 2012/13/UE especifica cuáles son los materiales a los que puede acceder el detenido o su abogado, si bien pueden resultar ilustrativo el considerando número treinta de la citada Directiva que da una definición de lo que puede ser considerado como elemento esencial, pronunciándose del siguiente modo: *“Los documentos y, si procede, fotografías y grabaciones de sonido o de vídeo,*

²⁹GOMEZ JARA DIEZ, C, *Secreto de sumario, prisión provisional y derecho de acceso al expediente: a propósito del auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de abril de 2016 y otros desarrollos recientes*, Diario LA LEY, nº 8930, de 27 de febrero de 2017, N° 8930, 27 de feb. de 2017, Editorial Wolters Kluwer.

que resulten fundamentales para impugnar de forma efectiva la legalidad de la detención o privación de libertad de una persona sospechosa o acusada, con arreglo a la legislación nacional (...)”³⁰. Por tanto, a la luz de lo previsto en el citado, considerando se desprende que queda totalmente excluida la posibilidad de proporcionar al abogado del detenido meras informaciones orales.

En nuestra legislación nacional no hay un concepto de “elemento esencial”, pues nuestro legislador a la hora de transponer la Directiva no se ocupó de dedicar, ni siquiera, un artículo que definiera qué debe considerarse como tal.

Sin embargo, la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial ya desde el año 2016 con la publicación de las “*Orientaciones para la Práctica de Diligencias por la Policía Judicial*”, y con la posterior aprobación el 3 de abril de 2017 del Manual de Criterios para la práctica de Diligencias por la Policía Judicial, con el afán de dar sentido a la dicción literal del artículo 520.2 d) de la LECrim, cuando establece “acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales...” vino a considerar por tal concepto, obviando el considerando número treinta de la Directiva y, haciendo una interpretación muy restrictiva de este concepto, los siguientes:

1. *Lugar, fecha y hora de la detención*
2. *Lugar, fecha y hora de la comisión del delito*
3. *Identificación del hecho delictivo que motiva la detención y breve resumen de los hechos*
4. *Indicios de los que se deduce la participación del detenido en el hecho delictivo, referenciados genéricamente. Ejemplo: reconocimiento por diversas personas, pero sin especificar quienes lo han reconocido; manifestación o declaración de víctimas sin especificar las mismas; declaración de testigos sin especificar quienes son los testigos; huellas dactilares, etc.*³¹

El concepto de elemento esencial, que ofrece la Comisión Nacional de Coordinación interpreta de manera muy restrictiva el artículo 520.2 d) de la LECrim y obvia, a su vez, lo dispuesto en el artículo 118.b) del mismo texto legal, artículo que recoge los derechos de las personas sobre las que ya pesa una imputación formal y que permite examinar las

³⁰ Considerando núm. 30 de la Directiva 2012/13/UE relativa al derecho a la información en los procesos penales.

³¹ Comisión nacional de Coordinación de la Policía Judicial. *Criterios para la Práctica de Diligencias por la Policía Judicial*, 2017, p. 44.

actuaciones policiales con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa, por lo que en ningún caso parece razonable que el artículo 520.2 d) deba interpretarse aisladamente ni de forma restrictiva, sino a la luz de lo dispuesto en el artículo 118.1 b)³², aunque no debemos olvidar que este concepto fue delimitado antes de que el TC se pronunciara al respecto.

No obstante, la Comisión Nacional de Coordinación no fue la única que se aventuró en determinar que se entiende por este concepto, ya que la Guardia Civil en el informe sobre el asunto “Comunicación de los Elementos Esenciales al detenido y/o su Letrado “ de 2 de abril de 2018, con el objetivo de adaptar los “Criterios para la práctica de Diligencias por la Policía Judicial” de 2017 y a la luz de la reciente STC núm. 21/2018, de 5 de marzo, ha establecido que, conforme a esta nueva normativa la actuación policial, con ocasión de la detención de una persona por la comisión de un hecho delictivo, ha de continuar guiándose por los criterios establecidos en el año 2017, si bien manifiesta que el acceso está limitado a los elementos del episodio delictivo que se recogen en el atestado y que sean necesarios para impugnar la detención. El mando de información, investigación y ciberdelincuencia de la jefatura de policía judicial, ha establecido que todo ello se debe modular y ajustarse, como no puede ser de otra manera, a la reciente doctrina constitucional, aunque afirma que la delimitación de los elementos esenciales, que debe conocer el detenido o su letrado, se conforman casuísticamente.

En este sentido, para dar respuesta a qué debe entenderse como elemento esencial, plasma la conjunción de lo que se ha entendido como elemento esencial en los “Criterios de la Comisión Nacional de Policía Judicial en 2017” junto con los expuestos en la reciente doctrina del TC en 2018 concluyendo que será elemento esencial:

“-Documentación de testimonios inculpativos: manifestación/declaración de víctimas o testigos, sin especificar la identidad de los mismos;

-Reconocimiento por diversas personas, sin especificar quienes lo han reconocido;

Otros reconocimientos, por fotografías y/o grabaciones de imagen, sonido.

-Indicios inculpativos: huella (dactilar, palmar, calzado ...), resto/vestigio biológico (saliva, sangre, semen).

-Documentación que describa el resultado de actuaciones judiciales o policiales (inspección ocular, informes periciales, registros: lugares, inmuebles, vehículos ...)”

³² BARÓN JAQUES, L, *Acceso al atestado policial: expresión del derecho fundamental a la asistencia letrada al detenido*. Recurso obtenido de la página web: <https://www.abogacia.es/2016/01/13/acceso-al-atestado-policial-expresion-del-derecho-fundamental-a-la-asistencia-letrada-al-detenido/>

Finalmente, este informe deja claro que todo ello se tiene que tomar en consideración con la limitación básica de denegar el acceso a los elementos del atestado donde se recoja información sobre terceras personas no detenidas o sobre la línea de investigación, cuyo conocimiento por los posibles implicados pondría en peligro la operación policial.³³

En relación con el concepto de elemento esencial para impugnar la legalidad de la detención, y con las consecuencias que arroja la denegación de acceso a esos elementos esenciales, resulta imprescindible aludir a los recientes pronunciamientos jurisprudenciales de nuestro TC en esta materia, en concreto, la STC 13/2017, de 30 de enero y la STC 21/2018, de 5 de marzo.

En este sentido, y partiendo de la situación de denegación de acceso a los elementos esenciales que conforman el atestado policial, conviene preguntarse si el abogado sólo tiene acceso a los elementos que sean esenciales para la impugnación de la detención o a la totalidad del expediente policial. El TC en su sentencia núm. 13/2017, de 30 de enero, se pronunció entendiendo que la denegación del acceso a los elementos, que conforman el atestado, supone una vulneración del derecho de defensa por cuanto que, a la luz del caso arrojado en dicha resolución, el auto del juez de instrucción se limitó a señalar que el acceso al expediente no era posible, ello dado que la Policía Judicial aún se encontraba practicando diligencias que no habían finalizado alegando, consecuentemente, la inexistencia de expediente y que, por tanto, no era de aplicación lo dispuesto en el artículo 7 de la Directiva 2012/13/UE.

Al respecto, afirma el tribunal que si la detención se desencadenó a resultas de un operativo policial contra personas identificadas por la comisión de varios delitos en distintas localidades, al menos debían existir, bajo algún soporte, ya sea papel o informático, las denuncias de dichos delitos, la documentación de los registros que se llevaron a cabo en el momento de la detención, afirmando que su entrega al abogado de los detenidos no parecía problemática por no conllevar una amenaza para la vida o derechos fundamentales de otra persona, ni que hubieran razones de interés público que pudieran justificar su no entrega.

³³ Informe de la Guardia Civil, *Comunicación de los “Elementos Esenciales” al detenido y/o su Letrado*, 2 de abril de 2018, pp. 1-6.

En cualquier caso, sigue afirmando el tribunal que no había motivo amparable en la Directiva 2012/13/UE para dilatar la entrega de tales documentos y afirma: *“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 (RCL 1978, 2836)), 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”*.

En este sentido, a pesar de que de la dicción literal del artículo 7.1 de la Directiva se sobreentienda que el detenido o su abogado sólo tienen acceso a los elementos esenciales para impugnar la legalidad de la detención, no parece, tras esta resolución de nuestro TC, que esa sea la interpretación que de la directiva realiza, por cuanto que en el caso de autos finalmente otorga el amparo a dos detenidos por la denegación de acceso a su abogado de oficio a la totalidad del expediente policial.

Inevitablemente, tras determinar, a priori, que, conforme al pronunciamiento jurisprudencial del TC, el abogado debería tener acceso a todo el expediente policial, se hace necesario determinar qué ha sido considerado por el TC como elemento esencial y, para ello, resulta fundamental referirnos a su sentencia núm. 21/2018 de 5 de marzo, que trae causa de la denegación de un procedimiento de Habeas Corpus contra el que se interpuso un recurso de amparo por vulneración del derecho de defensa.³⁴

En relación con la información a proporcionar al detenido, en aras de garantizar su derecho de defensa, el TC ha manifestado que, desde el momento en el que el detenido es informado, para contrastar la veracidad de lo que le ha comunicado la policía y la suficiencia de esos datos para poder impugnar la legalidad de la detención, puede solicitar el acceso a la parte de las actuaciones que recoja o documente las razones por las que se le ha privado de libertad. No obstante, afirma el tribunal, la determinación de cuáles son elementos esenciales responde a la casuística y a los diferentes motivos que han justificado la detención. Sin embargo, a modo de ejemplo expone que pueden ser

³⁴ STC 21/2018, de 5 de marzo. Recurso de amparo 3766-2016. Promovido por don Wander Suero en relación con el auto de un Juzgado de Instrucción de Madrid denegando la incoación de habeas corpus. Vulneración del derecho a la libertad personal: ausencia de información suficiente sobre las razones de la detención y denegación del acceso a los elementos de las actuaciones policiales esenciales para valorar su legalidad

elementos esenciales: (...) *la propia denuncia de los hechos, cuando incorpora imputaciones de parte que incriminan al detenido; o la documentación de testimonios incriminatorios, 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 (RTC 2017, 13) , 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”.*

El tribunal ha concluido que, en efecto, le corresponde a los agentes estatales, responsables de la detención, informar al detenido por escrito, de manera inmediata y comprensible, no solo de los derechos que durante la detención le correspondan, sino también de los hechos que se le atribuyen y las razones objetivas sobre las que se fundamenta su privación de libertad; y, cuando el detenido lo solicite, deben también proporcionarle acceso a aquellos documentos o elementos de las actuaciones en los que se apoye materialmente la decisión cautelar.

No obstante, el tribunal en su FJ6, destaca varios aspectos en relación con el derecho a la información sobre los hechos y las razones que han motivado su detención, derecho que ha sido desarrollado por el artículo 520.2 LECrim, estableciendo lo siguiente:

- a) debe ejercerse después de ser informado sobre las razones fácticas y jurídicas de la detención y antes del primer interrogatorio policial.
- b) es al detenido a quien corresponde instar el ejercicio de su derecho, solicitando justificadamente los elementos de las actuaciones a los que quiere acceder
- c) en cuanto a la forma, “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”.

A estos efectos, resulta relevante traer a colación la Circular 3/2018, sobre el derecho de información de los investigados en los procesos penales, emitida por la Fiscalía General

del Estado el 1 de junio de 2018, que ha venido a establecer que, si bien es cierto que el abogado no tiene acceso a la totalidad del atestado policial, deberá facilitarse el acceso a los documentos que tiendan a justificar la legalidad de la detención y, en particular, los referidos a la condición de quienes la hayan practicado, la fecha, hora y lugar de la detención, flagrancia de los hechos, así como a todos aquellos documentos de las actuaciones que se reflejen aspectos que se refieran o afecten a los derechos que reconoce el artículo 520 de la LECrim (lectura de derechos, aviso a letrado, aviso a familiar, reconocimiento médico forense, asistencia de intérprete, etc.) Sin embargo, afirma esta Circular, aquellos extremos de las actuaciones o en particular del atestado que puedan referirse a otros aspectos, que no guarden relación directa con la detención, no integrarán el derecho de información del detenido, justificando que pueda ser denegada la entrega al atestado policial en su integridad.³⁵

En todo caso, y en relación con lo que se ha venido exponiendo hasta ahora, no debe olvidarse que hay que ponderar el derecho de acceso a los elementos esenciales que tiene el detenido con otros intereses que también deben ser protegidos en el curso de un proceso penal, como la protección a las víctimas y testigos en los casos en que resulte necesario. De este modo, el considerando número treinta y tres establece que “el derecho de acceso a los materiales del expediente se entiende sin perjuicio de las disposiciones de las legislaciones nacionales relativas a la protección de los datos personales y el paradero de testigos protegidos”³⁶

En busca de la aplicabilidad práctica de las disposiciones de esta normativa, he tenido la oportunidad de reunirme con el Jefe del grupo Operativo B del Cuerpo de la Policía Local de San Cristóbal de la Laguna con la finalidad de subsumir la letra de la normativa en hechos concretos, para lo cual, me facilitó un acta de información de derechos del detenido³⁷ por su participación en un supuesto hecho delictivo de su comisaría, acta que utilizan los miembros del Cuerpo de Policía Local de San Cristóbal de La Laguna en caso de detenciones dentro del territorio donde ejercen su jurisdicción.

³⁵ Circular 3/2018, sobre el derecho de información de los investigados en los procesos penales emitida por la Fiscalía General del Estado, p.21.

³⁶ Considerando núm. 30 de la Directiva 2012/13/UE relativa al derecho a la información en los procesos penales.

³⁷ Atestado policial

ARTÍCULO 520-2º DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL:

- Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el Juez.
- Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.
- Derecho a designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e Intervenga en las diligencias de reconocimiento en rueda de que sea objeto. Si el detenido o preso no designara Abogado, se procederá a la designación de oficio.
- Derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad. (ACTAS DE VERIFICACIÓN, COPIA DE DOCUMENTO PÚBLICO ETC.)
- Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, sin demora justificada, el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. Los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la Oficina Consular de su país.
- Derecho a comunicarse telefónicamente, sin demora injustificada, con un tercero de su elección. Esta comunicación se celebrará en presencia de un funcionario de policía o, en su caso, del funcionario que designe el Juez o Fiscal.
- Derecho a ser visitado por las Autoridades Consulares de su País, a comunicarse y mantener correspondencia con ellas.
- Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano o la lengua oficial de la actuación de que se trate, o de personas sordas o con discapacidad auditiva, así como de otras personas con dificultades del lenguaje.
- Derecho a ser reconocido por el médico forense o su sustituto legal y, en su defecto, por el de la institución en que se encuentre, o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas.
- Derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita, procedimiento para hacerla y condiciones para obtenerla.
- Derecho a ser expresamente informado acerca del plazo máximo legal de la duración de la detención hasta la puesta a disposición de la Autoridad Judicial, que será en el tiempo mínimo imprescindible para la realización de las actuaciones legales necesarias, con un máximo de 72 horas; así como del derecho a solicitar el "HABEAS CORPUS" como procedimiento por medio del cual puede impugnar la legalidad de su detención.
- Derecho a que se le comuniquen los elementos esenciales de las actuaciones para impugnar la legalidad de la detención.

5. No obstante, el detenido o preso podrá renunciar a la preceptiva asistencia de Abogado si su detención lo fuere por hechos susceptibles de ser tipificados exclusivamente como delitos contra la seguridad del tráfico, siempre que se le haya facilitado información clara y suficiente en un lenguaje sencillo y comprensible sobre el contenido de dicho derecho y las consecuencias de la renuncia. El detenido podrá revocar su renuncia en cualquier momento.

POLICIA LOCAL DE SAN CRISTÓBAL DE LA LAGUNA- Tfno.- 649537119-Fax 922601166-
Calle Consistorio nº6- San Cristóbal de la Laguna- SANTA CRUZ DE TENERIFE-ESPAÑA

Como podemos observar, el acta de información de derechos del detenido que utiliza el cuerpo de Policía Local de San Cristóbal de La Laguna da pleno cumplimiento a las garantías previstas en la normativa que se ha venido tratando a lo largo de este trabajo, pues informa en un lenguaje claro y sencillo, y de manera escrita, los derechos que le asisten a cualquier persona que ha sido objeto de privación de libertad y que se encuentran reglados en el artículo 520 de la LECrim.

Sin embargo, a lo largo de este encuentro, el inspector me informó que en su comisaría no se limitan únicamente a informar, como bien exige la ley, de los derechos al detenido, sino que, en cumplimiento de la Directiva 2012/13/UE, el atestado recoge un apartado específico que referencia, a través del sistema de casillas, aquellos elementos que deba conocer y además tener acceso el abogado para impugnar la legalidad de la detención, pues recordemos que, las meras informaciones verbales u orales al letrado del detenido no son suficientes para dar cumplimiento a la normativa.

Indicios de los que se deduce la participación del detenido en el hecho delictivo

Existe identificación por testigos Declaración de víctima/as Declaración de Testigo/os y /o Policía/as
 Huellas dactilares Contenido de la requisitoria Contenido de la Orden Europea de detención
 Contenido de la Orden Internacional de Detención Resultado de Test de Alcoholemia/o Drogas.
 Resultado de analítica de Sangre Resultado Analítico de muestras o sustancias incautadas
 Resultado del Cinemómetro Prueba Pericial Grabación videográfica sin voz Fotografías
 OTROS INDICIOS:

Por tratarse de una persona **MENOR DE EDAD**, se procede a dar aviso a representante legal, Don/ña. _____, con número de teléfono _____, dirección.- _____ con la cual mantiene vínculo de PADRE MADRE TUTOR REPRESENTANTE LEGAL. Y al Ministerio Fiscal.

Que una vez leída POR SI POR EL INSTRUCTOR, la presente el/la detenido/a en prueba de **CONFORMIDAD** **DISCONFORMIDAD** con lo expresado SI PROCEDE A LA FIRMA NO PROCEDE A SU FIRMA; de lo cual como Secretario/ria, habilitado/da **CERTIFICO**.

El/La Instructor/a El/La detenido/a El/La Secretario/a

En el desarrollo de este encuentro, también he podido ser conocedora de que esta comisaría es la que ha venido cumpliendo, de manera pionera, las disposiciones de la Directiva 2012/13/UE, incluyendo en su atestado un apartado específico, sobre los indicios de los que se deduce la participación del detenido en el hecho delictivo y facilitando los elementos necesarios al abogado del detenido para impugnar la legalidad de la detención.

5. CÓMO DEBE ACTUAR EL ABOGADO EN CASO DE DENEGACIÓN DEL ACCESO A LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL ATESTADO POLICIAL.

Como ya anticipamos, el legislador nacional no se ha ocupado de definir qué es elemento esencial de las actuaciones policiales y, a pesar de las definiciones que ha ido vaticinando la jurisprudencia del TC, muchas comisarías en España hacen una interpretación muy restrictiva del artículo 520.2 d) LECrim.

En la práctica policial parece que no se está permitiendo el acceso directo a las diligencias policiales que obran en actuaciones, en el momento en el que el detenido pretende impugnar la legalidad de su detención, pues, en su lugar, se le proporciona al detenido un formulario en el que, mediante el sistema de casillas, se le informa del momento, lugar y motivos de la detención con un breve resumen de los hechos que se le atribuyen y denegando el acceso a documentos, fotos, videos, declaraciones de terceros etc.

¿Qué debe hacer el abogado en una situación en la que se le denieguen los elementos esenciales del atestado policial?

Al respecto, resulta ilustrativo el Decálogo de buenas prácticas ante la asistencia letrada a detenidos de conformidad con la normativa europea y nacional del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, aprobado por la Junta de Gobierno del ICAM en octubre de 2014, en orden a adecuarlo a las Directivas derivadas del Programa de Estocolmo con la finalidad de que sirviera como texto de criterios orientativos a los letrados en el ejercicio de los derechos a los detenidos ante la falta de transposición de las mismas. No obstante, dado que el legislador se ocupó de transponer la directiva en 2015, a través de la LO 5/2015, de 27 de abril, este Decálogo también fue actualizado.

El apartado segundo de este documento, como no podía ser de otra manera, recoge como derecho del abogado el acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o de la privación de libertad de la persona detenida, reproduciendo literalmente lo dispuesto en el artículo 520.2 d) de la LECrim.

Además, refiere la posibilidad de los letrados de emprender las acciones procesales pertinentes en aras de garantizar los derechos de su cliente, cuando las actuaciones de las autoridades policiales o judiciales no respeten el decálogo de derechos reconocidos previamente, de conformidad con el principio de libertad de actuación recogido en el artículo 3 del Código Deontológico y la posibilidad de consignar en el acta cualquier incidencia que haya tenido lugar durante la práctica de la asistencia al detenido, tal y como recoge el artículo 520. 6 b) de la LECrim.³⁸

La primera de las actuaciones a las que hace referencia el Decálogo del ICAM – emprender acciones procesales, en aras de garantizar el derecho de sus clientes- no es otro que el procedimiento de Habeas Corpus previsto en la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo.³⁹ Este procedimiento tiene como finalidad la puesta a disposición de la Autoridad judicial competente de aquella persona que haya sido ilegalmente detenida, teniendo la consideración de persona ilegalmente detenida, a los efectos de este trabajo, aquella que ha sido privada de libertad sin que le hayan sido respetados los derechos que la Constitución y las leyes procesales garantizan a toda persona detenida, en nuestro caso en concreto, por no respetar lo dispuesto en el artículo 520.d) LECrim, y al denegar al

³⁸ Decálogo de buenas prácticas ante la asistencia letrada a detenidos de conformidad con la normativa europea y nacional del Ilustre colegio de Abogados de Madrid. En concreto, las actuaciones del ICAM para la ratificación de su vigencia y aplicación del protocolo de buenas prácticas, p. 7.

³⁹ Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de «Habeas Corpus».

abogado el acceso a los elementos que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención.

Por tanto, el abogado que vea denegado el acceso a los elementos esenciales para impugnar la legalidad de la detención deberá emprender un procedimiento de Habeas Corpus por vulneración de las normas procesales que asisten a cualquier detenido.

6. CONCLUSIONES

El derecho de acceso a los elementos que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad es un derecho de nueva inclusión dentro del catálogo de derechos previsto en el artículo 520 de la LECrim. Este nuevo derecho ha sido transpuesto por la LO 5/2015 con el objeto de dar cumplimiento las exigencias del legislador europeo y, en concreto, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 7.1 de la Directiva 2012/13/UE.

A luz de este artículo, cualquier persona que haya sido objeto de detención o privación de libertad es titular de este derecho, sin embargo, el legislador europeo ha considerado adecuado limitar el acceso a determinados materiales y, por tanto, poner una limitación a este derecho en determinados supuestos.

De este modo, con relación a lo anterior debemos destacar como conclusiones las siguientes:

1. ¿Tiene el abogado acceso a la totalidad del atestado policial?

No hay unanimidad para dar respuesta a esta pregunta, por cuanto que, de la literalidad del artículo 7.1 de la Directiva, se desprende que el abogado únicamente tiene acceso a aquellos elementos que son esenciales para impugnar la legalidad de la detención y serán aquellos que se determinan en el considerando número treinta de la misma, entre los que figuran los documentos, fotos, grabaciones de video etc. De este modo, a priori, vemos que se excluye la posibilidad de acceso a la totalidad del atestado policial.

Esta misma línea interpretativa la sigue la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial, además de la Guardia Civil y la Fiscalía, quienes han entendido que el derecho de acceso a los elementos esenciales se limita a aquellos documentos que guarden relación directa con la comisión del hecho delictivo sin que, en ningún caso, pueda entregarse elementos del atestado donde se recoja información sobre terceras personas no detenidas, por tanto reconociendo implícitamente que el abogado no tiene acceso a la totalidad del atestado policial, al menos en sede policial.

Sin embargo, no parece ser esta la interpretación que hace nuestro TC, ya que en su sentencia núm. 13/2017 concede el amparo a dos personas detenidas por la denegación de acceso a la totalidad del expediente policial, si bien esta sentencia se dictó antes de que el legislador nacional transpusiera la directiva, por lo que cabría plantearse si esta interpretación que hace el TC sobre la posibilidad de acceso a la totalidad del atestado policial es la que debe seguirse en la actualidad sobre nuestra nueva legislación. Autores como Gómez Jara- Díez consideran que sí, que en ningún caso la línea interpretativa del TC sobre esta cuestión debe ser modificada y ello entendiendo que, si antes de la reforma de la LECrim operada por la LO 5/2015 la Directiva ya desplegaba efecto directo sobre los justiciables, con mayor motivo debe ser interpretada la actual legislación española conforme a la Directiva 2012/13/UE.⁴⁰

Resulta difícil dar respuesta a esta pregunta cuando únicamente hay un pronunciamiento jurisprudencial al respecto: el hecho de que este pronunciamiento haya sido con anterioridad a la transposición de la Directiva supone que muchas comisarías denieguen el acceso a la totalidad del atestado policial y sigan la línea interpretativa muy restrictiva que ofrece tanto la Fiscalía General del Estado como distintos miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Lo cierto es que, si es correcto esta actuación o no llevada a cabo por la Policía Judicial, si bien, a priori, parece que no y que puede ser motivo de incoación del procedimiento de Habeas Corpus, considero que para dar una respuesta completa a esta pregunta, es necesario el pronunciamiento reiterado en este sentido por el TC ya que si bien es cierto que los pronunciamientos de nuestro alto tribunal vinculan a todos los poderes públicos ¿constituye doctrina un único pronunciamiento?

2. ¿Qué conforma el concepto de “elemento esencial de las actuaciones para impugnar la legalidad de la detención?”

En relación con el concepto de “elemento esencial”, aunque si bien es cierto que, el legislador nacional, a la hora de transponer la directiva, no incluyó ningún precepto que definiera, de manera precisa, qué se entiende por tal, el considerando número treinta de la misma viene a entender por elemento esencial los documentos, fotografías y grabaciones de sonido y vídeo que sean necesarias para la impugnación de la legalidad. Sin embargo, al no haber ninguna ley en el ordenamiento jurídico español que definiera tal cuestión, han surgido varias líneas de interpretación sobre este concepto.

⁴⁰GÓMEZ JARA-DIEZ, C, *op cit*, nota 27, p. 16.

La primera línea de interpretación, muy restrictiva, por cierto, es la que hace la Comisión nacional de Coordinación de Policía Judicial en el año 2017, entendiendo como elemento esencial únicamente: el lugar, fecha y hora de detención, así como de comisión del delito, identificación del hecho delictivo que motivó la detención y un breve resumen de los hechos y finalmente, los indicios de los que se deduce la participación del detenido en el hecho delictivo.

No obstante, estos criterios fueron adoptados antes de que el Tribunal Constitucional se pronunciara al respecto, ya que desde la publicación de las “Orientaciones para la Práctica de Diligencias por la Policía Judicial” posteriormente aprobadas el 3 de abril de 2017 se mantenían estos conceptos como elementos esenciales y no fue hasta la sentencia del TC núm.21/2018, de 5 de marzo, que vino a dar respuesta a qué se debía entender como elemento esencial del atestado policial.

En este pronunciamiento el TC manifestó que lo que debe ser considerado como elemento esencial responde a la casuística y a los distintos motivos que han dado lugar a la detención, aunque a modo ejemplificativo, enuncia que podría ser considerado como tal la propia denuncia de los hechos, la documentación de testimonios incriminatorios, el contenido de informes periciales, documentos, fotografías y grabaciones de sonido o vídeo que relacionen al sospechoso con la comisión del hecho delictivo y, en definitiva, todo aquello que guarde relación directa con la detención y la comisión del hecho delictivo.

En este sentido, nuestro alto tribunal, no sólo ha seguido la interpretación que da el considerando número treinta de la Directiva de elemento esencial, sino que va más allá y, sin entrar a llevar a cabo una lista *numerus clausus* de elementos que deban ser entregados al abogado por ser considerados esenciales para la impugnación de la detención, se ha manifestado entendiendo que elemento esencial será, todo aquello que guarde relación directa con la detención y el hecho delictivo, por lo que, por el método de la exclusión, todo aquello que no guarde relación directa con la detención y el hecho delictivo, puede ser denegado al abogado.

No obstante, el Tribunal antes de entrar a valorar y definir el concepto de elemento esencial, ya se pronunció en su sentencia núm. 13/2017, de 30 de enero, sobre la ilegalidad que comporta la denegación a los elementos esenciales del atestado policial y, por tanto, la vulneración del derecho de asistencia de letrado y, consecuentemente la vulneración del derecho de defensa del detenido.

La segunda línea interpretativa, viene de la mano del informe de la Guardia Civil de 2 de abril de 2018, informe que, en aras de ajustar los criterios de la Comisión nacional de Coordinación de Policía Judicial y la doctrina del TC, ha considerado que es elemento esencial cualquier documento de testimonios incriminatorios, el reconocimiento por diversas personas, pero eso sí, sin identificar a las personas que lo han reconocido, métodos de reconocimiento por fotografías, grabaciones, huellas, resto o vestigios biológicos y la documentación que describa el resultado de actuaciones judiciales o policiales como pudieran ser la inspección ocular, informes periciales o registros.

La última línea interpretativa la arroja la Circular 3/2018, sobre el derecho de información de los investigados en los procesos penales emitida por la Fiscalía General del Estado, en relación sobre si el abogado debe tener acceso a la totalidad del atestado policial, razona que la respuesta es negativa, reconociendo que únicamente tiene acceso a los documentos que tiendan a justificar la legalidad de la detención, así como todos aquellos documentos de las actuaciones que afecten a los derechos reconocidos al detenido en el art. 520 LECrim.

Son muchas las comisarías que cumplen los parámetros dictados por el TC en la actualidad en España, sin embargo, me consta que aún hay muchas que, acogándose a los criterios restrictivos de la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial, deniegan aún el acceso a documentos, fotografías, vídeos, muestras de sangre, reconocimientos del detenido al abogado, a pesar del reconocido efecto directo del que gozan las Directivas en los Estados miembros de la UE y a pesar de los pronunciamientos del TC, que como no puede ser de otro modo, son de obligado cumplimiento para todos los poderes públicos.

Tal vez sea la ausencia de normativa que defina este concepto la que ha dado lugar a esta problemática, sin embargo, la actual denegación que pudiera hacer cualquier Policía Judicial al abogado podrá combatirse a través del procedimiento de Habeas Corpus, del que como no podría ser de otro modo, se saldrá victorioso con el correspondiente otorgamiento del amparo por vulneración del derecho a la asistencia letrada, y consecuentemente, al derecho de defensa, pues es en esta línea en la que se ha venido pronunciando el TC en sus recientes sentencias núm. 13/2017 y 21/2018. Es por todo ello por lo que considero que, la práctica de denegación de acceso al abogado de todo lo que se considere elemento esencial a luz del caso en concreto, terminará claudicando a favor de los pronunciamientos de nuestro alto tribunal.

7. BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía

- ARAGONÉS SEIJO, S, *El acceso al atestado policial por el detenido: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 13/2017, de 30 de enero de 2017*, Diario La Ley, Nº 8954, Sección Tribuna, 4 de abril de 2017, Ed. Wolters Kluwer.
- BARÓN JAQUES, L, *Acceso al atestado policial: expresión del derecho fundamental a la asistencia letrada al detenido*.
- Circular 3/2018 de la Fiscalía General del Estado sobre el derecho de información de los investigados en los procesos penales.
- Comisión nacional de coordinación de la Policía Judicial. *Criterios para la Práctica de Diligencias por la Policía Judicial*, 2004.
- Comisión nacional de Coordinación de la Policía Judicial. *Criterios para la Práctica de Diligencias por la Policía Judicial*, 2016.
- Comisión nacional de Coordinación de la Policía Judicial. *Criterios para la Práctica de Diligencias por la Policía Judicial*, 2017.
- Decálogo de Buenas Prácticas ante la asistencia letrada a detenidos de conformidad con la normativa europea y nacional del Ilustre colegio de Abogados de Madrid.
- GOMEZ JARA-DIEZ, C, *Secreto de sumario, prisión provisional y derecho de acceso al expediente: a propósito del auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de abril de 2016 y otros desarrollos recientes*, Diario LA LEY, nº 8930, de 27 de febrero de 2017, Nº 8930, 27 de feb. de 2017, Editorial Wolters Kluwer.
- GONZÁLEZ CANO, M^a I, *Cooperación judicial penal en la Unión Europea. Reflexiones sobre algunos aspectos de la investigación y el enjuiciamiento en el espacio europeo de justicia penal*. Ed. Tirant lo Blanch, 2015.
- Informe de la Guardia Civil de 2 de abril de 2018, sobre la comunicación de los “Elementos Esenciales” al detenido y/o su letrado.
- MARTÍ MINGARRO, L, *Crisis en el derecho de defensa*, Ed. Marcial Pons, 2010.

Enlaces web

-Recurso obtenido de la ficha de los antecedentes y las principales disposiciones del Tratado de Lisboa: http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_1.1.5.pdf

- Recurso obtenido de la página web: <https://eurlex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:jl0034&from=ES>

-Recurso obtenido de la página web:
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:jl0036&from=ES>

-Recurso obtenido de la Página web del Congreso de los diputados:
<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=24&tipo=2>

Sentencias

Sentencias de TJUE y TEDH

-STJUE de septiembre de 1989, as. C-374/87, *Hoechst/Comisión*.

-STEDH, de 8 de febrero de 1996, demanda núm. 1996/7, *John Murray/ Reino Unido*, Apartado 66

Sentencias del TC

-STC 208/2007 de 24 de septiembre. Recurso de amparo 6320-2005.

-STC 258/2007 de 18 de diciembre. En el recurso de amparo al Pleno núm. 2670-2004.

-STC 13/2017 de 30 de enero. Recurso de amparo 7301-2014.

- STC 21/2018, de 5 de marzo. Recurso de amparo 3766-2016.

Normativa aplicable

Normativa internacional

-Artículo 6.3 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

-Artículo 48.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

- Artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

-Artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Normativa nacional

-Artículo 17.3 de la Constitución Española

- Artículo 24 de la Constitución Española
- Artículo 118 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal
- Artículo 520 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de «Habeas Corpus».