

El derecho de entrega del atestado policial y el derecho de defensa

Vicente Magro Servet

Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo

Doctor en derecho

### Resumen

Análisis del polémico tema de las solicitudes del letrado de entrega del atestado en dependencias policiales para llevar a cabo una correcta y eficaz asistencia letrada al detenido. Análisis de la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, los arts. 118, 520.2 d), 527 LECRIM y SSTC Constitucional 13/2017, de 30 de enero de 2017 y 21/2018 de 5 Mar. 2018).

## I. INTRODUCCIÓN. EL DERECHO DE DEFENSA DEBE SER EFICAZ Y EFECTIVO

Cuando una persona es detenida y es conducida a dependencias policiales surgen de inmediato los derechos de asistencia letrada al detenido y el derecho de defensa, que precisa, al mismo tiempo, que pueda ser ejercido en debida forma, ya que no se trata de que este derecho de defensa se pueda ejercer con la mera puesta a disposición del detenido de un letrado de oficio, o el que éste designe, sino que el derecho de defensa debe ser eficaz y efectivo; es decir, que pueda realizarse correctamente mediante el conocimiento del letrado de las «razones y motivos» acerca de por qué se le imputa, o qué datos existen contra el detenido.

Porque si concebimos el derecho de defensa como un mero derecho de «asistencia letrada» sin la debida información paralela estamos ofreciendo un derecho de defensa cercenado, parcial, cortado o incompleto.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha recordado desde antiguo (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 24 Mar. 1995, Rec. 1079/1994) que «la asistencia de letrado a toda persona está establecida en el art. 24.2 CE y garantizada al detenido, tanto en las diligencias policiales como judiciales, judiciales en el 17.3 de la misma, además de en convenios internacionales que, al haber sido ratificados por España, constituyen parte del ordenamiento interno (art. 96 CE), como son el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 14.3 d), y el Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 (art. 6.3 c). El art. 118 LECrim. afirma el derecho a la defensa de toda persona a quien se imputa un acto punible mediante la designación de letrado por los mismos imputados y, en defecto de designación, de oficio, y la misma Ley procesal en su art. 520.2 c) recoge el derecho de todo detenido o preso a designar abogado y a solicitar su presencia en todas las diligencias policiales y judiciales de declaración y en los reconocimientos de identidad de que sean objeto. La jurisprudencia constitucional ha señalado la necesidad de extremar las cautelas para que el derecho de defensa no sea meramente formal y la asistencia letrada sea real y efectiva (S 162/1993 y 91/1994), al igual que lo han señalado resoluciones del TEDH (SS 9 Oct. 1979 en el caso Airey, 13 Mar. 1980 en el caso Artico y 25 Abr. 1993 en el caso Pakelli).»

Del mismo modo, el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 27/2015 de 28 Ene. 2015, Rec. 10468/2014 añade que:

«Por otra parte, como recuerdan las SSTC. 25/2011, de 14 de marzo y 62/2009 de 9 de marzo, la indefensión constituye una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales.»

Comprobamos, pues, que nos situamos con los términos entrelazados de «asistencia letrada al detenido», «derecho de defensa», «indefensión material», «derecho de acceso íntegro al atestado», y el principio de «igualdad de armas entre las partes», porque el derecho del detenido de disponer de un letrado que le asista no es un mero pronunciamiento fáctico que se cumplimenta con que el letrado acuda a dependencias policiales y esté en contacto con el detenido y acompañándole en el momento de su declaración, sino que está conectado con el conocimiento de las razones por las que está allí y los datos que se conocen en el atestado que determinan su detención, porque la asistencia letrada y el derecho de defensa no pueden desconectarse del derecho a conocer íntegramente del atestado, y no de una parte del mismo que se le pueda entregar, cercenando del derecho a conocer del todo, a fin de evitar que exista una indefensión material. Y ello, porque se ha expuesto con reiteración que para que se produzca una auténtica vulneración del derecho fundamental no basta con una indefensión formal, sino que es preciso una indefensión material, y ésta debemos entender que se produce con la no entrega íntegra del atestado, cuando se facilitan solo algunos aspectos del mismo, lo que provoca que el letrado que asiste al detenido sólo puede realizar una atención y asistencia incompleta a su cliente, al punto de que, como más parte se apunta, no se le podría aconsejar, ni tan siquiera que reconozca los hechos, dados los datos que se ha comprobado que constan en el atestado.

## II. ¿CÓMO SE LLEVA A CABO LA ASISTENCIA LETRADA AL DETENIDO?

En conexión con la necesidad de que el derecho de defensa esté conectado directamente con el derecho de acceso al atestado, y no a parte del mismo, debemos recordar la cita de los arts. 520.6 y 118 LECRIM.

Señala, así, el art. 520.6 LECRIM que:

6. La asistencia del abogado consistirá en:

- a) Solicitar, en su caso, que se informe al detenido o preso de los derechos establecidos en el apartado 2 y que se proceda, si fuera necesario, al reconocimiento médico señalado en su letra i).
- b) Intervenir en las diligencias de declaración del detenido, en las diligencias de reconocimiento de que sea objeto y en las de reconstrucción de los hechos en que participe el detenido. El abogado podrá solicitar al juez o funcionario que hubiesen practicado la diligencia en la que haya intervenido, una vez terminada ésta, la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica.
- c) Informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten.

..

d) Entrevistarse reservadamente con el detenido, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 527.

Pues bien, en conexión con ello, el art. 118 LECRIM señala que:

1. Toda persona a quien se atribuya un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa, interviniendo en las actuaciones, desde que se le comuniquen su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá, sin demora injustificada, de los siguientes derechos:

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.

La clave de este tema es que no puede establecerse un eficaz y eficiente ejercicio del derecho de defensa, si no es posible que el letrado pueda conocer íntegramente el contenido del atestado policial, y dentro del mismo las razones de la detención, los hechos que se le imputan y las pruebas que puedan existir en su caso, ya que negarlas constituye una privación del eficaz derecho de defensa, al punto de que si la LECRIM está reconociendo el derecho de que el letrado se entreviste con el detenido, mal podrá llevar a cabo este derecho si no conocen ni el letrado ni el detenido por qué está en dependencias policiales.

Además, el derecho de información sobre las razones de la detención

se apoya sobre dos presupuestos básicos incuestionables, a saber:

a. Derecho de acceso a los documentos relacionados con el expediente específico que obren en poder de las autoridades competentes y que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva, con arreglo a lo establecido en la legislación nacional, la legalidad de la detención o de la privación de libertad.

b. Artículo 520.2.d) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

2. 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:

d) Derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales a los para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad.

Debe entenderse que este derecho relativo al conocimiento de elementos de las actuaciones que sean esenciales no puede suponer que «se pueda seleccionar» aquella parte del atestado que se considere por los agentes que se le puede entregar al letrado, sino que no es posible concebir que exista una razón de peso que permita no entregar el atestado íntegro.

Podría apelarse a los datos personales del denunciante, o su dirección, pero si existen dudas acerca de esta circunstancia podría hacerse constar por diligencia que no se entrega ese dato en aras a la protección de la víctima, pero el resto debería poder ser conocido por el letrado, más que nada porque lo va a conocer en cuanto las diligencias se envíen a la autoridad judicial, por lo

que salvo que se prevea que se pueda acordar la incomunicación del art. 509 en relación con el art. 527 LECRIM los agentes podrán reservar la entrega de estos datos al letrado, por lo que esta restricción podría acordarse en sede policial, pero por razones motivadas, convirtiendo esta medida la excepción, y no la regla general.

### III. EL DERECHO DE ACCESO AL EXPEDIENTE. DIRECTIVA 2010/64/UE, DE 20 DE OCTUBRE DE 2010 Y LEY ORGÁNICA 5/2015, DE 27 DE ABRIL, POR LA QUE SE MODIFICAN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL (LECRIM) Y LA LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL

El reconocimiento legal y expreso del derecho de acceso al expediente, se produjo con el dictado de la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) 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 por la que se modifica el art. 118 LECRIM y art. 520.2 y 3 LECRIM; y, así, el art. 520.2 d) LECRIM señala que «2. 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 imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten y especialmente de los siguientes: ...d) Derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad.

Posteriormente, la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, ha introducido una limitación a este derecho en el art. 527 LECrim, para los supuestos del art. 509 —es decir, para aquellos procesos en los que el juez de instrucción o tribunal haya excepcionalmente acordado, mediante resolución motivada, la detención o prisión incomunicadas—.

La cuestión clave es la referida a los siguientes interrogantes que se plantean acerca del alcance del derecho de información circunscrito al atestado, y cuál es su proyección en el desarrollo y ejecución del derecho de defensa, a saber:

- a. ¿Qué documentos se podrán examinar de las actuaciones?,
- b. ¿Qué ha de entenderse por «documentos esenciales» para impugnar la legalidad de la detención?,
- c. ¿Quiere decir ello, que se hará entrega del atestado al detenido o a su abogado?
- d. ¿Qué debe entenderse por facilitar el pleno conocimiento del contenido de los elementos nucleares del núcleo irreductible del derecho de defensa?

Por esto, la clave está en contestar a la duda acerca de ¿Cuáles son los «elementos esenciales...»?

Y la clave nos la da la Directiva 2012/13/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales (artículos 4 y 7) a), cuyo artículo 7.1 de la Directiva 2012/13/UE, bajo el título «derecho de acceso a los materiales del expediente» establece que:

1. Cuando una persona sea objeto de detención o privación de libertad en cualquier fase del proceso penal, los Estados miembros garantizarán que se entregue a la persona detenida o a su abogado aquellos documentos relacionados con el expediente específico que obren en poder de

las autoridades competentes y que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva, con arreglo a lo establecido en la legislación nacional, la legalidad de la detención o de la privación de libertad.

La trasposición de esta Directiva citada por la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril en el antes citado art. 520.2 d) no pudo pretender en ningún momento que los derechos del detenido sean fraccionados haciendo lo propio con la entrega parcial del atestado, y no de su totalidad. Por ello, cuando la Directiva se refiere a los «Documentos relacionados con el expediente específico que obren en poder de las autoridades competentes y que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva» no puede referirse a otra cosa que a la entrega del atestado en su integridad, salvo supuestos excepcionales y específicos en los que se considere que es preciso mantener la información en secreto en aras de proteger a las víctimas, en casos de delitos de terrorismo, o en aquellos supuestos en los que por su gravedad se pueda entender que se procederá a la incomunicación del detenido o al carácter de reservado o secreto de las actuaciones, en los que se podrá no entregar la copia y remitirse a la declaración judicial y a la decisión del juez competente para la información que se precise en su caso. Con ello, la no entrega del atestado se convierte en la excepción, y no en la regla general, como estamos avanzando.

La conclusión básica a la que se debe llegar es que el desarrollo de la Directiva comunitaria no puede referirse a otra cosa que a la entrega íntegra del atestado.

#### IV. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 13/2017, DE 30 DE ENERO DE 2017

Se trata en esta sentencia de la vulneración de los derechos a la libertad personal y a la asistencia letrada por la negativa del funcionario instructor a proporcionar copia del atestado policial que hiciera posible la impugnación de la detención del solicitante, señalando que la negativa sin justificación alguna del instructor a la entrega del material del que ya disponía, trajo consigo así la vulneración del derecho a la asistencia de letrado (art. 17.3 CE), el cual incluye en su contenido el derecho del detenido y su letrado a acceder a los elementos fundamentales (entonces, art. 7.1 de la Directiva 2012/13/UE) para impugnar su situación privativa de libertad.

El TC en su sentencia viene a distinguir el derecho a la asistencia letrada al detenido en dos planos, a saber:

- a. La asistencia letrada al detenido en las diligencias policiales
- b. La asistencia letrada al detenido en las diligencias judiciales.

Señala el TC al respecto que:

«...Hemos de recordar, en cuanto al derecho fundamental alegado que, con arreglo a la doctrina de este Tribunal [STC 165/2005, de 20 de junio, FJ 11 a)], «es necesario distinguir entre la asistencia letrada al detenido en las diligencias policiales y judiciales que la Constitución reconoce en el art. 17.3 como una de las garantías del derecho a la libertad personal protegido en el apartado 1 de ese mismo artículo, y la asistencia letrada al imputado o acusado que la propia Constitución contempla en el art. 24.2 CE dentro del marco de la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso debido»; de modo que esta doble proyección constitucional del derecho a la asistencia letrada, que guarda paralelismo con los textos internacionales sobre la materia (arts. 5 y 6 del Convenio europeo de derechos humanos, CEDH, y arts. 9 y 14 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, PIDCP), no permite asignar un mismo contenido a los derechos a la asistencia letrada que se protegen de forma individualizada y autónoma en los arts. 17.3 y 24.2 CE (en sentido similar desde las SSTC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 4; 188/1991, de 3 de octubre, FJ 2; 7/2004, de 9 de febrero, FJ 6; 165/2005, FJ 11.a)...». Con posterioridad también,

SSTC 219/2009 y 220/2009, de 21 de diciembre, ambas FJ 7; y 87/2010, de 4 de noviembre, FJ 5.»

En esta sentencia se cuestiona y anula la no entrega del expediente que existía al momento en el que se le había solicitado por el letrado, al punto de que señala el TC que: «No había motivo amparable en la Directiva 2012/13/UE para dilatar esa entrega: ese retraso sólo se contempla por el apartado núm. 3 del art. 7, hasta el momento anterior en que se presenta la acusación ante el tribunal, cuando se trata del derecho de acceso para la defensa ante el órgano judicial. Pero como bien precisa dicho apartado, ello procede: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1». Esto es, sin perjuicio de que en los casos de detención o privación de libertad del apartado 1, el acceso de los elementos fundamentales para impugnar la medida, en este caso la detención no admite dilaciones. En concreto, en este caso, para poder ser consultados con tiempo suficiente para poder asesorar al abogado a los detenidos, antes de su interrogatorio. La negativa sin justificación alguna del Instructor a la entrega del material del que ya disponía, trajo consigo así la vulneración del derecho a la asistencia de letrado (art. 17.3 CE), el cual incluye en su contenido el derecho del detenido y su letrado a acceder a los elementos fundamentales (entonces, art. 7.1 de la Directiva 2012/13/UE) para impugnar su situación privativa de libertad. Al desestimar posteriormente la solicitud de habeas corpus de los recurrentes, pese a partir de la premisa correcta de la aplicación directa de la Directiva tantas veces citada, el Auto de 13 de julio de 2014 dejó de reparar la lesión de aquel derecho fundamental. La vulneración del derecho a la asistencia de letrado (art. 17.3 CE), en los términos que acaban de explicarse, trae consigo también la del derecho a la libertad individual (del art. 17.1 CE) de los recurrentes, puesto que su detención gubernativa no tuvo lugar con observancia de lo previsto en el ordenamiento. Procede por tanto el otorgamiento del amparo que se solicita, con nulidad del Auto desestimatorio de la solicitud de habeas corpus impugnado».

Es clave en este caso que el TC haga mención a la entrega del material que ya se disponía sin restricción alguna, por cuanto entender que existe un derecho de limitación y de «selección» del contenido del atestado para su entrega al letrado del detenido suponen que se cercene este derecho en dependencias policiales, más aún cuando es sabido que en sede judicial se le entregará. Es por ello, por lo que no se entiende la negativa en sede policial cuando de conocerlo podría aclarar lo sucedido, dar una explicación a la denuncia, reconocer, o no, los hechos; en definitiva, permitir una más completa declaración en sede policial del detenido mediante el suministro de «toda» la información y no de parte de esa información, porque ello quiebra el derecho de defensa de forma clara y concluyente.

En esta línea, hay que recordar que este criterio fue el mismo que se adoptó en el reconocimiento del CGPJ, ya que en su «Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de integración tecnológica», aprobado por el Pleno del CGPJ en su reunión del día 12 de enero de 2015, reconoció expresamente, con base en la norma comunitaria, el derecho de acceso al atestado sin limitaciones, salvo declaración de secreto.

## V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 21/2018 DE 5 MAR. 2018, REC. 3766/2016

En este caso se postuló por el recurrente de amparo ante el TC que al rechazar los agentes la petición de su abogado de tener acceso al atestado policial antes de interrogarle, no le fue permitido conocer suficientemente las razones de su detención, lo que, además, limitó tanto la efectividad de la asistencia letrada recibida (art. 17.3 CE), como la capacidad de defenderse frente a la imputación policial en la que se apoyaba....Afirma que fue insuficiente la información verbal que le fue facilitada sobre las razones que justificaban su detención y que, aunque lo

solicitó expresamente antes de ser interrogado, no se le permitió acceder a la parte del atestado policial que había sido ya redactada.

Podemos destacar y sistematizar algunos aspectos esenciales del pronunciamiento del TC en esta sentencia en la materia que estamos tratando, a saber:

1. Necesidad del fundado «asesoramiento técnico». El derecho de asistencia letrada al detenido, es constante nuestra jurisprudencia, citada en la STC 13/2017, según la cual tiene como función la de «asegurar que los derechos constitucionales de quien está en situación de detención sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio, así como sobre su derecho a comprobar, una vez realizados y concluidos con la presencia activa del Letrado, la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presenta a la firma... Resulta evidente que solo si el detenido, debidamente asesorado, recibe información suficiente sobre los motivos por los que ha sido privado de libertad estará en condiciones de contrastar su veracidad y suficiencia

2. El derecho de asistencia letrada lo es desde la detención policial. En relación con el derecho de defensa en los procesos penales, el vigente art. 118.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que cualquier persona a quien se atribuya un hecho punible puede ejercitarlo interviniendo en las actuaciones con asistencia letrada «desde que haya sido objeto de detención». El apartado segundo del citado precepto concreta que tal derecho «puede ejercerse sin más limitaciones que las expresamente previstas en la ley desde la atribución del hecho punible investigado hasta la extinción de la pena», e incluye entre sus contenidos la asistencia letrada de un abogado.

3. Debe evitarse cualquier tipo de indefensión al detenido. Este Tribunal destacó en la STC 107/1985, de 7 de octubre, FJ 3, lo siguiente: que «las garantías exigidas por el art. 17.3 CE — información al detenido de sus derechos y de las razones de su detención, inexistencia de cualquier obligación de declarar y asistencia letrada— hallan su sentido en asegurar la situación de quien, privado de su libertad, se encuentra ante la eventualidad de quedar sometido a un procedimiento penal, procurando así la norma constitucional que aquella situación de sujeción no devenga en ningún caso en productora de la indefensión del afectado

4. La evitación de indefensión material se extiende a las diligencias policiales. La proscripción de cualquier forma de indefensión, recogida en el art. 24.1 CE, no se refería únicamente a las actuaciones judiciales, sino que dicho precepto «debe interpretarse extensivamente como relativo a toda clase de actuaciones que afectan a un posible juicio y condena y, entre ellas, a las diligencias policiales cuya importancia para la defensa no es necesario pondera.

5. El derecho de información del detenido. El art. 17.3 CE reconoce expresamente a toda persona detenida el derecho a ser informada de forma inmediata y de modo que le sea comprensible no sólo de los derechos que le asisten, sino también de las razones de su detención.

6. El triple contenido del derecho de información: La información que debe ser facilitada solo es suficiente si tiene un triple contenido:

- a. Se ha de extender a los hechos atribuidos,
- b. A las razones motivadoras de la privación de libertad y
- c. A los derechos que, durante su detención

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

7. Derecho de acceso al contenido de las actuaciones y su extensión. La obligada referencia policial a las fuentes de prueba que permiten afirmar la concurrencia de los indicios que relacionan al sospechoso con el hecho investigado (documentos, informes periciales, actas que describan el resultado de un registro, de una inspección ocular o de la recogida de vestigios, y, si procede, fotografías, y grabaciones de sonido o video, u otras similares), dota de contenido al derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención, garantía adicional del derecho constitucional a la libertad y seguridad personal que ha obtenido por primera vez reconocimiento legal como derecho del detenido en el nuevo art. 520.2 d) LECrim

8. Es el letrado del detenido, no quien interroga en dependencias policiales, el que precisa la extensión y alcance de lo que precisa. El detenido, asesorado por el letrado designado voluntariamente o de oficio con quien previamente puede entrevistarse reservadamente (art. 520.6.d] LECrim.), podrá decidir fundadamente su conducta procesal durante el interrogatorio, así como tomar la decisión de impugnar la legalidad de su privación de libertad cuando no comparta la causa que la motivó o la forma en que se está desarrollando. En este último caso, es al detenido a quien corresponde instar el ejercicio de su derecho, solicitando justificadamente los elementos de las actuaciones a los que quiere acceder.

Una vez solicitado, el acceso debe producirse de forma efectiva, mediante exhibición, entrega de copia o cualquier otro método que, garantizando la integridad de las actuaciones, permita al detenido conocer y comprobar por sí, o a través de su letrado, las bases objetivas de su privación de libertad. En caso de discrepancia con los agentes policiales sobre qué elementos de las actuaciones son esenciales en el caso concreto, podrá activar la garantía del habeas corpus para que la autoridad judicial dirima la controversia

9.El TC apuesta por un alcance amplio del derecho de información. A partir de la información recibida, para contrastar su veracidad y suficiencia, el detenido puede solicitar el acceso a aquella parte de las actuaciones que recoja o documente las razones aducidas. La determinación de cuáles sean dichos elementos es necesariamente casuística, pues depende de las circunstancias que han justificado la detención.

En tal medida, a modo de ejemplo, pueden ser elementos esenciales que fundamenten la detención, atendiendo a las circunstancias de cada caso:

- a. La propia denuncia de los hechos, cuando incorpora imputaciones de parte que incriminan al detenido;
- b. La documentación de testimonios incriminatorios
- c. El contenido de los informes periciales científicos que establezcan un vínculo de conexión entre el hecho investigado y el detenido;

d. Documentos, fotografías y grabaciones de sonido o vídeo que objetivamente relacionen al sospechoso con la infracción penal

e. Las actas que recojan el resultado del registro de un inmueble u otro tipo de bienes (STC 13/2017, de 30 de enero, FJ 7),

f. Las de una inspección ocular,

g. 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.

h. Lo son también, en definitiva, todas aquellas actuaciones documentadas que guarden identidad de razón con las ya expuestas.

10. El contenido esencial para impugnar la legalidad de la detención. Resulta preciso aclarar que la propia dicción del precepto legal alegado, así como su fundamento, permiten concluir que el derecho invocado no otorga una facultad de acceso pleno al contenido de las actuaciones policiales o judiciales practicadas con anterioridad a la detención, o como consecuencia de la misma, que se plasman en el atestado pues, más limitadamente, únicamente cobra sentido y se reconoce el acceso a aquéllas que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención, esto es, fundamentales o necesarias para cuestionar si la privación cautelar penal de libertad se ha producido en uno de los casos previstos en la ley o, dicho de otra forma, si la misma se apoya en razones objetivas que permitan establecer una conexión lógica entre la conducta del sospechoso y el hecho investigado, justificando así la privación de libertad.

11. El contenido que se puede privar. Esta diferenciación entre el contenido íntegro de las actuaciones y aquellos elementos de éstas a los que, cuando es solicitado, ha de permitirse el acceso durante la detención preventiva, no solo deriva de los términos literales en los que el derecho es reconocido en el art. 520.2.d) LECrim., sino que, además, aparece claramente establecida en los arts. 302 y 527 LECrim, que excluyen los que resulten esenciales para impugnar la legalidad de la privación de libertad de aquellos otros elementos de las actuaciones de cuyo derecho de acceso puede ser temporalmente privado el detenido.

## VI. CONCLUSIONES

Con ello, pueden establecerse las siguientes conclusiones:

a. Cabe «acceso» al atestado, pero no un acceso pleno con carácter general porque pueden establecerse limitaciones, pero si no existe la evidencia de la necesidad de estas limitaciones no hay razón para que el letrado no tenga derecho a conocer lo que integra el atestado.

b. Para saber cuáles son los elementos esenciales que se refieran a un eficaz derecho de defensa el letrado debe conocer de lo que se dispone para hacer efectivo el punto n.º 8 antes expuesto de conocer la extensión y alcance de lo que precisa solicitar.

c. Las autoridades nacionales no pueden hacer una interpretación del derecho interno (el sucinto art. 520.2.d) LECr) que contravenga el tenor literal de la norma del derecho de la UE o comprometa el efecto útil de la misma.

d. Resulta importante la STEDH, sentencia de la Gran Sala de 9 de julio de 2009, caso *Mooren v. Germany*, rec. n.º 11364/03, párrafo 124, que apunta que «Los procedimientos para el control de la legalidad de las detenciones tienen que garantizar la igualdad de armas entre las partes; y «la igualdad de armas no resulta estar garantizada cuando se deniega al abogado el

acceso a aquellos documentos del atestado (investigation file) que son esenciales para impugnar eficazmente la legalidad de la detención de su cliente»

e. Apoyo de la Fiscalía al acceso al atestado. «Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto origen de la reforma operada por la Ley Orgánica 13/2015». Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2018, de 1 de junio, sobre el derecho de información de los investigados en los procesos penales.

f. La restricción de la entrega de la totalidad en razón a los derechos y garantías de las víctimas y de los testigos solo cabe en los que supuestos que resulte necesaria por la existencia de testigos protegidos o los supuestos en que deba posteriormente declararse el secreto de las actuaciones, y protección de víctimas. Resulta, por ello, imposible impugnar la detención sin conocer las razones que consten en el atestado salvo supuestos de protección de denunciante y testigos.

g. Regla general: Debe facilitarse copia del atestado salvo limitación judicial por los supuestos tasados. Pero solo deberán ser aquellos en los que se pueda causar un serio peligro a testigos o a denunciante por los datos personales de los mismos.

h. Una buena asistencia letrada no puede facilitarse en un Estado de derecho sin facilitarse los medios para la información de las razones de la detención.

i. La interpretación «más desfavorable» de la Directiva atenta al derecho de defensa

j. Únicamente, el acceso al atestado completo antes de la declaración del detenido asegura el cumplimiento de los derechos fundamentales de asistencia letrada y defensa, pues el asesoramiento jurídico requiere el conocimiento pleno de lo actuado. De no ser así se ejecuta una posibilidad parcial del derecho de defensa que atenta contra la CE.

k. El derecho de defensa no es de «menor grado» en dependencias policiales que en judiciales.

l. Es importante conocer el atestado para poder hacer posible la autoinculpación en su caso, y la aplicación del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 junio 2015, sobre el valor probatorio de las declaraciones prestadas ante la policía y la viabilidad de la autoinculpación, que solo es posible si se conoce bien el atestado. (Sentencia del Tribunal Supremo 98/2017 de 20 de febrero de 2017, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 234/2018 de 17 May. 2018, Rec. 10718/2017).

II. STJUE 19-9-19, C-467/18 (Rayona Prokuratura Lom) Información y asistencia letrada en procesos penales, presunción de inocencia. Las personas sospechosas de haber cometido una infracción penal han de ser informadas de sus derechos lo antes posible a partir del momento en que las sospechas de que son objeto justifiquen, en una situación que no implique urgencia, que las autoridades competentes limiten su libertad mediante medidas coercitivas y, a más tardar, antes de que policía las interrogue por primera vez.

Fuente.-Vicente Magro Servet

Diario La Ley Digital

