

## TRIBUNA



# ¿Entrega de copia del atestado al abogado en sede policial? Comentario de la STC de 30 de enero de 2017 (1)

A. Nicolás MARCHAL ESCALONA

*Director Departamento de Criminología*

*Universidad Camilo José Cela*

*Doctor en Derecho*

## Resumen

Este estudio se basa en el análisis de la sentencia de 30 de enero de 2017 de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Constitucional (recurso de amparo 7301-2014 interpuesto contra el Auto del Juzgado de Instrucción de Illescas de 13 de julio de 2014), desestimatoria de una solicitud de Habeas Corpus. A raíz de la publicación de esta sentencia en el BOE se han producido diferentes artículos en los que se afirma algo así como que, a consecuencia de esta sentencia, la policía está obligada a entregar copia del atestado al abogado a su solicitud en el momento en que este comparezca en dependencias policiales, el llamado «acceso al expediente». Nada más alejado de la realidad.

## I. INTRODUCCIÓN

Para determinar el contenido del denominado «acceso», hay que partir de dos realidades distintas

con consecuencias procesales diversas: a) La asistencia letrada al detenido en la práctica de diligencias en sede policial; y, b) La asistencia al detenido en el ejercicio de su derecho de acceso a los elementos de las actuaciones esenciales para impugnar la legalidad de la detención (Habeas Corpus). En una y en otra el acceso es diferente dado el distinto alcance de la función de asistencia letrada.

## II. LA ASISTENCIA LETRADA AL DETENIDO EN LA PRÁCTICA DE DILIGENCIAS EN SEDE POLICIAL

La función del letrado es distinta en sede policial a la que realizará posteriormente en sede judicial. Mientras en esta última su función es tuitiva, de defensa de sus intereses ex art. 24 CE, ante la policía el abogado es garante de su derecho a la libertad ex art. 17 CE; luego, en puridad, la función de defensa comienza en sede judicial.

Así se ha venido pronunciando la jurisprudencia del TC de manera reiterada al decir: «...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), 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. 24.2CE 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» STC 339/2005, de 20 de diciembre. En igual sentido SSTC 196/1987, de 11 de diciembre; 188/1991, de 3 de octubre; 7/2004, de 9 de febrero; 219/2009 y 220/2009, de 21 de diciembre; y, 87/2010, de 3 de noviembre.

Y es que el derecho del detenido a la asistencia letrada en diligencias policiales reconocido en el art. 17.3 CE, «adquiere relevancia constitucional como una de las garantías del derecho a la libertad protegido en el apartado primero del propio artículo. En este sentido su función consiste en 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» *Vid.* SSTC 199/2003, de 10 de noviembre; 196/1987, de 11 de diciembre; 252/1994, de 19 de septiembre; 229/1999, de 13 de diciembre por todas».

Luego la función del letrado en sede policial como garante del derecho a la libertad personal de ese detenido ex art. 17.3 CE,

## La función del letrado en sede policial es la vigilancia de que las diligencias realizadas con el detenido lo sean respetando sus derechos

no gira en torno a sus defensa, sino a la observancia y vigilancia de que las diligencias que con él se realicen lo sean respetando sus derechos, en especial, que no sea objeto de coacción o cualesquiera otras formas de maltrato. En consecuencia, que tenga acceso o no a las actuaciones carece de relevancia —desde el punto de vista que analizamos en este epígrafe—, dado que su deber de defensa sólo comenzará en sede judicial en donde, entonces sí, deberá tener acceso a lo actuado, siempre que la autoridad judicial no hubiera declarado el secreto de las actuaciones ex art. 302 LECrim.

Este es sin duda el motivo principal para no entregar copia de ese atestado al letrado en sede policial: la posible y futura declaración de secreto por el Juez de Instrucción llamado a conocer del asunto. Hagamos la siguiente reflexión. Pongamos el caso en que la policía dé copia del atestado al letrado en sede policial. Una vez terminado se entregará éste junto con los detenidos al Juez de Instrucción que, tras una primera lectura de lo actuado, concluya que va a declarar el secreto de las actuaciones dada la gravedad de lo reflejado en él, al margen de que hay identidades que no pueden ni deben conocerse y a las que dice querer brindar la protección de la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales. ¿Qué sucede entonces? ¿Tenía la policía que haber entregado ese atestado? ¿Tenía la policía que vedar al Juez de instrucción la posibilidad de declaración de secreto —ahora inoperante— y la protección de testigos?

Por estas razones y, en el contexto de la asistencia letrada en la realización de diligencias policiales, NO hay que entregar el atestado al abogado en sede policial.

### III. LA ASISTENCIA AL DETENIDO EN EL EJERCICIO DE SU DERECHO DE ACCESO A LOS ELEMENTOS DE LAS ACTUACIONES ESENCIALES PARA IMPUGNAR LA LEGALIDAD DE LA DETENCIÓN (HABEAS CORPUS)

Retomando nuestra STC de 30 de enero de 2017, partiremos del derecho aplicable en el momento en que se produjo la solicitud de habeas corpus: julio de 2014. En aquél momento aún no se había producido la reforma de la LO 5/2015, de 27 de abril, de modificación de la LECrim. y la LOPJ, en la que se regula el derecho de acceso al expediente (atestado en el caso presente). En aquel momento el reconocimiento del derecho de acceso al expediente estaba en el art. 7 de la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, que dice:

*«Artículo 7. Derecho de acceso a los materiales del expediente. 1. Cuando una persona sea objeto de detención o privación de libertad en cualquier fase del proceso penal, los Estados miembros garantizarán que se entregue a la persona detenida o a su abogado aquellos documentos relacionados con el expediente específico que obren en poder de las autoridades competentes y que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva, con arreglo a lo establecido en la legislación nacional, la legalidad de la detención o de la privación de libertad.*

*2. Los Estados miembros garantizarán que la persona acusada o sospechosa o su abogado tengan acceso al menos a la totalidad de las pruebas materiales en posesión de las*

*autoridades competentes a favor o en contra de dicha persona, para salvaguardar la equidad del proceso y preparar la defensa.*

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

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

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

El debate —en ese momento, dado que aún no había entrado en vigor la LO5/2015—, se centró en si era de aplicación directa la Directiva al Derecho español al haberse superado el plazo de transposición conferido por ésta y, en consecuencia, el abogado podía solicitar el atestado con el fin de impugnar la legalidad de la detención.

En este sentido, el art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que la directiva comunitaria «obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios»; forma y medios que, por aplicación del art. 81.1 CE deberá serlo mediante Ley Orgánica. Sin embargo dicho Tratado nada dice acerca del posible efecto vinculante que pueda tener para los Estados la no transposición de la Directiva en plazo al derecho interno.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Sentencias 41/74, de 4 de diciembre de 1974 —asunto Van Duyn—; 148/78, de 5 de abril de 1979 —asunto Ratti—; y, 8/81, de 19 de enero de 1982 —asunto Becker—; y, 2016/276, de 7 de julio —asunto Ambisig y AICP—, entre otras), fue la encargada de responder a esta cuestión mediante la referencia a la teoría del «efecto útil» (exigibilidad del particular el Estado), según el cual:

— «(...) el efecto útil de dicho acto quedaría debilitado si se impidiera que los justiciables lo invocasen ante los órganos jurisdiccionales nacionales y que éstos lo tuvieran en cuenta como elemento del Derecho comunitario».

— Si bien «es preciso examinar en cada caso, si la naturaleza, el sistema general y los términos de la disposición de que se trata pueden producir efectos directos en las relaciones entre los Estados miembros y los particulares».

— «El Estado miembro que no haya adoptado dentro de plazo, las medidas de ejecución que impone la Directiva, no puede oponer a los particulares su propio incumplimiento de las obligaciones que la Directiva implica».

— Luego, de no haberse adoptado «dentro del plazo prescrito medidas de aplicación, pueden ser *invocadas* contra cualquier disposición nacional no conforme a la Directiva, o en la medida en que definen derechos que los particulares pueden alegar frente al Estado».

— «Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando el Estado no haya transpuesto una directiva en el Derecho nacional dentro de plazo o la haya transpuesto incorrectamente, los particulares sólo están legitimados para invocar en contra del Estado ante los órganos jurisdiccionales nacionales aquellas disposiciones de la directiva que, desde el punto de vista de su contenido, sean *incondicionales* y suficientemente precisas».

Resumiendo. El «efecto útil» consagrado por la jurisprudencia del TJCE, supone:

**1.º** El derecho a invocar ante el Estado la aplicación de una norma comunitaria que beneficie a su derecho si éste no la ha transpuesto en plazo; incumplimiento que éste no puede oponer a los particulares, es decir, no es dable el alegar que no se aplica porque no se haya transpuesto.

**2.º** Que no se trata de un «derecho» absoluto —la invocación y posible aplicación—, sino que, según el propio TJCE, encuentra el límite en el examen de si esa disposición puede producir o no efectos directamente aplicables en la relaciones entre el Estado y los particulares.

**3.º** Que ese examen debe girar precisamente en torno a dos parámetros: incondicionalidad y precisión.

**4.º** Que en el caso en estudio no se da esa necesaria *incondicionalidad*, ya que el art. 81.1 CE establece de manera palmaria una condición previa para su aplicación al derecho interno: que sea aprobado por Ley Orgánica.

Luego en ese instante (año 2014) y, a la luz de la Directiva 2012/13/UE y de la jurisprudencia del TJCE, ese pretendido efecto útil no era aplicable al caso ya que el mandato imperativo y categórico del art. 81.1 CE lo impedía de manera taxativa. En consecuencia, en ese momento y, con la única regulación de la Directiva citada, NO era obligatorio para la policía la entrega de los elementos necesarios para impugnar la detención (y mucho menos del atestado completo).

Otra situación es la que se produjo a raíz de la **publicación de la LO 5/2015** que, por fin, transpuso la Directiva al derecho interno mediante ley orgánica (cumpliendo de esta manera el mandato del art. 81.1 CE), en los siguientes términos:

Artículo 520.2 LECrim.: d) Derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean *esenciales* para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad». Significar que el preámbulo de la norma aclara al respecto: «en los casos del detenido o privado de libertad, el derecho de acceso se ha recogido en el art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y *su alcance se limita*, por exigencia de la normativa europea, a aquellos *elementos de las actuaciones que sean esenciales* para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad. Se trata de proporcionar, con anterioridad a la interposición del recurso, *únicamente* aquella información que sea fundamental para que sea posible valorar la legalidad de la detención o privación de libertad».

De una interpretación conjunta de este precepto y del art. 7.4 de la Directiva 2012/13/UE, concluiremos que el derecho de acceso al expediente (atestado) por el detenido —y por ende su letrado— en sede policial, se contrae a lo siguiente:

**1.º) Contenido del derecho de acceso.** El detenido y/o su letrado pueden solicitar tener acceso —que bien puede ser una copia—, a aquellos elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención. La cuestión que se plantea es: ¿qué ha

de entenderse por tales elementos esenciales? A tal fin, habrá que acudir a una interpretación teleológica del precepto, que no es otra que el detenido conozca si la detención ha sido legalmente realizada, de cara a su posible impugnación a través del instituto del Habeas Corpus. Luego, la información a proporcionar de ese atestado al detenido y/o letrado, será aquella que sustente la legalidad de la detención, tanto desde un punto de vista material (la necesaria imputación de hecho y autor), como desde el punto de vista formal (actuaciones que recojan por escrito la efectividad de los derechos del detenido). Tales diligencias pueden ser:

- *Legalidad material.* Se podrá dar acceso a aquellas diligencias en las que se concreta la imputación, tanto del hecho (delito), como de la participación del detenido en él. Así, por ejemplo y atendida la especificidad de cada caso concreto:

- Denuncia si la hubiere
- Declaraciones de testigos
- Actas de inspección ocular, entrada y registro, incautación de efectos, etc.
- Registro de imágenes
- Informes previos
- Etc.

- *Legalidad formal.* En este punto el acceso lo será a todas aquellas diligencias en las que se plasme por escrito el efectivo ejercicio de los derechos por parte del detenido ex art. 520.2 LECrim.:

- Diligencia de detención y lectura de derechos
- Diligencias de aviso a familiar, intérprete en su caso, de designación y aviso de letrado, de comunicación, etc.

**2.º) Límites al derecho de acceso.** El art. 7.4 de la Directiva dice que podrá denegarse el acceso a determinados materiales en los casos siguientes:

- Si ello puede dar lugar a una amenaza grave para la vida o los derechos fundamentales de otra persona; por ejemplo: ante la protección de un testigo *ad cautelam* en sede policial ante la futura aplicación de la LO 19/1994 por parte del juez de instrucción.
- Si la denegación es estrictamente necesaria para defender un interés público importante; por ejemplo: ante la posible declaración de secreto de las actuaciones.
- Si se corre el riesgo de perjudicar una investigación en curso; por ejemplo: si el conocimiento de determinados elementos de las actuaciones por parte del detenido y/o letrado posibilitarán la ocultación y o confabulación para cometer otros delitos.
- Cuando se pueda menoscabar gravemente la seguridad nacional del Estado; por ejemplo: en casos de delitos de terrorismo, delincuencia organizada, etc.

Termina el art. 7.4 estableciendo el control judicial de esta «denegación» al decir que será «un tribunal quien adopte la decisión de denegar el acceso a determinados materiales con arreglo al presente apartado o, por lo menos, que dicha decisión se someta a control judicial». Este control se realizará en el momento justo en el que la policía judicial entregue el atestado a la autoridad judicial, por lo que será conveniente redactar una diligencia en la que se exponga qué elementos esenciales se facilitaron y, cuáles se denegaron, motivando las razones de tal denegación.

Como resumen a todo lo expuesto y, en el momento actual, tras la publicación de la LO 5/2015, podemos concluir lo siguiente:

**1.º** Que el denominado «derecho de acceso al expediente» —atestado— en sede policial por el detenido y/o letrado, se contrae únicamente a aquellos materiales obrantes en él que sustenten la legalidad material y formal de la detención de cara a la posible interposición de un procedimiento de Habeas Corpus.

**2.º** Que dicho derecho no es absoluto, y que encuentra sus límites en el respeto a los derechos de terceros, intereses públicos, éxito de la investigación, seguridad del Estado, etc.

**3.º** Que, en consecuencia, se podrá denegar el acceso a estos elementos, y que deberá recogerse en una diligencia cuáles se mostraron y los que se denegaron, motivando el porqué de la negativa, con el fin de que se produzca el necesario control judicial de dicha medida.

**4.º** Que el derecho citado no implica la entrega de copia del atestado.

Para terminar, puede suceder— como en el supuesto contemplado en la STC de 30 de enero de 2017—, que el abogado comparezca en dependencias policiales solicitando el acceso a los elementos esenciales citados, y la detención se haya producido minutos antes (caso de delito flagrante). Lo único que la policía judicial tendrá por escrito será —casi con toda seguridad—, la diligencia de detención y lectura de derechos, porque no habrá dado tiempo a redactar nada más. En estos casos, no se puede pedir aquello que en ese momento no existe, por lo que para lograr la efectividad del derecho podrá ser suficiente relatar a ese letrado y/o detenido el contenido de esos elementos esenciales que, posteriormente, se plasmarán en las oportunas diligencias. Esto va más allá de lo que dice nuestro Derecho —metajurídico para algunos—; esto es una cuestión de puro y simple sentido común.

---

(1) Vid. MARCHAL ESCALONA, A. NICOLÁS; «El Atestado. Inicio del Proceso Penal». Ed. Thomson-Reuters Aranzadi. Pamplona 2017.