



icav

Ilustre Colegio de
Abogados de Valencia

LA DETENCIÓN.

AFECTACIÓN DEL

DERECHO DE

DEFENSA.

LA DETENCIÓN.
POSIBLE AFECTACIÓN
DEL DERECHO DE
DEFENSA

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

© Colegio de Abogados de Valencia

Edita: Colegio de Abogados de Valencia

www.icav.es

Teléfono: 96 394 18 80

DEPÓSITO LEGAL: V-3310-2018

MAQUETA E IMPRIME: Hathi Estudio Creativo, S.L.

LA DETENCIÓN: POSIBLE AFECTACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA

CENTRO DE DEFENSA DE LA DEFENSA
Ilustre Colegio de Abogados de Valencia

José Luis Martínez Morales (presidente)
Auxiliadora Borja Albiol (secretaria)
Francisco de Paula Blasco Gascó (vocal)
José Luis González Cussac (vocal)
Juan Molpeceres Pastor (vocal)

INTRODUCCIÓN

El derecho de defensa no es de los abogados, sino de los ciudadanos y nosotros, los abogados y abogadas, no somos más que el instrumento para hacerlo valer de forma efectiva.

Desde el Centro de Defensa de la Defensa del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia tenemos la intención de evidenciar aquellas posibles quiebras de este derecho fundamental, que además en determinados casos se acompaña de otros también fundamentales (libertad, intimidad, secreto de las comunicaciones, presunción de inocencia, etc.).

En esta primera entrega hemos analizado la afectación del derecho de defensa en la detención, desde una visión eminentemente práctica, con amparo en la Jurisprudencia, en nuestra normativa y también en las directrices marcadas por Europa. Pretendemos dar algunas soluciones, así como hacemos consideraciones que debieran integrarse en su día en la Ley Orgánica del Derecho de Defensa. En posteriores publicaciones abordaremos también la afectación del derecho de defensa en la instrucción, el juicio oral y otras fases procesales. La idea es contribuir a potenciar, en la medida de lo posible, el derecho de defensa del ciudadano frente a los poderes públicos.

José Luis Martínez Morales
Presidente del CDD

LA DETENCIÓN. POSIBLE AFECTACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA:

“Ningún derecho es más natural, ninguno es más sagrado que el de la defensa”, así se refería Gómez de la Serna al derecho de defensa.

El artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el artículo 6 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 24 de la Constitución Española, consagran el derecho a un juicio imparcial. El artículo 48.2 de la Carta y el artículo 24 de la Constitución Española, garantizan el respeto de los derechos de defensa.

El derecho de defensa no es privativo del proceso penal, ni tampoco se agota con la detención, sino que éste se ha de desplegar durante todo el proceso, además de manera efectiva y real. Ahora bien, en la detención se pone en riesgo el derecho a la libertad recogido en el artículo 17 de la Constitución Española, de ahí que cualquier ataque a éste, por mínimo que sea, debe calificarse como grave.

Desde esta perspectiva, vamos a analizar aquellas posibles afectaciones al derecho de defensa en esa inicial situación de privación de libertad, esto es en la detención.

PRÁCTICAS RECOMENDADAS EN LA ASISTENCIA A UN DETENIDO EN DEPENDENCIAS POLICIALES:

Antes de entrar a analizar qué posibles vulneraciones hemos encontrado en la fase de detención, creemos necesario marcar unos ítems en la actuación, que nosotros, como letrados, vamos a prestar en la detención, dado que con ello podemos evitar en gran parte que el derecho de defensa de nuestro defendido se vea coartado:

- Nada más llegar a la comisaría, solicitar que se nos haga entrega de los elementos esenciales para combatir la detención. La información y documentación que se nos facilite es muy importante, debe hacerse constar por escrito, debiendo incluirse por parte del agente que hace entrega la hora en que se produce la misma. Esto será imprescindible por sí, a nuestro parecer, consideramos que la información facilitada no es suficiente, al objeto de que tomemos las medidas oportunas.
- Solicitar vernos reservadamente con nuestro defendido. La entrevista debe realizarse en un espacio adecuado, donde no haya control auditivo por parte de los agentes, considerando que lo puede haber visual por motivos de seguridad -no siendo siempre necesario, por lo que esa valoración deberá hacerse previamente por el letrado-.
- Si las circunstancias no son las adecuadas, aconsejarle no declarar. Hay que tener en cuenta que nuestro conocimiento de los hechos y de las diligencias practicadas por la fuerza pública es muy precario, más si cabe si no tenemos la seguridad de que se nos haya entregado toda la documentación referente a nuestro cliente, por lo que, con esa premura de tiempo es difícil articular una estrategia de defensa en la cual se integre la declaración de nuestro defendido. Por otro lado, hemos de ser conscientes de la falta de validez como prueba de dicha declaración al llevarse a cabo en sede policial, conforme establece la jurisprudencia del Tribunal Supremo.
- Debemos comprobar en el atestado, o en los documentos entregados para combatir la detención, la hora de ésta para comprobar el tiempo transcurrido desde que se produce hasta que se nos requiere de asistencia. Un corto margen de tiempo sería un indicio de que por los agentes no se han efectuado prácticas ajenas a lo instruido oficialmente; por el contrario, debemos pedir explicación cuando tengamos constancia de un amplio margen de tiempo no justificado en el atestado entre el momento de la detención y el aviso al letrado.

- El letrado, en su asistencia al detenido, debe comprobar si está debidamente justificada la detención, conforme al artículo 492 de la Lecrim. Si no es así, ha de pedir que se haga constar por escrito el fundamento de la detención, y en su defecto, su inmediata puesta en libertad y que por el agente se proceda a su citación para la vista ante el juez. En muchos de los casos investigados por las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado no es necesario proceder a la detención de la persona a la que se le atribuye un hecho punible. Bastaría con citarla en dependencias judiciales y que ésta pudiera marcharse libremente una vez se da lectura de sus derechos en su presencia y se practican, en su caso, las diligencias que se consideren necesarias. Llevar a cabo y mantener la detención hasta el límite de 72 horas puede ser una privación injustificada de libertad. No podemos olvidar que nuestro ordenamiento permite que un detenido pueda estar hasta 6 días en situación de detención (17 CE: 72 horas en dependencias policiales+ 505.2 LECRIM: 72 horas a disposición judicial). Y, a mayor abundamiento, deberemos insistir también en que se nos justifique también por qué, una vez se ha procedido a la detención, no se deja al detenido en libertad al finalizar las diligencias, sino que, como norma general, se le pone a disposición judicial. Dicha justificación, solicitaremos que se haga por escrito en acta aparte, instando al agente a que, valorando las circunstancias personales del detenido, tenencia de antecedentes, hecho delictivo y el mismo estado de la investigación, justifique el mantenimiento de la detención y la puesta a disposición ante el juzgado de guardia. Esta práctica habitual prolonga injustificadamente la privación de la libertad del individuo. Por ello, en caso de que el agente, o bien no proceda a esa valoración o sea el letrado quien la juzguen como inadecuada, proponemos al colegiado que comunique las circunstancias de la detención al ICAV a efectos que quede registrado, y éste pueda actuar, en su caso, desde una perspectiva colectiva. En este momento, el letrado debe valorar si, como consecuencia de no haberse acreditado por el agente la necesidad de la detención conforme los preceptos legales (492 y ss LECRIM), estamos

en presencia de una detención ilegal del artículo 530 CP. Por ello, proponemos el mismo modo de actuación que ya el TC ha legitimado en orden a la negativa de entregar los elementos indispensables del atestado para combatir la detención, que el plantear un *habeas corpus*. Para ello, indicaremos que, solicitado al agente que justifique los motivos de la detención y la decisión de traspaso al juzgado de guardia, contraviniendo de forma arbitraria lo dispuesto en el artículo 496 Lecrim, el mismo se ha negado, por lo que podemos entender que se trata de una detención ilegal.

- Asegurarnos, en cualquier caso, que se le va a poner a disposición judicial a la mayor brevedad y sin demora injustificada. Es práctica habitual que el momento de puesta a disposición judicial de detenido se adapte a los horarios de las fuerzas y cuerpos de seguridad y de los juzgados de guardia, sin priorizar, por tanto, el derecho a la libertad.
- Preguntarle a nuestro defendido si se le han leído los derechos en el momento de la detención y si se le ha informado del motivo de ésta.
- Asegurarnos que han avisado a la persona designada por el detenido y le han permitido mantener la conversación telefónica prevista por la ley. Son dos derechos diferentes y ambos deben cumplirse.
- Asegurarnos que la policía no ha hablado con ellos a solas y que la detención se ha producido en las condiciones previstas legalmente.
- Realizar una calificación provisional de los hechos para comprobar si se justifica la detención.
- En el supuesto en que se vaya a prolongar la puesta a disposición judicial, debemos conocer los motivos que argumenta la fuerza pública (elementos esenciales detención y su prórro-

ga) y confirmar si es necesaria la prolongación de la detención mientras se realizan determinados trámites o se practican diligencias.

- Solicitar que se proceda al reconocimiento por el médico forense en sede policial, sin esperar a su puesta a disposición judicial, ya que la ley establece la posibilidad de que así sea durante el periodo de detención por parte de la fuerza pública.
- Solicitar que se le tomen muestras de orina y saliva siempre que tengamos la sospecha que pudiera estar bajo los efectos del alcohol o de sustancias estupefacientes o fármacos.

1. VULNERACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA POR EL INCUMPLIMIENTO DE LO PRECEPTUADO EN LOS ARTÍCULOS 118.1.A Y B); 520.2.D) DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL, SOBRE LA ENTREGA DEL ATESTADO POLICIAL INCOMPLETO O DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES PARA IMPUGNAR LA DETENCIÓN AL ABOGADO ANTES DE LA DECLARACIÓN EN COMISARÍA.

A) *VULNERACIÓN:*

Puede producirse cuando, una vez comparecemos en el centro de detención para efectuar una asistencia, solicitamos que se nos proporcionen los elementos esenciales para combatir la detención y para tomar conocimiento y examinar las actuaciones, antes de entrevistarnos con el detenido, y por el agente de la autoridad se nos niegan.

B) *PRECEPTO INFRINGIDO:*

El derecho a ser informado de los hechos que se le atribuyan (art. 118.1. a) L.E.Crim.) y también el derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa, debe ser en todo caso anterior a que se le tome declaración al dete-

nido (art. 118.1.b] L.E.Crim). Puede vulnerarse también el artículo 17 de la CE.

C) *PROPUESTA DE ACTUACIÓN POR EL LETRADO:*

El CDD propone que, cuando por parte de los cuerpos y fuerzas de la seguridad del Estado se nos deniegue el examen de las actuaciones (atestado), e incluso no se nos faciliten los elementos esenciales para combatir la detención, debemos solicitar que se haga constar por escrito en el Acta de la declaración policial: *“... que ha solicitado a la Instrucción del presente atestado la posibilidad de tener acceso a lo actuado, no accediendo a ello la Instrucción”*.

A continuación, existe la posibilidad de iniciar el procedimiento de *Habeas Corpus*. Este procedimiento se define por la STC 154/1995, como *“una garantía procesal específica para la protección al derecho a la libertad personal”*. Su regulación se contempla en la LO 6/1985, de 25 de mayo, es un proceso preferente, calificado por el TC como *“proceso especial de cognición limitada entendido como instrumento de control judicial que versa no sobre todos los aspectos o modalidades de la detención, sino solo sobre su regularidad o legalidad en el sentido de los arts. 17.1 y 4 C.E., y art. 5.1 y 4 del C.E.D.H”* (STC 12/1994).

En distintas sentencias del Tribunal Constitucional, como la de 5 de marzo de 2018, se ha considerado que el procedimiento de *Habeas Corpus* es un recurso efectivo para combatir estos hechos, siendo el recurso exigido a efectos de Derecho Comunitario (sic). Es más, la sentencia del TC citada, tan relevante para esta cuestión, determinó que: *“La facultad de acceso reconocida por la ley tiene como finalidad facilitar la posibilidad de contrastar objetivamente la veracidad y consistencia de la información recibida y, en caso de desacuerdo, permite cuestionarla fundadamente ante la autoridad judicial. Es además relevante para decidir la estrategia que el detenido considera útil a sus intereses de defensa. Por ello, el reconocimiento legal expreso de este derecho refuerza la importancia del habeas corpus como procedimiento de control judicial de los casos y*

modos en que la privación de libertad es legítima”. Y continúa: “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”.

Pueden instar el procedimiento de **Habeas Corpus**: a) El privado de libertad, su cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad, descendientes, ascendientes, hermanos y, en su caso, respecto a los menores y personas incapacitadas, sus representantes legales. b) El Ministerio Fiscal c) El Defensor del Pueblo o de oficio, el Juez competente. La jurisprudencia admite la interposición de dicho procedimiento también por parte del abogado.

El art. 4 de la L.O. 6/1985 dispone: El procedimiento se iniciará, salvo cuando se incoe de oficio, por medio de escrito o comparecencia, no siendo preceptiva la intervención de Abogado ni de Procurador. En dicho escrito o comparecencia deberán constar: a) El nombre y circunstancias personales del solicitante y de la persona para la que se solicita el amparo judicial regulado en esta ley. b) El lugar en que se halle el privado de libertad, autoridad o persona, bajo cuya custodia se encuentre, si fueren conocidos, y todas aquellas otras circunstancias que pudieran resultar relevantes. c) El motivo concreto por el que se solicita el «*Habeas Corpus*».

“:“(…) mi abogado ha solicitado acceder a las diligencias practicadas (atestado policial) para examinar los elementos que justifican la legalidad de mi detención y le han negado ver o examinar el atestado, con vulneración del art. 520 L.E.Crim. Que el atestado está cerrado, pero desconocen si pasará hoy al Juzgado de guardia (...)”.

En caso de que se limite indebidamente la libertad personal durante la detención, se admite por el Tribunal Constitucional que, para combatirla, bien se utilice el procedimiento de *Habeas Corpus* que agotará la vía judicial, o bien se inste la protección civil, penal o contencioso-administrativa de los derechos mediante el ejercicio de las acciones dirigidas contra los presuntos vulneradores.

Por tanto, de constituir un delito esa detención ilegal, podrán denunciarse los hechos, en todo caso, ante el Juzgado por delitos de los artículos 163.1 y 167 del C.P (si no había motivo para la detención, es decir, que a todas luces era ilegal por no mediar causa por delito) o del artículo 530 del C.P (cuando mediando causa por delito, no se respetan las garantías constitucionales o legales).

Por ello, plantear el *Habeas Corpus* no es la única opción y es el abogado quien, analizando todos los elementos, deberá tomar la mejor decisión que implique una puesta en libertad de su cliente sin mayores repercusiones. Otra vía, como decíamos, sería la de interponer una denuncia por violación del artículo 530 C.P. En el anterior párrafo invocábamos el quebranto del art. 530 C.P. Nos planteamos que, cuando solicitamos conforme a la ley el atestado policial y se nos niega sin causa justificada, el agente de la autoridad podría estar cometiendo un delito del art. 530 C.P. que establece: *“La autoridad o funcionario público que, **mediando causa por delito, acordare, practicare o prolongare cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a ocho años”***.

Ello implica que, cuando se produce una detención y en el transcurso de ésta el agente, incumple o desprecia las garantías legales (en este caso no entregarnos el atestado conforme lo dispuesto en el art. 118.1.b de la L.E.Crim.) podría estar llevando a cabo una detención con violación de las garantías legales, por lo que, en principio, podría estar cometiendo un delito. Sin embargo, el CDD entiende que dicha medida no puede aplicarse de forma indiscriminada, por las gravosas consecuencias que plantea, y que el letrado debe calibrar, antes de dar este paso, los riesgos que implica para su defendido y para sí mismo.

D) FUNDAMENTACIÓN: ANEXO I.

2. QUE EN EL MARCO DE UNA ACTUACIÓN POLICIAL SE PRODUZCAN RECONOCIMIENTOS FOTOGRÁFICOS DEL SOSPECHOSO POR PARTE DE UN TESTIGO/VÍCTIMA DE LOS HECHOS INVESTIGADOS, SIN LA PRESENCIA DE UN ABOGADO.

A) VULNERACIÓN:

Identificación fotográfica de un sospechoso, al haber mostrado los agentes de la autoridad imágenes del mismo a un testigo o a la víctima de los hechos, sin que se haya practicado con suficientes garantías. Ese reconocimiento fotográfico podrá condicionar el desarrollo posterior de la causa.

B) PRECEPTO INFRINGIDO

Legalmente no se infringe ningún precepto legal, por cuanto es una diligencia que no se encuentra regulada como tal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siendo más una técnica policial que viene perfilándose a tenor de criterios jurisprudenciales. El hecho de que no esté regulada legalmente, aun cuando en ningún precepto esté prohibida, ya debería hacernos poner en cuestión dicha figura. Y al tener un reducido desarrollo constitucional, nos encontramos con una práctica cuyo incumplimiento deberá valorarse por el Juez instructor. Advertir que los requisitos jurisprudenciales hablan de que no se podrá dirigir a los testigos, calificando esta práctica de vicio, no de nulidad.

Podemos catalogarla como una diligencia policial destinada a la averiguación de la identidad de la persona infractora. Por ello, tampoco procede su práctica cuando ya hay una efectiva identificación del sujeto, ya que se debería llevar a cabo directamente la Rueda de Reconocimiento. No obstante, desde el CDD entendemos que sí puede contravenir el Derecho de Defensa por cuanto un reconocimiento fotográfico positivo, de facto, condicionará o podrá condicionar el devenir de la causa.

C) PROPUESTA DE SOLUCIÓN

Entendemos que debiera de regularse legalmente el modo en que se llevan a cabo los reconocimientos fotográficos, para evitar ciertas prácticas inadecuadas como cuando un agente da indicaciones al testigo para facilitar la identificación, o varios testigos contemplan a un tiempo una misma composición fotográfica. Hasta que esto se produzca, se propone que, cuando se tenga que proceder a un reconocimiento fotográfico por parte de una víctima/denunciante o un testigo, se requiera la presencia de un letrado del turno de oficio. No será el abogado del sospechoso, porque todavía no lo hay, pero esa presencia letrada puede contribuir a evitar las malas prácticas en dicha diligencia. En todo caso, convendría que esta garantía se regulase en el anteproyecto de Ley Orgánica Derecho de Defensa.

D) FUNDAMENTACIÓN: ANEXO 2

3. CUANDO LAS CONVERSACIONES MANTENIDAS EN EL TRANCURSO DE LA DETENCIÓN ENTRE EL DETENIDO Y LOS AGENTES SE INCORPORAN EN EL ATESTADO. VALOR DE LAS DECLARACIONES Y AFECTACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA.

A) VULNERACIÓN:

Cuando tales conversaciones entre agentes y detenido en ausencia del letrado y sin contemplar las debidas garantías legales y constitucionales son utilizadas para enervar la presunción de inocencia, o para justificar la práctica de diligencias por parte de los agentes.

B) PRECEPTO INFRINGIDO:

Es una variación del artículo 520.2.b. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establece el derecho del acusado a: *“no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable”*.

C) PROPUESTA DE SOLUCIÓN:

A pesar de que no pueden ser tenidas en cuenta, tal y como ha establecido nuestra jurisprudencia, se recomienda que no se incorporen al atestado policial, y en caso de que por los agentes se incluyan, hemos solicitar expresamente que sean expulsadas del expediente judicial por el Juez de Instrucción para que las mismas no lleguen indirectamente al conocimiento del juez sentenciador, ni puedan ser tenidas en cuenta de ninguna forma por el mismo.

Del mismo modo, también se evita al suprimirlas, que los agentes puedan justificar la práctica de determinadas diligencias en las manifestaciones supuestamente espontáneas de los detenidos. Como ocurre cuando las fuerzas y cuerpos de seguridad detienen a otro supuesto partícipe del delito con motivo de las declaraciones que ha efectuado, sin presencia de letrado y sin las garantías legales, un detenido.

4. **QUE LAS MUESTRAS ORGÁNICAS (ORINA O EXHALACIÓN DE ALIENTO) NO SE TOMEN EN COMISARÍA, Y POR TANTO, TRANSCURRA EL TIEMPO DE LA DETENCIÓN SIN QUE SE LLEVEN A CABO, CON EL RIESGO DE AFECTACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA QUE PUEDE SUPONER LA DESAPARICIÓN DE SUS PARÁMETROS POSITIVOS POR LA NECESARIA ESPERA DEL TRASLADO A UN CENTRO MÉDICO U HOSPITALARIO.**

A) VULNERACIÓN:

Puede entenderse afectado el derecho fundamental a la defensa, a la práctica de los medios y diligencias de investigación que sean considerados necesarios y pertinentes y a un procedimiento con todas las garantías, pudiendo provocar una situación de indefensión.

En este caso, el detenido tiene derecho a que se puedan acreditar las condiciones de afectación en las que se encuentra, para valorar la posible concurrencia de atenuantes que modifican la responsabilidad criminal.

B) PRECEPTO INFRINGIDO:

Dado que no se contempla expresamente en nuestro ordenamiento, de forma genérica consideramos que éste se ampara en el 24.1 de la Constitución.

C) PROPUESTA:

En tanto en cuanto no se articule y se ponga en marcha un protocolo de toma de muestras en sede policial, que tanto el CDD como el ICAV propugna, los letrados hemos de solicitar a los instructores del atestado policial que hagan constar en el mismo el posible estado de afectación del detenido y acuerden el inmediato traslado a un centro asistencial.

Por otro lado, la ley prevé que sea visto por el médico forense o por el médico de la institución en que se encuentre, y no que sea trasladado a centro médico o asistencial donde no es frecuente que se le tome ningún tipo de muestra. No entendemos que exista objeción para permitir que el letrado solicite que le vea allí el médico, y que dicho facultativo tome muestras en sede policial, como habitualmente lo hace el propio médico forense en el juzgado de guardia.

D) FUNDAMENTACIÓN: ANEXO 4.

5. RETRASO INJUSTIFICADO EN LA COMUNICACIÓN CON EL ABOGADO QUE ASISTIRÁ AL DETENIDO EN DEPENDENCIAS POLICIALES. NO SE ESTABLECE UN ESTRICTO PLAZO LEGAL PARA COMUNICAR CON EL LETRADO EN EL MOMENTO DE LA DETENCIÓN.

A) VULNERACIÓN:

Del derecho de defensa y de la libertad personal producido a causa de un retraso injustificado en la asistencia letrada.

B) PRECEPTO INFRINGIDO

En este caso debemos decir que es la falta de previsión de este 520 L.E.Crim. la que articula la infracción, por cuanto no existe ninguna obligación del agente de la autoridad a contactar con el letrado en el plazo más corto posible dentro de esas 72 horas, por lo que el detenido habría haber sido privado de libertad, sin el control y la garantía que implican la asistencia letrada.

C) PROPUESTA DE ACTUACIÓN:

Desde el CDD consideramos que se ha de comprobar la hora de detención y cuando han contactado con el letrado, y en caso de que exista un amplio margen de tiempo, exigir que los agentes que justifiquen y hagan constar los motivos en el acta, así como que se explicita donde ha estado el detenido en ese periodo de tiempo.

De constituir un delito del 530 C.P, entendemos que deberán ponerse los hechos en conocimiento de la autoridad judicial.

D) FUNDAMENTACIÓN: ANEXO 5.

ANEXO DETENCIÓN:

1. VULNERACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA POR EL INCUMPLIMIENTO DE LO PRECEPTUADO EN LOS ARTÍCULOS 118.1.A Y B); 520.2.D) DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL, SOBRE LA ENTREGA DEL ATESTADO, EN CONCRETO, DE LOS ELEMENTOS NECESARIOS PARA IMPUGNAR LA DETENCIÓN ANTES DE LA DECLARACIÓN EN COMISARÍA.

Consideramos se deben diferenciar dos supuestos en orden a la privación de libertad. El primero reconoce a toda persona a quien se considere que ha podido cometer un hecho punible, el derecho a ser informado de los hechos que se le atribuyan (art. 118.1. a] L.E.Crim) y también el derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa, momento que debe ser, en todo caso, anterior a que se le tome declaración (art. 118.1.b] L.E. Crim); y el segundo, cuando como consecuencia de la investigación de un delito se acuerda la privación cautelar de libertad de un sospechoso de haber participado en él.

En tal caso, estos derechos del detenido se especifican detalladamente en el art. 520.2 L.E.Crim que establece ***“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: Derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que***

sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad”.

Este derecho es una exigencia del artículo 118.1.a) y el artículo 520, Capítulo IV -Del ejercicio del derecho de defensa, de la asistencia de Abogado y del tratamiento de los detenidos y presos- de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establece:

1. La detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio. Quienes acuerden la medida y los encargados de practicarla, así como de los traslados ulteriores, velarán por los derechos constitucionales al honor, intimidad e imagen de aquéllos, con respeto al derecho fundamental a la libertad de información.

La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. Dentro de los plazos establecidos en la presente Ley, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

En el atestado deberá reflejarse el lugar y la hora de la detención y de la puesta a disposición de la autoridad judicial o en su caso, de la puesta en libertad.

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:

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

f) *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 designen el juez o el fiscal, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 527.*

g) *Derecho a ser visitado por las autoridades consulares de su país, a comunicarse y a mantener correspondencia con ellas.*

h) *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.*

i) *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.*

j) *Derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita, procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla.*

Asimismo, se le informará del plazo máximo legal de duración de la detención hasta la puesta a disposición de la autoridad judicial y del procedimiento por medio del cual puede impugnar la legalidad de su detención.

Cuando no se disponga de una declaración de derechos en una lengua que comprenda el detenido, se le informará de sus derechos por medio de un intérprete tan pronto resulte posible. En este caso, deberá entregársele, posteriormente y sin demora indebida, la declaración escrita de derechos en una lengua que comprenda.

En todos los casos se permitirá al detenido conservar en su poder la declaración escrita de derechos durante todo el tiempo de la detención.

2 bis. *La información a que se refiere el apartado anterior se facilitará en un lenguaje comprensible y que resulte accesible al destinatario. A estos efectos se adaptará la información a su edad, grado de madurez, discapacidad y cualquier otra circunstancia personal de la que pueda derivar una limitación de la capacidad para entender el alcance de la información que se le facilita.*

3. *Si el detenido fuere extranjero, se comunicará al cónsul de su país el hecho de su detención y el lugar de custodia y se le permitirá la comunicación con la autoridad consular. En caso de que el detenido tenga dos o más nacionalidades, podrá elegir a qué autoridades consulares debe informarse de*

que se encuentra privado de libertad y con quién desea comunicarse.

4. *Si se tratare de un menor, será puesto a disposición de las Secciones de Menores de la Fiscalía y se comunicará el hecho y el lugar de custodia a quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del mismo, tan pronto se tenga constancia de la minoría de edad.*

En caso de conflicto de intereses con quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del menor, se le nombrará un defensor judicial a quien se pondrá en conocimiento del hecho y del lugar de detención.

Si el detenido tuviere su capacidad modificada judicialmente, la información prevista en el apartado 2 de este artículo se comunicará a quienes ejerzan la tutela o guarda de hecho del mismo, dando cuenta al Ministerio Fiscal.

Si el detenido menor o con capacidad modificada judicialmente fuera extranjero, el hecho de la detención se notificará de oficio al Cónsul de su país.

5. *El detenido designará libremente abogado y si no lo hace será asistido por un abogado de oficio. Ninguna autoridad o agente le efectuará recomendación alguna sobre el abogado a designar más allá de informarle de su derecho.*

La autoridad que tenga bajo su custodia al detenido comunicará inmediatamente al Colegio de Abogados el nombre del designado por el detenido para asistirle a los efectos de su localización y transmisión del encargo profesional o, en su caso, le comunicará la petición de nombramiento de abogado de oficio.

Si el detenido no hubiere designado abogado, o el elegido rehusare el encargo o no fuere hallado, el Colegio de Abogados

procederá de inmediato al nombramiento de un abogado del turno de oficio.

El abogado designado acudirá al centro de detención con la máxima premura, siempre dentro del plazo máximo de tres horas desde la recepción del encargo. Si en dicho plazo no compareciera, el Colegio de Abogados designará un nuevo abogado del turno de oficio que deberá comparecer a la mayor brevedad y siempre dentro del plazo indicado, sin perjuicio de la exigencia de la responsabilidad disciplinaria en que haya podido incurrir el incompareciente.

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.

Si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, el

juez de instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad.

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.

7. Las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado tendrán carácter confidencial en los mismos términos y con las mismas excepciones previstas en el apartado 4 del artículo 118.

8. 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.

El artículo 520 L.E.Crim sufrió modificaciones en el año 2015. La primera por el artículo 2.4 de la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por el que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para trasponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho de interpretación y 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; y la segunda, por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

El artículo 4.2.a de la Directiva 2012/13/UE disponía en su artículo 4, Declaración sobre los derechos en el momento de la detención:

*Además de la información que figura en el artículo 3, la declaración de derechos a la que se hace referencia en el apartado 1 del presente artículo contendrá información acerca de los siguientes derechos, tal como se apliquen con arreglo a la legislación nacional: **a) el derecho de acceso a los materiales del expediente;***

Y su 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.

Si comparamos la Directiva con lo traspuesto en el artículo 520 L.E.Crim, ya se evidencia la intención de mínimos que tenía nuestro legislador, por cuanto no recoge de forma específica una actuación del abogado que obligue a los agentes a entregarle toda la documentación de la que dispongan antes de la declaración en dependencias policiales o al menos la necesaria para poder impugnar los motivos de la detención. Parece evidente que no se puede dejar al albur del agente la decisión sobre qué documentación es la que él considera necesaria para proceder, en su caso, con la impugnación.

Es decir, tan solo se establece el Derecho del detenido a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad, lo que hemos “traducido” como el derecho del abogado a acceder a los materiales en comisaría. Debemos solicitar el atestado completo y este se nos debiera entregar antes de la declaración, y esto nos parece importante reseñarlo, por cuanto los agentes no pueden tener la potestad de decidir qué documentación nos entregan, si bien, la reciente STC de 5 de marzo de

2018 dedica un apartado amplio a fundamentar que los agentes están obligados a entregar solo los elementos esenciales para combatir la detención en sentido amplio (no por tanto el atestado, entendiendo que puede haber elementos no esenciales para combatir la detención, como posibles vías de investigación). Cuando consideremos que con la entrega de algunos de los materiales se nos cercena en nuestro derecho (a combatir la detención) podría ser el momento también de instar el *habeas corpus*, ya no por la falta de entrega de esos elementos, sino por su insuficiencia. **Es fundamental que se nos entreguen por escrito, haciendo constar la hora de entrega, dado que es la única forma de que la autoridad judicial pueda comprobar la suficiencia de esos documentos como elemento nuclear para combatir la detención.**

Los agentes, en base a lo dispuesto en el artículo 527.1. d) L.E.Crim, pueden privar al detenido de sus derechos, entre otros, de acceso al expediente cuando por razones de seguridad (delictiva) se proceda a la incomunicación del detenido.

No obstante, lo que debería ser una excepcionalidad (casos de terrorismo principalmente) se torna en la norma de aplicación, encontrándonos en la práctica diaria con la contundente negativa de los agentes a entregar al abogado el atestado en dependencias policiales. Es importante destacar que esta negativa no parece tener ningún tipo de sanción por parte de las autoridades cuando su uso regular no está basado en la excepción ni en razones objetivas.

Por tanto, siempre y cuando no se den los motivos para suspender este derecho (509 y 527.1.d de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y que en su caso debe ser una excepción) se nos debe de entregar el atestado (elementos esenciales y suficientes para combatir la detención), así como que se nos comuniquen los elementos de prueba con los que se cuenta para sustentar la detención, tal y como ha confirmado la STC de 5 de marzo de 2018.

En la práctica, como ya hemos dicho, debemos de solicitar que se haga constar por escrito en el Acta de la declaración policial: *“... que ha solicitado a la Instrucción del presente atestado la posibilidad de te-*

ner acceso al atestado, no accediendo a ello la Instrucción”, y a continuación, solicitar el inicio del procedimiento Habeas Corpus: “(...) mi abogado ha solicitado acceder a las diligencias practicadas (atestado policial) para examinar los elementos que justifican la legalidad de mi detención y le han negado ver o examinar el atestado, con vulneración del art. 520 L.E.Crim. (...)”. Aun cuando la ley reguladora del Habeas Corpus no lo prevé expresamente, la jurisprudencia admite que dicho procedimiento pueda ser iniciado por el letrado.

A priori, puede parecer una medida drástica, pero no lo es si la sustentamos sobre la base de que en este supuesto el procedimiento Habeas Corpus garantiza y controla el cumplimiento de este derecho, así como el derecho fundamental a la efectiva asistencia letrada del artículo 17.3 CE, artículo que es de aplicación en esa fase difusa previa a la detención; si no podemos tener acceso al atestado impidiendo la efectiva defensa del detenido (que no investigado), la detención por ende no puede ser legal sobre esa misma base. Recordamos que, atendiendo a la jurisprudencia del TC, deberemos hacer constar nuestra queja en el Acta (STC 13/2017, de 30 de enero) ya que de lo contrario no podremos cuestionar la legalidad de la detención sobre ese fundamento.

¿Cómo se verifica el cumplimiento de estos derechos? En este caso, Sentencia del T.C de 5 de marzo de 2018, en sus fundamentos, ha configurado una “guía” del modo en que debe ser entregada esta información:

- a) *En cuanto a la forma en que la información ha de ser suministrada, destaca la exigencia de que la misma sea proporcionada al detenido por escrito. Esta es una de las importantes novedades de la regulación legal: la información no puede ser únicamente verbal, ni puede ser sustituida por la más genérica y habitual “información de derechos”. Ha de formalizarse en un **documento que ha de ser entregado al detenido**, que bien puede ser el mismo en el que se recoja la información sobre sus derechos. En todo caso, debe también dejarse constancia en el atestado de la fecha y hora en que se ha producido dicha información.*

Se evitan así posteriores debates sobre el momento y contenido de la información facilitada, y se favorece el control de su consistencia y suficiencia.

- b) En cuanto al **momento en el que la información ha de ser facilitada**, la ley reitera la exigencia constitucional: ha de serlo **“de forma inmediata”** en los casos de privación de libertad. La exigencia de inmediatez se dirige a evitar innecesarios espacios de incertidumbre personal acerca de la situación de privación de libertad. En todo caso, en garantía de su derecho de defensa, deberá proporcionarse antes de su primer interrogatorio por parte de la policía.
- c) Como hemos ya expuesto, **la información que debe ser facilitada solo es suficiente si tiene un triple contenido: se ha de extender a los hechos atribuidos, a las razones motivadoras de la privación de libertad y a los derechos que, durante su detención, definen 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.** En este sentido, y a ello se hace referencia acertadamente en la demanda de amparo, la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial, en su reunión de 15 de julio de 2015, vigente ya la LO 5/2015, de 27 de abril, fijó como contenido mínimo de la información policial que

*ha de facilitarse a los detenidos la que se refiere al lugar, fecha y hora de la detención y la comisión del delito, a la identificación del hecho delictivo, y también a los “indicios de los que se deduce la participación del detenido en el hecho delictivo”, indicios sobre los que ha de reseñarse su procedencia objetiva. **Debemos destacar también que 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 vídeo, 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) LE-Crim., a cuyos elementos nucleares nos referiremos a continuación.***

Entendemos que afecta al derecho de defensa del artículo 24CE, por cuanto si se nos niega el acceso a la documentación, no podremos recurrir la detención de forma efectiva hasta un momento posterior ante la autoridad judicial, lo que puede condicionar la libertad del detenido en caso de que no declare, por cuanto se le desaconsejará siempre (su declaración) a menos que no hayamos podido acceder al atestado.

Pero, al margen de lo expuesto, el verdadero derecho fundamental afectado **durante** la detención será el artículo 17 CE (por ser previa a la puesta a disposición ante el juez, momento en el que se adquiere la condición de investigado), que establece:

ARTÍCULO 17

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.

2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

4. La ley regulará un procedimiento de “habeas corpus” para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

Realmente, NO EXISTE UNA OBLIGACIÓN PARA LOS FCSE DE PROCEDER CON LA DETENCIÓN DE UNA PERSONA. El artículo 492 L.E.Crim. da las pautas de cuando se debe proceder con la detención y si esta no procede, debe procederse por el agente a poner antes de las 24 horas en libertad al detenido, y en su caso, proceder con la citación.

Y es que, es más que evidente, que la privación de libertad es la excepción, más si cabe cuando la inmensa mayoría de detenidos que se enfrentan al juez de guardia terminan en libertad.

Debe convertirse en una práctica habitual el pedir su inmediata puesta en libertad y solicitar que por el agente se proceda a su citación (siempre que proceda o entendemos que es lo más adecuado, dado que el artículo 496 L.E.Crim ni tan siquiera determina que se le deba citar) para la vista ante el juez.

Llevar a cabo y mantener la detención hasta el límite de 72 horas puede ser una privación injustificada de libertad, habida cuenta que la ley establece la posibilidad de privación de libertad de hasta 6 días (17 CE: 72 horas + 505.2 LECRIM: 72 horas).

Por ello, es conveniente que solicitemos a los agentes que justifiquen el motivo de por qué se ha procedido con la detención y no a la citación. Y, a mayor abundamiento, deberemos insistir en que se nos justifique también por qué, una vez se ha procedido a la detención, no se deja al detenido en libertad al finalizar las diligencias, sino que, como norma general, se le pone a disposición judicial.

Dicha justificación, solicitaremos que se haga por escrito en acta aparte, instando al agente a que, valorando las circunstancias personales del detenido, tenencia de antecedentes penales, hecho delictivo y el mismo estado de la investigación, justifique el mantenimiento de la detención y la puesta a disposición ante el juzgado de guardia.

En caso de que el agente, o bien no proceda a esa valoración o seamos nosotros quienes la juzguen como vaga, proponemos al colegiado que comunique la detención al OAC a efectos que quede registrado por el colegio para futuras actuaciones. En este momento, el letrado debe valorar si, como consecuencia de no haberse acreditado por el agente la necesidad de la detención conforme los preceptos legales (492 y ss. LECRIM), si estamos en presencia de una detención ilegal del artículo 530 CP. Por ello, proponemos el mismo modo de actuación que ya el TC ha legitimado en orden a la negativa de entregar los elementos indispensables del atestado para combatir la detención, que el plantear un habeas corpus. Para ello, indicaremos que, solicitado al agente que justifique los motivos de la detención y la decisión de traspaso al juzgado de guardia, contraviniendo de forma arbitraria lo dispuesto en el

artículo 496 LECRIM, el mismo se ha negado por lo que consideramos la detención ilegal. Es más que evidente que es el letrado quien debe poner en valor la situación sin perder de vista que nos encontramos ante derechos fundamentales que pueden estarse vulnerando.

Se nos plantea la cuestión de qué tipo de acciones, si civiles o penales, o ambas, pueden interponerse contra los agentes, si llegamos a considerar que se ha producido una detención ilegal de los artículos 163.1 y 167 del Código Penal, pudiendo reclamar en concepto de responsabilidad civil una indemnización por daños y perjuicios (incluyendo los intereses del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Entendemos que podrá denunciarse el hecho cuando se produzca una detención ilegal sin que concurran los presupuestos de los artículos 490 y 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que si concurren estos presupuestos, la detención sí será legítima, al margen de que puedan producirse otras vulneraciones susceptibles de ser denunciadas. Es decir, que para la aplicación de los artículos 167.1 y 163.1 del Código Penal, no debe mediar, justificable o no (y no vamos a adentrarnos en el error de derecho o de hecho de los agentes) la iniciación de un proceso penal, y si la hay, entendemos que a priori servirá como base legitimadora del agente, lo que, determinando la ilegalidad de la detención, sería constitutivo de la infracción del artículo 530 C.P y no la de los preceptos de la detención ilegal ya aludidos.

Plantear el *habeas corpus* no es la única opción y es el abogado quien, analizando todos los elementos, deberá tomar la mejor decisión que implique una puesta en libertad de su cliente sin mayores repercusiones.

Otra, que estamos analizado por las delicadas consecuencias que nos plantea, es la de interponer una denuncia por violación del artículo 530 C.P. En el anterior párrafo invocábamos el quebranto del art. 167 y 163 C.P. cuando se hubiera cometido por los agentes una detención ilegal, es decir, cuando no iba precedida de la comisión de un hecho delictivo siendo obvio aquí que se había producido un abuso policial.

Nos planteamos que, cuando solicitamos conforme a la ley el atestado policial y se nos niega sin causa justificada, el agente de la autoridad podría estar cometiendo un delito del art. 530 C.P. que establece: *“La autoridad o funcionario público que, **mediando causa por delito, acordare, practicar o prolongare cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales**, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a ocho años”*. Fíjese en las palabras resaltadas en negrita. Implica que, cuando se produce una detención y en el transcurso de esta el agente, reniega, obvia o desprecia las garantías legales (en este caso no entregarnos el atestado conforme lo dispuesto en el art. 118.1. b de la L.E. Crim.) estaría practicando una detención con violación de las garantías constitucionales y legales, por lo que, a priori, podría estar cometiendo un delito.

Como decimos, es una posibilidad que se está estudiando desde el CDD, que esperamos desarrollar con la siguiente entrega de este trabajo.

Otra cuestión que se nos plantea es la de la misma detención, la norma que tienen los agentes de proceder siempre con una detención y no proceden a una citación, cuando, valorado el caso en concreto disciernen que no es necesario detener a esa persona. Creemos que el problema viene del defectuoso tratamiento que nuestro legislador efectuó de los arts. 486 a 501 L.E.Crim.

El art. 486 L.E.Crim. establece: *“La persona a quien se impute un acto punible deberá ser citada sólo para ser oída, a no ser que la ley disponga lo contrario, o que desde luego proceda su detención”*.

De la lectura de este artículo podríamos llegar a entender que la detención no siempre procederá siendo una decisión del agente, y si no, citar al sujeto para que comparezca ante el juez el día señalado.

No obstante, luego nos encontramos con el art. 490 L.E.Crim., que establece:

“Cualquier persona puede detener:

- 1.º Al que intentare cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo.
- 2.º Al delincuente, «in fraganti»”.

Y el art. 492.1 que dispone que el agente de la autoridad **tendrá la obligación de detener a cualquiera que se halle en algunos de los casos del art. 490**. Esto es:

- Que intente cometer un delito, o;
- Al que esté cometiendo un delito.

Lo que nos deja solo con la opción para poder actuar con la citación a quien ya hubiera cometido un delito, que no haya sido sorprendido “in fraganti”.

Como decimos, la regulación es confusa y no debiera de serlo por tratarse de nuestra legislación procesal, entendiendo que por el agente debería de efectuarse una criba de a qué sujetos detiene, básicamente para evitar una privación de libertad innecesaria (por cuanto la mayoría de los detenidos que pasan a disposición judicial se les decreta la libertad) y un colapso en el juzgado de guardia.

Pero como decíamos, si al no entregarnos los materiales de la detención pueden estar cometiendo el delito del 530 CP, pueden serlo también al no justificar el mantenimiento de la detención y no proceder con la puesta en libertad, conforme al art. 496 L.E.Crim.

El derecho a la libertad es inherente del ser humano, y cualquier privación debe justificarse debidamente. Por ello, deberemos siempre solicitar que el detenido quede en libertad y no permitir el automatismo de los CFSE que proceden siempre a su puesta a disposición judicial, por lo que pueden prolongar, injustificadamente, la privación de

libertad. Siendo así, las decisiones no motivadas, por ende, resultan injustas y en ocasiones contrarias a derecho. Por ello, podemos proceder con el *habeas corpus* también para este supuesto, recomendado que en todo caso se comunique el hecho a la OAC.

2. QUE EN EL MARCO DE UNA ACTUACIÓN POLICIAL SE PRODUZCAN RECONOCIMIENTOS FOTOGRÁFICOS DEL SOSPECHOSO POR PARTE DE UN TESTIGO/VÍCTIMA, SIN LA PRESENCIA DE UN ABOGADO.

En demasiadas ocasiones nos encontramos como práctica habitual dentro de una investigación policial que luego deriva en la detención del investigado, con un reconocimiento fotográfico positivo del mismo por parte de la víctima o de un testigo que se ha practicado sin la presencia del letrado.

El artículo 777.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece: *“El Juez ordenará a la Policía Judicial o practicará por sí las diligencias necesarias encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento, dando cuenta al Ministerio Fiscal de su incoación y de los hechos que la determinen. Se emplearán para ello los medios comunes y ordinarios que establece esta Ley, con las modificaciones establecidas en el presente Título”.*

De esta manera, se establece también para este procedimiento, como no podría ser de otro modo, la personación en la causa del Ministerio Fiscal desde el principio, para ejercer su labor de parte pública supervisora de la instrucción en todo proceso penal, y los fines de la investigación que persigue el Procedimiento Abreviado a través suyo, que son:

- *La práctica de las diligencias pertinentes para determinar la naturaleza -penal o no- y las circunstancias del hecho.*
- *Las que vayan encaminadas a averiguar las personas que hayan podido participar en él, y,*

- *Las que lleven a averiguar el Órgano judicial -Audiencia Provincial, Juez de lo Penal o aforado- competente para el enjuiciamiento.*

Por tanto, los legisladores delimitaron en Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre la base del artículo 777.1, que fuese el Juez Instructor quien realizara la labor investigadora de las causas por delitos, concibiéndose la instrucción como preparatoria y definitiva de la base del juicio oral, y por tanto, de naturaleza fuertemente inquisitiva, perfilando al Órgano Judicial como titular de la función instructora al ser quien de oficio dirija la averiguación de los hechos y sus circunstancias, seleccionando las vías de investigación que deba tomar y adoptando las medidas cautelares necesarias para garantizar los derechos de las partes en el proceso.

No obstante, es más que evidente que el órgano instructor puede y debe de apoyarse en las FCSE, concretamente en la denominada Policía Judicial. No obstante, este apoyo tiene límites, siendo así que ya viene establecido que la Policía Judicial puede realizar varias clases de actuaciones (nunca la de realizar la instrucción incoadas unas diligencias previas), de las que destacaremos tres:0

1. Antes de la iniciación del sumario debe llevar a cabo las **diligencias de prevención**, actividad que presenta una doble característica: La primera, que no consiste en llevar una investigación, o de asistir a los ofendidos y proceder a detenciones en su caso, sino en conservar el estado material de los objetos relacionados con el delito, apoderamiento de los objetos materiales y la constatación de los datos relevantes. Segunda, que para realizar esta actividad, la policía no precisa órdenes ni del juez ni del fiscal, sino sólo constatar el supuesto de hecho del artículo 284 L.E.Crim, pero su competencia está subordinada a los Jueces y al Ministerio Fiscal, porque está sujeta a las instrucciones de éstos (art. 35.a y b LOFCS), siendo que deben cesar su ejercicio cuando el juez se hace cargo de las actuaciones.

2. A su vez, establece el art. 283 L.E. Crim. que: “Constituirán la Policía judicial y serán auxiliares de los Jueces y Tribunales competentes en materia penal y del Ministerio fiscal, quedando obligados a seguir las instrucciones que de aquellas autoridades reciban a efectos de la investigación de los delitos y persecución de los delincuentes (...)”

Este artículo se encuentra afectado con derogación parcial por los arts. 547 a 550 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Además de la colaboración a la que todas las instituciones del Estado están obligadas, los funcionarios de la Policía judicial lo están a prestar auxilio al Poder judicial en cualquiera de sus órdenes jurisdiccionales. A continuación, se transcriben los artículos pertinentes de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

- Artículo 547 LOPJ: La función de la Policía Judicial comprende el auxilio a los Juzgados y Tribunales y al Ministerio Fiscal en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes. Esta función competereá, cuando fueren requeridos para prestarla, a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto si dependen del Gobierno central como de las Comunidades Autónomas o de los entes locales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias.
- Artículo 548 LOPJ:
 1. Se establecerán unidades de Policía Judicial que dependerán funcionalmente de las autoridades judiciales y del Ministerio Fiscal en el desempeño de todas las actuaciones que aquéllas les encomienden.
 2. Por ley se fijará la organización de estas unidades y los medios de selección y régimen jurídico de sus miembros.
- Artículo 549 LOPJ:

1. Corresponden específicamente a las unidades de Policía Judicial las siguientes funciones:
 - a) La averiguación acerca de los responsables y circunstancias de los hechos delictivos y la detención de los primeros, dando cuenta seguidamente a la autoridad judicial y fiscal, conforme a lo dispuesto en las leyes.
 - b) El auxilio a la autoridad judicial y fiscal en cuantas actuaciones deba realizar fuera de su sede y requieran la presencia policial.
 - c) La realización material de las actuaciones que exijan el ejercicio de la coerción y ordenare la autoridad judicial o fiscal.
 - d) La garantía del cumplimiento de las órdenes y resoluciones de la autoridad judicial o fiscal.
 - e) Cualesquiera otras de la misma naturaleza en que sea necesaria su cooperación o auxilio y lo ordenare la autoridad judicial o fiscal.

 2. En ningún caso podrán encomendarse a los miembros de dichas unidades la práctica de actuaciones que no sean las propias de la Policía Judicial o las derivadas de estas.
- Artículo 550 LOPJ:
1. En las funciones de investigación penal, la Policía Judicial actuará bajo la dirección de los Juzgados y Tribunales y del Ministerio Fiscal.

 2. Los funcionarios de Policía Judicial a quienes se hubiera encomendado una actuación o investigación concreta dentro de las competencias a que se refiere el artículo 547 de esta Ley, no podrán ser removidos o apartados hasta que finalice la misma o, en todo caso, la fase del procedimiento judicial que la originó, si no es por decisión o con la autorización del Juez o Fiscal competente.

3. Practicar por orden del Juez o del Ministerio Fiscal diligencias “para la comprobación del delito y averiguación de los delincuentes y todas las demás” que se le encarguen durante la causa, tal y como establece el artículo 287, siendo que las actividades de investigación, sean previas o posteriores a la incoación de un procedimiento judicial, tienen que trasladarse a sede judicial a fin de que puedan ser utilizadas como pruebas de las que deben haber participado las partes para no causar indefensión.

En atención a la normativa expuesta, se podría fundamentar que son prácticas legítimas realizadas por los agentes en el seno de la investigación del delito, por lo que, no existiendo mandato legal alguno en nuestra legislación procesal que prevea que tales diligencias policiales deban ser puestas en conocimiento de ninguna parte, ya que en este momento no habrá personada una defensa al no haber aún una detención de una persona, y que las manifestaciones efectuadas en sede policial y el reconocimiento efectuado serán ratificadas o en su caso rectificadas ante el Juzgado de instrucción o Juzgado sentenciador en el que las partes con sujeción al principio de contradicción, igualdad y con pleno respeto al derecho de defensa podrá formular las preguntas y observaciones que tengan por conveniente a las mencionadas personas, que serán citadas en calidad de testigos. Que en definitiva es lo que impone el artículo 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al afirmar “*Las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento*”, entendiéndose por tales las que se practiquen a presencia judicial, pero no las practicadas por los agentes como diligencias de investigación penal.

No obstante, dichas prácticas se extraen al conocimiento de cualquier defensor potencial, por cuanto se realizan al margen de cualquier fiscalización, pudiendo devenir en actuaciones irregulares por cuanto no conocemos los hechos y la realidad de esa supuesta identificación positiva del detenido.

Como decíamos en el apartado principal del trabajo, el reconocimiento fotográfico en sede judicial al no estar regulado en la Ley ha sido la jurisprudencia la que le ha dotado carácter.

Las STS de 29 de diciembre de 2.010, STS de 28 de marzo de 2.012, nº 263/2.012, STS de 5 de diciembre, nº 994/2.007 han establecido una serie de requisitos para evitar una fiabilidad y ausencia de contaminación por influencias externas que pudieran producirse sobre el criterio expresado por quien lleva a cabo dicha identificación:

1. La diligencia se lleve a cabo en las dependencias policiales, bajo la responsabilidad de los funcionarios, Instructor y LAJ, encargados del atestado, que fielmente habrán de documentarla.
2. Se realice mediante la exhibición de un número lo más plural posible de clichés fotográficos, integrado por fisonomías que, al menos algunas de ellas, guarden entre sí ciertas semejanzas en sus características físicas (sexo, edad aproximada, raza, etc.), coincidentes con las ofrecidas inicialmente, en sus primeras declaraciones, por quien procede a la identificación.
3. Así mismo que, de ser varias las personas convocadas a identificar, su intervención se produzca independientemente unas de otras, con la necesaria incomunicación entre ellas, con la lógica finalidad de evitar recíprocas influencias y avalar la apariencia de “acierto” que supondría una posible coincidencia en la identificación por separado. Incluso en este sentido, para evitar más aún posibles interferencias, resulta aconsejable alterar el orden de exhibición de los fotogramas para cada una de esas intervenciones.
4. **Por supuesto que quedaría gravemente viciada la diligencia si los funcionarios policiales dirigen a los participantes en la identificación cualquier sugerencia, o**

indicación, por leve o sutil que fuera, acerca de la posibilidad de cualquiera de las identidades de los fotografiados.

5. Y, finalmente, de nuevo para evitar toda clase de dudas sobrevenidas, la documentación de la diligencia deberá incorporar al atestado la página del álbum exhibido donde se encuentra la fisonomía del identificado con la firma, sobre esa imagen, del declarante, así como cuantas manifestaciones de interés (certezas, dudas, reservas, ampliación de datos, etc.) éste haya podido expresar al tiempo de llevar a cabo la identificación”.

La jurisprudencia habla de vicio, no de nulidad, por lo no podemos afirmar que una identificación dirigida pueda provocar la nulidad de todo lo actuado y por tanto la absolución de nuestro defendido o el archivo del procedimiento. Pero consideramos que ese vicio sí puede ser sacado del procedimiento por lo que, si no existen otras pruebas independientes que sustenten la culpabilidad de nuestro defendido, esa identificación viciada desde la base debe suponer que la presunción de inocencia no ha sido enervada, provocando la absolución de nuestro representado. Es evidente que esto se valorará por el Juez sentenciador, por lo que en juicio, se le deberá preguntar al testigo por las identificaciones y si este reconoce que fue dirigido, informar del vicio, alegando que no se ha enervado su presunción de inocencia.

No obstante desde el CDD entendemos, que, para evitar ciertas prácticas abusivas, cuando se tenga que proceder a un reconocimiento fotográfico por parte de una víctima/denunciante o un testigo, se requiera la presencia de un abogado del turno de oficio, cuestión que además convendría que quedara especificada en el proyecto del Ley.

Aun cuando ese abogado no sea el letrado que asuma la asistencia al detenido una vez se proceda a la detención del sospechoso, consideramos que es una garantía el que exista una supervisión externa de

la actuación policial, que asegure la transparencia en el resultado de una diligencia de investigación, que es muy habitual y puede ser muy trascendente en el procedimiento judicial, ya que puede condicionar posteriores reconocimientos, como el de la identificación en rueda, que sí tiene valor probatorio.

3. CUANDO LAS CONVERSACIONES MANTENIDAS EN EL TRANCURSO DE LA DETENCIÓN ENTRE EL DETENIDO Y LOS AGENTES SE INCORPORAN EN EL ATESTADO. VALOR DE LAS DECLARACIONES Y AFECTACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA.

Responde a parte de esta cuestión la Sentencia de 24 de mayo de 2017, dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que sobre el “*valor de las manifestaciones espontáneas de un acusado que no ha ratificado a presencia judicial, esta Sala inicialmente, venía manteniendo que se trataba de un material probatorio que debía ser valorado con cautela, de manera que resultara inobjetable que se ha obtenido sin vulneración de los derechos del acusado. Así la doctrina de esta Sala reconocía valor probatorio a este tipo de manifestaciones y señalaba que debían ser realmente espontáneas, es decir, no provocadas directa o indirectamente por un interrogatorio más o menos formal, valor probatorio de estas afirmaciones, que no han sido ratificadas a presencia judicial, supeditado a que se trate de manifestaciones prestadas de manera espontánea, libre y directa, de un lado, y de otro a sean introducidas en el debate contradictorio que supone el juicio oral a través de la declaración de los agentes que directamente les percibieron (STS 655/2014 de 7 octubre).*”

Sobre estas manifestaciones espontáneas en sede policial añade la Sala que “*la STS de 27 junio 2014 nos dice: Es oportuno recordar la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala sobre los requisitos que deben concurrir para considerar susceptibles de ser valoradas las manifestaciones espontáneas de un detenido, en dependencias policiales y sin asistencia letrada. Así, en la Sentencia de esta Sala 229/2014, de 25 de marzo, se plantea, en un supuesto similar al que ahora nos ocupa, si las declaraciones realizadas por el acusado en pre-*

sencia policial antes de su declaración formal con asistencia de abogado pueden ser consideradas, conforme a nuestra doctrina jurisprudencial, “manifestaciones espontáneas” válidas como prueba de cargo en su contra. Y se dice que en el caso que se examina no nos encontramos ante una manifestación espontánea, sino ante un interrogatorio sin abogado. En ese caso se dice que en las dependencias policiales se inició un interrogatorio preliminar, sin abogado pues todavía no existía una imputación formal de carácter policial contra el recurrente, en el que se le preguntó específicamente sobre el día del robo, y concretamente sobre qué había hecho en ese día. Fue en ese momento cuando manifestó haber participado en el robo objeto de enjuiciamiento. Se sigue diciendo que no pueden ser calificadas estas manifestaciones como declaraciones espontáneas que pueden ser válidamente consideradas como prueba de cargo si se reproducen en el acto del juicio oral a través de un testimonio referencial. No es espontáneo lo que se manifiesta en respuesta a unas preguntas específicas sobre los hechos objeto de investigación, realizadas por los agentes policiales responsables de la misma, en las propias dependencias policiales y después de haber sido conducido el sospechoso a dichas dependencias por los agentes actuantes. No se trata en este supuesto de una comparecencia voluntaria ante los agentes, ni de una manifestación que se produce espontáneamente, sin interrogatorio alguno, cuando los agentes policiales se dirigen a un sospechoso en el lugar donde es sorprendido, inmediato al lugar del delito, o de una declaración no provocada seguida de la aportación de un dato fáctico esencial desconocido por la fuerza, que se comprueba seguidamente como válido, como por ejemplo cuando el sospechoso manifiesta espontáneamente que ha cometido un crimen y que ha arrojado el arma en un lugar próximo, donde el arma es efectivamente encontrada.”

Para el Tribunal “este tipo de manifestaciones, efectivamente espontáneas y no provocadas mediante un interrogatorio más o menos formal de las fuerzas policiales, son las que admite esta Sala que se valoren como pruebas si se constata que fueron efectuadas respetando todas las formalidades y garantías que el ordenamiento procesal y la Constitución establecen, de forma absolutamente voluntaria y espontánea, sin coacción alguna, y que se introducen debidamente en el juicio

oral mediante declaración, sometida a contradicción, de los agentes que la presenciaron (pero en ningún caso la provocaron)."

Cuestión distinta, matiza el alto Tribunal *"es cuando las declaraciones se producen en un interrogatorio policial preliminar, en sede policial, y en respuesta a preguntas referidas específicamente al hecho delictivo investigado. Y la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2.015, nº 652/2016, dice: "Es cierto que el Tribunal sentenciador valora adicionalmente como elemento de corroboración una prueba a la que no puede otorgarse validez, como es la declaración de los Guardias Civiles sobre determinadas manifestaciones auto inculpatórias que, según dicen, realizó espontáneamente el acusado en su presencia, encontrándose detenido. Estas supuestas manifestaciones no pueden ser consideradas como elemento de corroboración pues, en primer lugar, no respetan el derecho constitucional a no declarar contra sí mismo, ya que no consta que el detenido hubiese sido informado de sus derechos y, en segundo lugar, no tienen cabida en la doctrina excepcional de esta Sala sobre las denominadas manifestaciones espontáneas, conforme al cambio jurisprudencial sobre esta materia consolidado en el Acuerdo de 15 de junio del año en curso."*

Recuerda la Sala de lo Penal que *"admite como manifestaciones espontáneas supuestos de declaración no provocada seguida de la aportación de un dato fáctico esencial desconocido por la fuerza, que se comprueba seguidamente como válido, como por ejemplo cuando el sospechoso manifiesta espontáneamente que ha cometido un crimen y que ha arrojado el arma en un lugar próximo, donde el arma es efectivamente encontrada. Este tipo de manifestaciones, efectivamente espontáneas y no provocadas mediante un interrogatorio más o menos formal de las fuerzas policiales, son las que acepta esta Sala que se valoren probatoriamente si se constata que fueron efectuadas respetando todas las formalidades y garantías que el ordenamiento procesal y la Constitución establecen, de forma absolutamente voluntaria y espontánea, sin coacción alguna, y que se introducen debidamente en el juicio oral mediante declaración, sometida a contradicción, de los agentes que la presenciaron (pero en ningún caso la provocaron). La evolución jurisprudencial sobre esta materia, recogida por ejemplo en nuestra STS*

487/2015, de 20 de julio, ha culminado en el reciente Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de fecha 3 de junio 2.015, que adoptó el siguiente acuerdo:

“Las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio. No pueden operar como corroboración de los medios de prueba. Ni ser contrastadas por la vía del art. 714 L.E.Crim. No cabe su utilización como prueba preconstituida en los términos del art. 730 L.E.Crim. Tampoco pueden ser incorporados al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron. Sin embargo, cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciado en la autoinculpación puede constituir un hecho base para legítimas y lógicas inferencias. Para constatar, a estos exclusivos efectos, la validez y el contenido de la declaración policial deberán prestar testimonio en el juicio los agentes policiales que la presenciaron.”

Este acuerdo, continúa la Sala “que como tal no es más que un criterio unificador de nuestra doctrina, y que solo alcanza valor jurisprudencial cuando se incorpora como “ratio decidendi” a resoluciones específicas, ya ha sido efectivamente utilizado en sentencias como la citada STS 487/2015, de 20 de julio. Sin embargo, como ya se ha razonado, en el caso actual, aquellas manifestaciones espontáneas del acusado ante los agentes de la Guardia Civil no han sido tenidas en cuenta por el tribunal de instancia o prueba de cargo y si sólo como aval de las propias declaraciones prestadas en la causa por aquél, y aun excluyendo totalmente esta subsiste prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.”

Por ello, y a pesar de que no puedan ser tenidas en cuenta como reza nuestra jurisprudencia, se recomienda que no se incluyan en el atestado policial, y en caso de que por los agentes se incluyan, debieran ser posteriormente eliminadas por el Juez de Instrucción para que las mismas desaparezcan de las actuaciones y evitar así que lleguen indistintamente al conocimiento del juez sentenciador.

4. QUE LAS MUESTRAS ORGÁNICAS (ORINA O EXHALACIÓN DE ALIENTO) NO SE TOMEN EN COMISARÍA, SINO CUANDO EL DETENIDO PASE A DISPOSICIÓN JUDICIAL, CON EL RIESGO DE AFECTACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA QUE PUEDE SUPONER LA DESAPARICIÓN DE SUS PARÁMETROS POSITIVOS POR LA NECESARIA ESPERA DE TRASLADO A UN CENTRO ASISTENCIAL.

Esta cuestión consideramos que es sencilla de solventar y el hecho de que no se aplique, consideramos que afecta al derecho de defensa del detenido.

Efectivamente, el hecho de que no se tomen, lo antes posible, las muestras que pueden llegar a determinar un grado de afectación de su capacidad y la posibilidad de que el paso del tiempo las aminore o incluso las haga desaparecer, genera una situación insalvable y que afecta al derecho de defensa. Hemos de decir, que la recogida de muestras no requiere de la intervención de un facultativo sanitario.

Desde el CDD se recomienda que las muestras sean tomadas en las mismas dependencias policiales, con el cumplimiento de todas las garantías en la cadena de custodia. Para ello, dicha práctica deberá de incluirse en el proyecto de Ley Orgánica del Derecho de Defensa; y no obstante, recomendamos que por el abogado que asista al detenido se solicite al considerar que el detenido tiene muestras visibles de una afectación y que se proceda a tomar muestras por los agentes con todas las garantías, y que si se niegan (por no estar obligados) solicitar a los agentes que hagan constar en acta nuestra petición de muestras, así como que reseñen el estado en el que se encuentra el detenido.

No obstante, como ya hemos apuntado en anteriores apartados, el art. 520.2 L.E.Crim. establece los derechos y obligaciones a la hora de la detención. El ordinal i) dispone el derecho del detenido 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. El precepto no indica

que tenga derecho, si lo solicita, a ser trasladado al centro hospitalario. Teniendo en cuenta que, en la ciudad de Valencia, los detenidos son llevados al ICG de Zapadores, recordemos, donde se encuentra el CIE, una posibilidad efectiva y posible es que sean asistidos por el médico del centro de internamiento de extranjeros.

Que el Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros, establece en su art. 6 que los centros de internamiento de extranjeros deberán contar en sus instalaciones de:

- a) Dirección y administración.
- b) Control de entrada y salida.
- c) Servicio de vigilancia.
- d) Asistencia sanitaria.**
- e) Asistencia social, jurídica y cultural.
- f) Comedor.
- g) Alojamiento de los internos.
- h) Aseos y duchas.
- i) Locutorio para abogados y sala de visitas.
- j) Espacios adecuados para el esparcimiento y recreo.

Por tanto, se establece la obligatoriedad, que cada centro cuente con un espacio para la asistencia primaria.

A su vez, en el artículo 7.4, se determina que en los centros existirá un servicio de asistencia sanitaria con disponibilidad de personal, instrumental y equipamiento necesario para la atención permanente y de urgencia de los internos.

El precepto establece, una atención permanente y de urgencia entendiéndose, por tanto, una presencia de los sanitarios de 24 horas (debe entenderse que en estos casos, no es necesario que haya un médico 24 horas, pudiendo estar las horas nocturnas un enfermero o ATS).

En atención a lo expuesto, cuando nos encontremos en el ICG, podríamos solicitar que al detenido, por el médico, enfermero o ats del CIE, se le tomen las muestras y se atienda *in situ* a nuestro defendido.

Lo que en cualquier caso queda claro de la lectura del precepto legal es que el detenido tiene derecho a que le asista el médico forense, y ello durante el periodo en que permanece en dependencias policiales. Por tanto, haciendo efectivo tal derecho, podrán tomarse las muestras necesarias, puesto que el médico forense dispone de los medios necesarios para ello.

En cualquier caso, desde el CDD propugnamos la aprobación y puesta en marcha de un protocolo de actuación a estos efectos, consensuado con las FCSE, con la Clínica Médico Forense y las instancias judiciales, para garantizar que las tomas de muestras se lleven a cabo en sede policial.

5. RETRASO INJUSTIFICADO EN LA COMUNICACIÓN CON EL ABOGADO QUE ASISTIRÁ AL DETENIDO EN DEPENDENCIAS POLICIALES. NO SE ESTABLECE UN ESTRICTO PLAZO LEGAL PARA COMUNICAR CON EL LETRADO EN EL MOMENTO DE LA DETENCIÓN.

Dispone el artículo 520.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que:

1. La detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio. Quienes acuerden la medida y los encargados de practicarla así como de los traslados ulteriores, velarán por los derechos constitucionales al honor, intimidad e imagen de aquéllos, con respeto al derecho fundamental a la libertad de información.

La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. Dentro de

los plazos establecidos en la presente Ley, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

En el atestado deberá reflejarse el lugar y la hora de la detención y de la puesta a disposición de la autoridad judicial o en su caso, de la puesta en libertad.

El punto 2 del artículo 520, enumera la lista de derechos del detenido, que en su letra c) configura el derecho a la asistencia letrado, disponiendo:

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.

El punto 5 del mismo artículo dispone:

5. El detenido designará libremente abogado y si no lo hace será asistido por un abogado de oficio. Ninguna autoridad o agente le efectuará recomendación alguna sobre el abogado a designar más allá de informarle de su derecho.

La autoridad que tenga bajo su custodia al detenido comunicará inmediatamente al Colegio de Abogados el nombre del designado por el detenido para asistirle a los efectos de su localización y transmisión del encargo profesional o, en su caso, le comunicará la petición de nombramiento de abogado de oficio.

Si el detenido no hubiere designado abogado, o el elegido rehusare el encargo o no fuere hallado, el Colegio de Abogados procederá de inmediato al nombramiento de un abogado del turno de oficio.

El abogado designado acudirá al centro de detención con la máxima premura, siempre dentro del plazo máximo de tres horas desde la recepción del encargo. Si en dicho plazo no compareciera, el Colegio de Abogados designará un nuevo abogado del turno de oficio que deberá comparecer a la mayor brevedad y siempre dentro del plazo indicado, sin perjuicio de la exigencia de la responsabilidad disciplinaria en que haya podido incurrir el incompareciente.

La Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, en su artículo 3 establece:

Derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales

1. Los Estados miembros velarán por que los sospechosos y acusados tengan derecho a ser asistidos por un letrado en el momento y del modo que les permita ejercer sus derechos de defensa en la práctica y de manera efectiva.
2. ***El sospechoso o acusado tendrá derecho a ser asistido por un letrado sin demora injustificada. En cualquier caso, el sospechoso o acusado tendrá derecho a ser asistido por un letrado a partir del momento que antes se produzca de entre los que se indican a continuación:***

a) antes de que el sospechoso o acusado sea interrogado por la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad o autoridades judiciales;

b) en el momento en que las autoridades de instrucción u otras autoridades competentes realicen una actuación de investigación o de obtención de pruebas con arreglo al apartado 3, letra c);

c) sin demora injustificada tras la privación de libertad;

d) con la suficiente antelación antes de que el sospechoso o acusado citado a personarse ante el tribunal competente en materia penal se presente ante dicho tribunal.

3. El derecho a la asistencia de letrado implicará lo siguiente:

- a) los Estados miembros velarán por que el sospechoso o acusado tenga derecho a entrevistarse en privado y a comunicarse con el letrado que lo represente, inclusive con anterioridad a que sea interrogado por la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad o autoridades judiciales;
- b) los Estados miembros velarán por que el sospechoso o acusado tenga derecho a que su letrado esté presente e intervenga de manera efectiva cuando lo interroguen. Esta intervención será acorde con los procedimientos previstos por la normativa nacional, a condición de que tales procedimientos no menoscaben el ejercicio efectivo ni el contenido esencial del derecho de que se trate. Cuando un abogado intervenga durante un interrogatorio, se hará constar así de conformidad con los procedimientos pertinentes de la normativa nacional;
- c) los Estados miembros velarán por que el sospechoso o acusado tenga derecho al menos a que su letrado esté presente en las siguientes actuaciones de investigación o de obtención de pruebas, si dichas actuaciones están previstas en la normativa nacional y se exige o permite que el sospechoso o acusado asista a dicho acto:
 - i) ruedas de reconocimiento,

- ii) careos,
 - iii) reconstrucciones de los hechos.
4. Los Estados miembros se esforzarán por difundir información general con el fin de facilitar a los sospechosos o acusados la designación de un letrado.

No obstante lo dispuesto en la normativa nacional en relación con la presencia obligatoria de un letrado, los Estados miembros adoptarán las disposiciones necesarias para garantizar que los sospechosos o acusados a los que se haya privado de libertad estén en condiciones de ejercer efectivamente su derecho a ser asistidos por un letrado, a menos que hayan renunciado a ese derecho de conformidad con el artículo 9.

5. En circunstancias excepcionales y únicamente en la fase de instrucción, los Estados miembros podrán dejar de aplicar temporalmente lo dispuesto en el apartado 2, letra c), en caso de que la lejanía geográfica de un sospechoso o acusado imposibilite el ejercicio del derecho a la asistencia de letrado sin demora injustificada tras la privación de libertad.
6. En circunstancias excepcionales y únicamente en la fase de instrucción, los Estados miembros podrán dejar de aplicar temporalmente los derechos previstos en el apartado 3 en la medida en que esté justificado, en vista de las circunstancias específicas del caso, sobre la base de alguna o varias de las razones imperiosas siguientes:
- a) una necesidad urgente de evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona;

- b) una necesidad urgente de una actuación inmediata de las autoridades de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal.

A su vez, establece la Directiva (UE) 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2016, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención, en su artículo 4.5 que: *“Los Estados miembros velarán porque la asistencia jurídica gratuita se conceda sin demora injustificada y, a más tardar, antes del interrogatorio que efectúe la policía, otra autoridad policial o una autoridad judicial, o antes de que se lleven a cabo los actos de investigación o de obtención de pruebas a que se refiere el artículo 2, apartado 1, letra c)”*.

De conformidad con las normas expuestas, no existe un tiempo establecido para poder comunicar con el abogado, limitándose la normativa a marcar unas actuaciones que no pueden practicarse si no es en presencia letrada, y en todo caso, se requiere su presencia *sin demora injustificada* y en su caso antes de las 72 horas.

Parece lógico pensar, que, en su caso, por parte de las FCSE, se procederá a comunicar con el abogado desde el momento de la detención.

No obstante, en la práctica nos encontramos con casos en los que se comunica con el abogado cuando han pasado muchas horas desde la detención (p. 24 horas). Eso implica que durante el tiempo en el que no se ha comunicado con un letrado, el detenido ha estado privado de un asesoramiento legal. Y no importa que durante ese periodo de tiempo no se practiquen específicamente diligencias de investigación que requieran la presencia letrada. La privación de libertad ya es suficientemente coercitiva como para que pueda afirmarse que el retraso injustificado en la comunicación con el abogado afecte al derecho de defensa.

Por ello entendemos que cuando se produzca un retraso injustificado en la comunicación con el abogado desde el momento de la de-

tención, debemos exigir a las FCSE que justifiquen motivadamente en el atestado el motivo del retraso en la comunicación, pudiendo ser una conducta susceptible de sanción por parte de los agentes.

Respecto del tiempo de la detención, es interesante analizar aquellos supuestos, que también se dan en la práctica, de una prolongación injustificada de la detención o puesta en libertad por parte de los agentes. Entendemos que ello podría suponer la comisión de un delito por el agente de la autoridad del artículo 530 del Código Penal, que castiga a: *“la autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, acordare, practicar o prolongare cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales”*.

La jurisprudencia, entre otras, en las STS 649/2016, de 27 de julio; STS 231/2009 de 9 de marzo; STS 1352/2004 de 22 de noviembre, ha analizado los requisitos necesarios para la existencia del delito descrito en el art. 530 del CP, así: a) un sujeto agente que sea autoridad o funcionario público, según definición del art. 24 del Código Penal, en el ejercicio de sus funciones, lo que permite entender que se trata de un delito especial propio; b) que la actuación de dicho sujeto agente se realice en una causa por delito, como dice el texto legal: “mediando” causa penal por delito; c) que la acción consista en acordar, practicar o prolongar una privación de libertad; d) que esa conducta se refiera a un detenido, preso o sentenciado; e) que la privación de libertad viole plazos u otras garantías constitucionales o legales; y f) que el agente obre dolosamente, teniendo conciencia plena que la privación de libertad que acuerde, practique o prolongue es ilegal, ya que en caso de imprudencia grave se aplicará el art. 532 del propio Código.

En concreto la STS 231/2009: (...) *Se señala como nota distintiva que el artículo 530 requiere que medie causa por delito, lo que permite una privación de libertad inicialmente lícita, lo que no sucede en el supuesto del artículo 167, en el que se dice expresamente “sin mediar causa por delito”. Esta Sala, en STS 1371/2001, de 11 de julio, se refiere a esta distinción declarando que mientras la detención ilegal por falta de causa legítima que la justifique pertenece al tipo penal del artículo 167, referido*

así a las privaciones de libertad irregulares en el fondo, la del artículo 530 exige que medie causa por delito, estando su ilicitud determinada por el hecho de incumplirse las garantías institucionales de carácter constitucional y legal. Garantías de las que a su vez debe excluirse el supuesto del incumplimiento del deber de informar de sus derechos al detenido, ya que es objeto de específica tipificación en el artículo 537 del Código Penal. En consecuencia, con esta excepción, el tipo del artículo 530 queda reservado a los casos de detención justificada pero en la que se produce luego el incumplimiento de los plazos legales, como expresamente prevé el tipo penal, o la inobservancia de las restantes exigencias, como la de no poder exceder la detención del tiempo estrictamente necesario (arts. 17.2 CE y 520 LECrim), o de las garantías del artículo 520, a salvo lo relativo a la información de derechos cuyo incumplimiento ya hemos dicho origina el delito del artículo 537 y no el del 530 del Código Penal (véase la Sentencia 376/2003, de 10 de marzo).

Desde el punto de vista de su estructura típica, el que medie o no medie causa por delito en el momento en el que la privación de libertad es acordada, constituye uno de los elementos que singulariza el tipo objetivo de los arts. 167 y 530 del CP.

También en este punto nos parece interesante traer a colación la STS 13/2017 de 30 de enero de 2017, y queremos hacerlo de la mano de un artículo/comentario escrito por el Magistrado de nuestra Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, Sala segunda, D. José Manuel Ortega, publicado en la plataforma jueces para la democracia de fecha 27 de marzo de 2017:

STC 13/2017 de 30 de enero de 2017

Por Juezas y Jueces para la Democracia | Mar 27, 2017 | Blog Penal, Defensa, Derechos fundamentales, Habeas Corpus

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.

Comentarios a la STC 13/2017 José Manuel Ortega. Magistrado

Lo denunciado era que la detenida, señora Schein, había sido insuficientemente informada de los hechos y delitos que se le atribuían y los motivos para imputárselos, así como que no le había sido facilitado a su letrado el acceso al atestado y, al denegarse por el Juzgado conceder el “habeas corpus”, la detenida volvió a quedar bajo custodia policial como detenida hasta el día siguiente, siendo que ya no había motivos para prolongar la detención policial.

En la solicitud de “habeas corpus” se alegaba que la privación de su libertad era ilegal por varios motivos:

1. Insuficiente información sobre los motivos de la detención, toda vez que únicamente se les había dicho “que están detenidos por 11 delitos de robo con fuerza y pertenencia a grupo criminal”;
2. Plazo de detención superior al legalmente establecido, aunque sin concretar los hitos temporales que evidencian tal exceso;
3. Denegación a dicho letrado del acceso a los materiales del expediente para poder realizar su labor de defensa, alegando que se invocó ante la autoridad actuante, en respaldo de tal petición, la Directiva 2012/13/UE del Parlamento y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales;
4. El “no haberse permitido asesorar al detenido sobre la conducta a observar sobre la toma de declaración, incluyendo la de guardar silencio”.

El Juzgado de Instrucción de Illescas resolvió, tras incoar el procedimiento, en auto de 13 de julio de 2014, denegar el “habeas corpus” con los siguientes argumentos: “de la diligencia remitida por la Policía Judicial, resulta que no se ha acreditado ninguno de los supuestos indicados por el letrado que fundamentan la supuesta detención ilegal. En este sentido y a pesar de las manifestaciones de los detenidos en cuanto a la falta de información de los hechos, afirmaciones que no se

sustentan en dato objetivo alguno y que han sido contradichas por los agentes, consta en la diligencia de informe remitida que se informó a los detenidos de los hechos y motivos de su detención, de hecho, los detenidos firmaron en las diligencias procesales haber sido informados, haciendo constar su voluntad de no declarar ante la Guardia Civil, sino únicamente a presencia judicial. De igual modo no se ha superado el plazo de detención previsto en el artículo 17 .2 de la Constitución Española y los agentes se encuentran practicando diligencias, sin haber podido finalizar las mismas hasta el momento actual. Por último y en cuanto al derecho de acceso al expediente, debe tenerse en cuenta que, hasta la fecha, dicho derecho, si bien se encuentra regulado en el art. 7 de la Directiva 2012/13 de 22 de mayo, que resulta directamente aplicable en nuestro ordenamiento jurídico al no haber sido transpuesta y haber transcurrido el plazo concedido para ello, lo cierto es que no nos hallamos ante el supuesto previsto en el artículo 7, toda vez que en el momento en que se ha solicitado el habeas corpus no existe, como tal, dicho expediente, pues los agentes se encuentran practicando diligencias y confeccionando el atestado”.

La STC, entre otros particulares, analiza si podía atribuírsele al art. 7.1 de la Directiva 2012/13, eficacia directa, atendiendo a que a la fecha de los hechos, julio de 2014, ya se había rebasado el plazo de transposición de la misma -que acababa el 2 de junio de 2015-. La STC, tras analizar la jurisprudencia del TJUE, señala cómo en el caso de disposiciones incondicionales y suficientemente precisas, las directivas son de aplicación sin necesidad de transposición y vinculan aun en el caso de que ello supusiera la no aplicación de una norma interna. La STC afirma que no cabe rechazar la posibilidad de que una Directiva comunitaria que no haya sido transpuesta dentro de plazo por el legislador español, o que lo haya sido de manera insuficiente o defectuosa, pueda ser vinculante en cuanto contenga disposiciones incondicionales y suficientemente precisas en las que se prevean derechos para los ciudadanos, incluyendo aquellos de naturaleza procesal que permitan integrar por vía interpretativa el contenido esencial de los derechos fundamentales, al haberse incorporado por vía de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al acervo comunitario.

Dicho esto, no le cabe duda al TC que en el supuesto examinado, aun cuando aún no había entrado en vigor la reforma del art. 520 operada por la LO 5/2015 de 27 de abril, que en concreto, en el art. 520.2.d) reconoce el derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad, era de aplicación el art. 7.1 de la Directiva 2012/13, conforme al cuál, como ya se ha visto anteriormente, 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.

Argumenta la citada STC, para estimar el amparo, lo siguiente: “a. El Auto se limita a señalar que el acceso al expediente no era posible porque el Equipo de Policía Judicial se encontraba “practicando diligencias, sin haber podido finalizar”, hasta el punto de añadir que “no existe, como tal, dicho expediente, pues los agentes se encuentran practicando diligencias y confeccionando el atestado”, por lo que no resulta de aplicación el art. 7 de la Directiva invocada.

Pues bien, la propia lógica de los hechos narrados en el atestado policial desvirtúan esta afirmación: si la detención se desencadenó a resultas de un operativo policial contra personas señaladas por la comisión de diversos delitos en varias localidades, como pone en evidencia el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, al menos debían existir bajo algún soporte (papel o informático) las denuncias de tales delitos, así como la documentación de los registros efectuados al detenerles, cuya entrega, precisa el Fiscal, “no parece problemática por conllevar una amenaza para la vida o derechos fundamentales de otra persona y que hubiera sido aconsejable no entregar por razones de interés público”. 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".

Conforme a lo expuesto, el acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad no puede quedar limitado a aquéllos a los que se refiere la Comisión Nacional de Coordinación de Policía Judicial antes reseñados. Ni resulta conforme a la Directiva y al tenor del art. 520.2. d) L.E.Crim., la negativa a facilitar aquellos elementos documentados en poder de la Policía, que fundamenten la detención y sin los cuáles no sea posible impugnarla. Limitaciones en el acceso a tales materiales que constituyen una infracción del art. 17.3 CE -derecho del detenido a la asistencia letrada-.

Sorprende, en cambio, que se considere no atentatorio contra el derecho a ser informado de las razones de su detención, la escasísima información ofrecida en relación a los motivos de la misma. Como hemos visto, lo alegado es que la información se limitó a referir que se le atribúan once delitos de robo y pertenencia a organización criminal. El art 520.2 L.E.Crim prevé que el detenido o preso será informado por escrito, en lenguaje sencillo y accesible, en lengua que comprenda y de inmediato, de los hechos que se le atribuyen y las razones motivadoras

de la privación de libertad. Artículo que traspone el art. 6.2 de la Directiva, conforme al cuál, los Estados miembros garantizarán que toda persona sospechosa o acusada que sea detenida o privada de libertad sea informada de los motivos de su detención o privación de libertad, incluida la infracción penal que se sospecha que ha cometido o de la que se le acusa.

La STC argumenta, para desestimar la petición de amparo basada en la alegada infracción del derecho a ser informado de las razones de su detención, que la detenida y su letrado firmaron las actas de declaración en las que se hizo constar que les fue informado el motivo de su detención.

Sin embargo, no analiza si la información ofrecida puede o no considerarse apta para integrar la que el art. 520.2 L.E.Crim requiere. Como señala Hernández García 1 la Directiva 2012/13 en su artículo 6.2 y la norma de trasposición en su artículo 520.2 LECrim, previenen que en relación a la persona detenida la información debe extenderse, además, a los motivos de la detención -dice la Directiva-, a las razones motivadoras de su privación de libertad -L.E.Crim.-. Sigue diciendo ese mismo autor que cuando la norma refiere que la información alcanza a las razones, a los motivos de la misma, parece, sin dudas, que hace referencia a las fuentes de la imputación/inculpación.

Por tanto, siguiendo al mismo autor, cabe mantener que el derecho a conocer la acusación (imputación) de la persona detenida comprende, a salvo situaciones de secreto, no sólo el derecho a saber de qué se le acusa (imputa) sino también el derecho a saber por qué, dando cuenta de las fuentes de pruebas sobre las que se basa la misma. Es por ello que la información que se ofreció a la detenida en el caso analizado por la STC comentada se revela, aparentemente, contraria al contenido previsto en la norma comunitaria, tanto como en la actual regulación del art. 520.2.

icav

Ilustre Colegio de
Abogados de Valencia

in   
www.icav.es



CDD

CENTRO DE DEFENSA
DE LA DEFENSA
DEL ICAV