



Imagen: II Congreso Ibérico de Asociaciones Judiciales. Madrid. 03 de marzo de 2017

PENAL

foro judicial **I**ndependiente

BOLETÍN DIGITAL Nº2
MARZO 2017

FORO JUDICIAL INDEPENDIENTE con el Orden Penal

Abordamos el Orden Penal en este segundo boletín digital a través de un artículo escrito por nuestro compañero **Fermín Otamendi Zozaya**, Magistrado del Juzgado de Instrucción nº 2 de Pamplona, en el que se pregunta si sigue existiendo el secreto sumarial en el proceso penal español.

**A mejores condiciones de trabajo,
mejor justicia.**

PENAL

¿Sigue existiendo el secreto sumarial en el proceso penal español?

La reciente STC de 30 de enero de 2017 ^(ver 1), dictada en recurso de amparo 7301/2014, está siendo utilizada por algunos letrados para plantear la nulidad de actuaciones en los supuestos en los que no se les ha permitido el acceso al atestado cuando asisten a los detenidos en dependencias policiales o cuando, ya en sede judicial, no se les facilita el acceso a las actuaciones porque la causa está declarada secreta.

La cuestión tiene, sin duda, mucha trascendencia práctica y el problema tiene como antecedente remoto la Directiva 2012/13/UE del Parlamento y del Consejo, de 22 de mayo de 2012 ^(ver 2), relativa al derecho a la información en los procedimientos penales; y como antecedente reciente la trasposición de dicha Directiva al ordenamiento jurídico nacional mediante la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, que reformó los artículos 118 y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que entró en vigor el día 28 de octubre de 2015. Reforma, por cierto, que tuvo una vigencia de 3 días (todo un record en nuestra historia de reformas de nuestra vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal) pues dichos preceptos fueron también modificados por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, que entró en vigor, respecto de dichos artículos que comentamos, el 1 de noviembre de 2015.

PENAL

(1) <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25234>

(2) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:142:0001:0010:es:PDF>

Las referidas reformas legales han generado muchas dudas interpretativas sobre el derecho, de nueva creación, a acceder a los *"elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad"*. Dos posturas se enfrentan en el día a día de las comisarías:

- A) La que mantienen las fuerzas de seguridad, amparadas en el Acuerdo de la Comisión Nacional de Coordinación de Policía Judicial de fecha 15 de julio de 2015, según la cual no es necesario entregar materialmente a los abogados los atestados, siendo suficiente con consignar en el acta de detención una serie de datos (lugar, fecha y hora de la detención; lugar, fecha y hora de comisión del delito; identificación del delito y breve resumen de lo hechos; e indicios genéricos de los que se deduce la participación del detenido en ellos).
- B) La que sostienen los letrados que asisten a los detenidos en dependencias policiales, que consideran que la policía debe entregarles materialmente el atestado policial, con carácter previo a entrevistarse con el detenido, para poder ejercer con garantías sus funciones legales. Esta opción se ha visto reforzada por la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional, en cuyo fundamento jurídico séptimo se resume la doctrina constitucional sobre el acceso de los abogados al atestado policial partiendo de la base de que el artículo 7 de la Directiva 2012/13/UE del Parlamento y del Consejo, de 22 de mayo de 2012 impone a las fuerzas de seguridad la obligación de entregar el atestado policial a los abogados o, cuando dicho atestado no esté formado materialmente, a poner a disposición de aquellos los elementos que ya constan por escrito (denuncias, comparecencias de agentes, declaraciones de testigos, etc.), directamente y no mediante un resumen escrito como el que propugna la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial.

De esta sentencia del Tribunal Constitucional algunos abogados extraen la conclusión de que, cuando el detenido es puesto a disposición judicial, momento en el que despliega todos sus efectos el derecho de defensa consagrado en el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el juez de instrucción tiene la obligación de facilitarles el acceso a las actuaciones, aunque estas estén declaradas secretas, amparándose no solo en la referida resolución sino en el artículo 302, último párrafo, que establece que las limitaciones que implica para el derecho de defensa la declaración de secreto de las actuaciones serán *"sin perjuicio de lo previsto en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 505"*; precepto que determina que *"el abogado del investigado o encausado tendrá, en todo caso, acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la privación de libertad del investigado o encausado"*.

Por si ello no fuera poco, el artículo 527.1.d de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece, como una de las posibles consecuencias de la incomunicación del detenido (hay que hacer notar que, a partir de la reforma del año 2015, dicha incomunicación puede ser modulada en su alcance por el juez, al contrario de lo que ocurría con anterioridad, en el que los efectos de la incomunicación eran siempre los mismos), que se impida al detenido incomunicado o a su abogado acceder a las actuaciones, *"salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención"*.

De todos estos preceptos legales, incluidos tras la reforma de 2015, se desprende una conclusión muy clara: que en ningún caso, ni siquiera cuando la causa está declarada secreta o se ha acordado la incomunicación del detenido, puede privarse a este o a su abogado de su derecho a acceder a los elementos esenciales de las actuaciones para poder impugnar la legalidad de su privación de libertad.

La cuestión es, en consecuencia, determinar qué debe entenderse por elementos esenciales de las actuaciones para impugnar la privación de libertad. Y para contestar esa pregunta debemos determinar cuáles son los presupuestos, condiciones y requisitos, formales y de fondo, que deben concurrir en toda privación de libertad practicada por las autoridades o agentes de estas en un estado de derecho para que la misma sea ajustada a derecho.

Desde luego, el presupuesto esencial que es necesario que exista para que cualquier privación de libertad sea lícita es que existan indicios racionales de que la persona privada de libertad ha tenido participación en un hecho constitutivo de delito. Privar de libertad a una persona sin que medie causa por delito (utilizando la terminología de los artículos 167, 530 y 531 del Código Penal), es decir, sin que existan dichos indicios de su participación en un hecho delictivo constituiría un delito de detención ilegal del artículo 167 del Código Penal. Por lo tanto, lo primero a lo que debe tener acceso el detenido y su abogado es a los hechos que constituyen el delito por el cual se detiene a esa persona (los hechos que se le atribuyen, utilizando la terminología de los artículos 520.2 y 118.1.a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y a esos indicios que permiten apreciar, aunque sea de forma provisional, la existencia de un delito.

En consecuencia, incluso aunque se haya declarado el secreto de las actuaciones, parece que el legislador ha querido que el abogado pueda acceder a la parte de las diligencias donde consten qué concretos hechos se atribuyen al detenido y qué indicios existen de su participación en los mismos. Habitualmente, ello aparecerá en las "*diligencias de informe*" o en las "*diligencias de resumen de hechos*" o "*diligencias de imputación de hechos*" (estos son los nombres más habituales en los atestados) que suelen contener los atestados policiales que se entregan al poner a disposición judicial al detenido. En todo caso, a partir de ahora incluir dichas diligencias en los atestados será imprescindible para que pueda cumplirse lo que exige la ley, perjudicando lo menos posible el buen fin de las actuaciones. Incluso si son varios los detenidos que van a ser puestos a disposición judicial sería conveniente realizar una diligencia para cada uno de ellos, que será la que se entregaría a los respectivos letrados, de forma que cada uno de ellos sólo tenga acceso a la parte de las diligencias que se refieran a su cliente.

También será necesario que el detenido y su abogado tengan acceso a la parte de las diligencias en las que se documentan todas las circunstancias concretas de la detención en relación a:

A) Lugar, día y hora en que se ha practicado la detención (lo cual es necesario para que el letrado pueda comprobar que se está respetando el plazo máximo que prevé la Constitución y la Ley de Enjuiciamiento Criminal para las privaciones cautelares de libertad, así como que se ha cumplido con la obligación policial de comunicar la detención al colegio de abogados de forma inmediata –artículo 520.5-).

B) Información por escrito de los derechos del detenido.

C) Cumplimiento efectivo, por parte de la policía, de dichos derechos (es decir, las diligencias donde consten que el detenido ha podido hablar con la persona de su elección, si ha querido ejercer este derecho; o que se ha comunicado el hecho y lugar de la detención a la persona designada por el detenido; etc.)

El respeto a las nuevas exigencias introducidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal generalmente no planteará problemas prácticos cuando el secreto se alza precisamente en el momento de ser puesto a disposición judicial el detenido o detenidos investigados en las actuaciones, lo que ocurre en la mayoría de los casos. En estos supuestos, el abogado tendrá acceso no sólo al atestado confeccionado con ocasión de la detención del investigado, sino de la totalidad de las diligencias judiciales. Pero los problemas vendrán cuando la detención no ponga fin a la investigación, sino que esta deba continuar bajo secreto para intentar asegurar su éxito.

En estos casos, y puesto que la ley no establece excepción alguna, entiendo que lo más oportuno y adecuado será que en sus diligencias de informe, resumen o imputación de hechos la policía consigne con separación para cada uno de los investigados los hechos que se le atribuyen y los indicios recabados en su contra. Y si es preciso mencionar a otros investigados aún no detenidos, considero que será posible ocultar su identidad en la copia de la diligencia de informe que se facilite al abogado antes de la declaración, aunque en muchas ocasiones ello no será suficiente para evitar su identificación por parte del investigado detenido.

El derecho de acceso a los elementos esenciales necesarios para poder impugnar la legalidad de la detención entiendo que no puede limitarse al amparo de lo dispuesto en el artículo 7.4 de la Directiva 2012/13/UE. En efecto, aunque dicho precepto establece que *"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"*, considero que a lo que podrá denegarse el acceso es a las pruebas materiales que consten en las diligencias (documentos, en formato papel o electrónico; o grabaciones de audio o de video; o los soportes digitales de las conversaciones o comunicaciones intervenidas, por ejemplo) pero no a los elementos de las diligencias que sean fundamentales para impugnar la privación de libertad, en el sentido que hemos indicado. Así se deduce del hecho de que dicho punto 4 comienza con la expresión *"no obstante lo dispuesto en los apartados 2 y 3..."*, que se refieren a las pruebas materiales, no a las diligencias que constan en el procedimiento, cuya entrega o facilitación al detenido viene exigida por el apartado 1, que no se menciona en ningún momento en el punto 4 del artículo.

No obstante, este apartado 4 del artículo 7 de la Directiva entiendo que permitirá denegar, por ejemplo, el acceso material a las grabaciones de audio y video que puedan constar en las actuaciones, o a las conversaciones telefónicas intervenidas, o incluso a las transcripciones policiales de dichas conversaciones (que, al fin y al cabo, no son si no la plasmación por escrito de dichas conversaciones), siempre que la causa vaya a seguir estando declarada secreta y concurra alguno de los supuestos que el propio apartado prevé, que coinciden, básicamente, con las nuevas causas que permiten declarar el secreto de las diligencias, recogidas en el artículo 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Como conclusión de todo lo dicho, entiendo que tras la reforma de 2015 el secreto de las diligencias penales sigue existiendo, pero se ha visto notablemente influenciado por las nuevas exigencias impuestas tras las reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015 y las directivas europeas mencionadas. A partir de ahora, si el secreto de las actuaciones ha de ser mantenido tras la puesta a disposición judicial de los detenidos habrá de indicarse a las fuerzas de seguridad que, en los atestados policiales, se incluyan tantas diligencias de informe, o de atribución de hechos, o de resumen de estos como investigados sean puestos a disposición judicial, de forma que el acceso de los abogados al atestado y a las diligencias policiales se circunscriba exclusivamente a la diligencia que se refiera a su cliente, pero no a las demás.

De igual manera, en las causas que deban mantenerse secretas tras la puesta a disposición judicial de alguno de los investigados, cabrá denegar el acceso a los materiales de la investigación, en los términos indicados, sobre la base del apartado 4 del artículo 7 de la Directiva 2012/13/UE.

foro judicial **I**ndependiente

CONTACTO:

c/ Rodríguez San Pedro, 2

Oficina 904

28015 Madrid

T.: 915 150 297

FORO JUDICIAL INDEPENDIENTE lucha por una mejora de la Justicia y de las condiciones laborales y profesionales de las personas que componemos el sistema judicial. Si tus ideas y convicciones coinciden con las aquí expresadas, necesitamos de todas para seguir sumando. Conócenos y asóciate.