

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Circular 3/2018, de 1 de junio, sobre el derecho de información de los investigados en los procesos penales

Referencia: FIS-C-2018-00003

Índice

1. Introducción 2. El derecho a la información, la libertad personal y el derecho de defensa 3. La Directiva 2012/13/UE 4. La regulación de la LECrim 5. El derecho de información del detenido 5.1. Regulación legal 5.2. Información sobre los hechos y las razones motivadoras de su privación de libertad 5.3. El acceso a los elementos esenciales para impugnar la legalidad de la detención 5.3.1. Identificación de los elementos esenciales 5.3.2. El acceso al atestado policial 5.3.3. Consideraciones finales sobre el acceso a los elementos esenciales 5.4 El detenido en espacios marinos 6. Derecho de información del investigado 6.1. Nacimiento del status procesal de investigado 6.2. Derecho de acceso a las actuaciones 6.3. Restricciones al acceso a las actuaciones 6.4 Derecho de acceso y copia de las actuaciones 6.5. Derecho a ser informado de los cambios relevantes en el objeto de la investigación y de los hechos imputados 7. Derecho de información en los casos de secreto del sumario 7.1. Las excepciones al acceso a los materiales del expediente en la Directiva 2012/13/UE. 7.2. Regulación en la LECrim 7.2.1 Momento de acceso 7.2.2. Elementos a los que se debe dar acceso y forma 8. El investigado sujeto a incomunicación 9. El derecho de información del investigado en el proceso por aceptación de decreto 10. El reclamado sometido a una orden de detención europea 11. El derecho de información en el ámbito de las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal. 12. El derecho de información en el proceso penal de menores 13. Recapitulación sobre la actuación del Fiscal 14. Cláusula de vigencia 15. Conclusiones.

1. Introducción

El derecho del sospechoso o investigado a ser informado de los hechos presuntamente delictivos que se investigan y los indicios y pruebas que existen acerca de su perpetración, constituye una de las manifestaciones esenciales del derecho a un proceso equitativo y del derecho de defensa, pilares del proceso penal.

Junto a ello, el establecimiento de estándares comunes en el tratamiento de los derechos fundamentales y, lógicamente entre ellos, de los derechos fundamentales de las personas investigadas en un procedimiento penal, se configura como presupuesto indispensable para el logro de un ámbito de confianza entre los diferentes sistemas judiciales de la Unión Europea. Esta confianza constituye la base para el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia penal entre los Estados miembros, premisa necesaria para el desarrollo y mantenimiento del *Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, consagran el derecho a la libertad y la seguridad de las personas y el derecho de defensa.

Sin embargo, para reforzar la confianza mutua entre los Estados miembros, desde la Unión Europea se advirtió la necesidad de establecer normas detalladas sobre la protección de las

garantías y los derechos procesales. Con este objetivo, en el año 2009 el Consejo Europeo aprobó un plan de trabajo orientado a reforzar los derechos procesales de las personas investigadas en un procedimiento penal, incorporándolo al denominado *programa de Estocolmo* que, recogiendo el testigo de las conclusiones aprobadas en el Consejo Europeo celebrado en Tampere en 1999, venía a establecer las prioridades de la Unión Europea en su objetivo de creación del pretendido *Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia* durante el periodo 2010 – 2014. En concreto, el plan de trabajo se proponía el desarrollo de medidas legislativas armonizadoras relativas al derecho a la interpretación y a la traducción, al derecho a la información de personas investigadas, al derecho de asesoramiento jurídico y justicia gratuita, al derecho de las personas detenidas a comunicarse con sus familiares, con su empleador y con las autoridades consulares, y a las salvaguardias especiales para determinados investigados que fueran especialmente vulnerables.

En ejecución de este plan de trabajo, el 22 de mayo de 2012, el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron la Directiva 2012/13/UE *relativa al derecho a la información en los procesos penales* (en adelante, Directiva 2012/13/UE), que tiene por objeto, según refiere su art. 1, el establecimiento de *normas relativas al derecho de las personas sospechosas o acusadas a recibir información sobre sus derechos en los procesos penales y sobre las acusaciones formuladas contra ellas*, así como, el establecimiento del *derecho a la información sobre sus derechos de las personas objeto de la ejecución de una orden de detención europea*.

A pesar de que la normativa española ya recogía, en buena medida, muchos de los extremos cuya regulación proponía el Legislador europeo, la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, *por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales* (en adelante, LO 5/2015), modificó la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dando nueva redacción a los arts. 118, 302, 505.3, 520.2,3 y 5, y 775.

Unos meses después, 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 tecnológicas* (en adelante, LO 13/2015), reformó de nuevo los arts. 118, 520; introdujo un nuevo art. 520 ter y modificó el art. 527 (entre otros).

En los artículos modificados, en lo que afecta al objeto de la presente Circular, se han incluido previsiones encaminadas a reforzar el derecho de defensa de las personas investigadas en un proceso penal, mediante disposiciones que aseguren que les sea facilitada la información adecuada y precisa en cada uno de los diferentes momentos del proceso.

Así, el art. 118, relativo al derecho de defensa, recoge expresamente el derecho a ser informado de los hechos imputados y sus modificaciones y el derecho a examinar las actuaciones; el art. 302, regulador del secreto del sumario, incorpora los supuestos que fundamentan su adopción, con evidentes repercusiones en el derecho de información del investigado, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 505.3 LECrim; el art. 505.3, dentro de la regulación de la audiencia para resolver sobre la eventual petición de prisión provisional, incluye el derecho del investigado al acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar su privación de libertad; el art. 520, relativo a los derechos del detenido, incluye el derecho de acceso a los elementos de las actuaciones esenciales para impugnar la legalidad de la detención; el nuevo art. 520 ter, incorpora una disposición específica para los detenidos en espacios marinos; y finalmente, el art. 775, desarrolla la información que debe facilitarse al investigado en el ámbito del procedimiento abreviado.

La aplicación de estos preceptos ha puesto de relieve una cierta disparidad de criterios sobre la interpretación del derecho de información de los detenidos y los investigados. Resulta por ello conveniente establecer pautas de actuación, examinando el alcance y contenido del derecho de información y sus garantías dentro del proceso y el momento procesal en el que debe facilitarse y puede ejercitarse, teniendo en cuenta sus peculiaridades en atención a la situación en la que se encuentre la persona investigada. En ocasiones, será preciso conjugar el derecho a la información del investigado y la necesaria reserva de algunos aspectos de las

investigaciones que en determinados momentos del desarrollo del procedimiento penal ha de mantenerse para asegurar la culminación de sus fines, de forma que se alcance el adecuado equilibrio entre ambos intereses. Todo ello, a la luz de los textos internacionales citados, su interpretación por el TEDH y el TJUE, y la doctrina constitucional.

Por sus especialidades se hace referencia en apartados independientes a las detenciones practicadas en espacios marinos y el derecho de información en los procedimientos en que se haya acordado el secreto del sumario; el de los investigados sujetos a incomunicación; el acceso a las actuaciones en los procesos de aceptación por decreto; el investigado sometido a una OEDE; finalizando con una referencia al derecho de información en las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal y la jurisdicción de menores.

2. El derecho a la información, la libertad personal y el derecho de defensa

El Convenio para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH) proclama que “toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella” (art. 5.2) y que “toda persona privada de su libertad mediante arresto o detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su detención y ordene su puesta en libertad si dicha detención fuera ilegal” (art. 5.4). Además, reconoce el derecho del acusado a “ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él y a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa” (art. 6.3).

En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos proclama en su art. 9 que “1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. (...) 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal (...)”. Y en el art. 14.3 declara: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; (...)”.

Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE) reconoce el derecho a la libertad y seguridad de toda persona en su art. 6; el derecho a la tutela judicial efectiva en el art. 47 y el respeto del derecho de defensa de todo acusado en su art. 48.2.

En nuestro ordenamiento interno, el art. 17 de la Constitución Española proclama el derecho de toda persona *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* (art. 17.1) y que *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* (art. 17.3). Y el art. 24 consagra el derecho a la tutela judicial efectiva de toda persona en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, *a ser informada de la acusación formulada, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa* (...).

De la lectura de estos preceptos ya se advierte que el derecho a la información en el proceso penal se desglosa en dos aspectos diferenciados: en relación con las personas detenidas, vinculado con el derecho fundamental a la libertad; y en relación con los investigados/acusados, enlazando con el derecho de defensa. De ahí su distinto alcance, tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional.

3. La Directiva 2012/13/UE

Como se ha indicado, el objeto de la Directiva 2012/13/UE es el establecimiento de *normas relativas al derecho de las personas sospechosas o acusadas a recibir información sobre sus derechos en los procesos penales y sobre las acusaciones formuladas contra ellas*, así como, el establecimiento del *derecho a la información sobre sus derechos de las personas objeto de la ejecución de una orden de detención europea*.

Este derecho a la información en los procesos penales se desarrolla en la Directiva 2012/13/UE diferenciando en el mismo tres aspectos:

- a) el derecho a recibir información sobre los derechos procesales: en general por las personas sospechosas o acusadas (art. 3); en particular, por los detenidos o privados de libertad (art. 4) y en el marco del procedimiento de la orden de detención europea (art. 5);
- b) el derecho a recibir información sobre la acusación (arts. 6.1, 6.3 y 6.4) y sobre los motivos de la detención (art. 6.2);
- c) y el derecho de acceso a los materiales del expediente, donde de nuevo se distingue entre aquellos relativos a los motivos de la detención o privación de libertad (art. 7.1) y los concernientes a la propia acusación (art. 7, apartados 2, 3 y 4).

En diversos apartados de esta Circular, se expondrá en detalle el contenido de la Directiva 2012/13/UE, contemplando el texto finalmente aprobado y tomando en consideración su tramitación legislativa cuando resulte necesario. Sin perjuicio de ello, conviene destacar desde ahora que la regulación de la misma pretende “promover el derecho a la libertad, el derecho a un juicio justo y los derechos de defensa”, por lo que “debe ser aplicada en consecuencia” y las disposiciones, “que correspondan a los derechos garantizados por el CEDH, deben interpretarse y aplicarse de forma coherente con dichos derechos, con arreglo a su interpretación por la jurisprudencia del TEDH” (considerandos nº 41 y 42).

4. La regulación de la LECrim

Las tres vertientes del derecho de información en el proceso penal examinadas en la Directiva 2012/13/UE tienen también su reflejo en la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según la redacción derivada de las LO 5/2015 y 13/2015.

Por un lado, se recoge el derecho a ser instruido *de los derechos procesales*, tanto de toda persona *a quien se atribuya un hecho punible* (art. 118) como de toda persona *detenida o presa* (art. 520).

Junto a ello, se reconoce el derecho del investigado a *ser informado* de los “hechos que se le atribuyan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados”, información que debe facilitarse “con el grado de detalle suficiente para permitir el ejercicio efectivo del derecho de defensa” (art. 118.1.a) y 775); y “tomar conocimiento de las actuaciones” (salvo declaración de secreto, art. 302). Y el derecho de los detenidos o presos de ser informados de “los hechos que se le atribuyan y las razones motivadoras de su privación de libertad” (art. 520.2).

Por último, y de forma instrumental y complementaria al derecho anterior, se contempla el derecho a *examinar las actuaciones* de los investigados “con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración” (art. 118.1.b) y el derecho de los detenidos o presos de *acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad* (art. 520.2.d).

Con el fin de aclarar las discrepancias advertidas en la interpretación de estos preceptos, especialmente en relación al *examen de las actuaciones* y el *acceso a los elementos de las actuaciones esenciales para impugnar la legalidad de la detención o la privación de libertad*, resulta conveniente analizar el derecho de información del investigado en las distintas fases procesales y, desde la óptica de su fundamento en cada una de ellas (la salvaguarda del derecho a la libertad y el de defensa) determinar el contenido del derecho que en cada

momento procesal es posible y exigible, teniendo como referencia la interpretación de estos derechos según la doctrina del TEDH y el TC. Se analizan por tanto a continuación las singularidades que se presentan en estos supuestos, así como las exigencias formales que, en cada uno de los casos, deberá revestir la información que se facilita.

5. El derecho de información del detenido

5.1. Regulación legal

Partiendo del marco normativo citado (art. 5.2 CEDH; art. 17.3 CE), el art. 520 LECrim, antes de las reformas del año 2015, ya enunciaba el derecho de los detenidos y presos a ser informados “de modo que le sea comprensible y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten”, incluyendo una relación de derechos. Desde la reforma operada por la LO 5/2015, esta información debe ser facilitada “por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda y de forma inmediata” (art. 520.2) y debe permitirse al detenido conservar en su poder la declaración escrita de derechos durante todo el tiempo que dure la detención (art. 520.2.*in fine*).

Asimismo, y en relación a la materia tratada en la presente Circular, se incluye en la relación de derechos el de *acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad* (art. 520.2.d). El detenido debe ser informado 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 la detención (art. 520.2. antepenúltimo párrafo). Para el adecuado control del cumplimiento de estos plazos máximos, la LO 13/2015 introdujo un inciso final en el art. 520.1 LECrim según el cual “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”.

Como se ha indicado *supra*, la Directiva 2012/13/UE se refiere de forma específica al derecho de información de las personas detenidas o privadas de libertad. Su art. 4 enuncia sus derechos procesales, que deben recogerse en una declaración de derechos escrita; el art. 6.2 precisa el contenido del derecho a recibir información, que en estos casos debe referirse a los motivos de la detención o privación de libertad, incluida la infracción penal que se sospecha que ha cometido o de la que se le acusa; y el art. 7.1 delimita el derecho de acceso a los materiales del expediente (uno de los derechos enunciados en el art. 4 citado) indicando que “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”. Para la correcta interpretación de estos preceptos resultan de interés los considerandos número veintiuno a veinticuatro, y el considerando treinta, al que más adelante se hará alusión.

5.2. Información sobre los hechos y las razones motivadoras de su privación de libertad

La primera información que debe ser facilitada al detenido, por escrito, será la relativa a *los hechos que se le atribuyan y las razones motivadoras de su privación de libertad*. Este derecho no es una novedad en nuestra legislación, pues ya se reconocía expresamente en el art. 520 desde la Ley 53/1978, de 4 de diciembre, el derecho de todo detenido o preso a ser informado *de las causas que han determinado su detención y de los derechos que le asisten*, expresión posteriormente sustituida por “los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad” (LO 14/1983, de 12 de diciembre).

La información sobre los hechos incluye su calificación jurídica provisional. Como indica el Tribunal Supremo, la información de los hechos que motivan la detención será un requisito *sine qua non* para el ejercicio del derecho de defensa y la información acerca de las razones que han motivado la privación de libertad, implica precisar el precepto que en el caso concreto justifica la detención (STS nº 61/2011, de 17 de febrero). En el mismo sentido, la Directiva 2012/13/UE dispone que 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 información sobre las razones motivadoras de la privación de libertad debe ponerse en relación con los presupuestos de la detención (art. 492 LECrim, para las detenciones practicadas por la autoridad o agente de la Policía Judicial).

La reciente STC nº 21/2018, de 5 de marzo recuerda las exigencias de la actual regulación: la información sobre los hechos y las razones que han motivado la detención ha de formalizarse en un documento que ha de entregarse al detenido, admitiéndose que sea el mismo en el que se recoja la información sobre los derechos del detenido, debiendo dejarse constancia en el atestado de la fecha y hora en que se ha producido dicha información; debe facilitarse de forma inmediata, y en todo caso, antes del primer interrogatorio por parte de la policía; y debe ser suficiente, lo que sólo se cumple 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” (FJ. 6).

5.3. El acceso a los elementos esenciales para impugnar la legalidad de la detención

Sin embargo, el derecho del detenido no se agota con esa información sobre los hechos que se le atribuyen y las razones de su detención, sino que el art. 520 ha incluido el *acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad*.

Este precepto tiene su origen en el art. 7 de la Directiva 2012/13/UE que indica que “cuando una persona sea objeto de detención o privación de libertad en cualquier fase del proceso penal, los Estados miembros garantizarán que se entregue a la persona detenida o a su abogado aquellos documentos relacionados con el expediente específico que obren en poder de las autoridades competentes y que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva, con arreglo a lo establecido en la legislación nacional, la legalidad de la detención o de la privación de libertad”.

La materialización del derecho de acceso del detenido en fase policial a las actuaciones, que constituye novedad en nuestro ordenamiento jurídico desde la reforma de la LECrim de 2015, puede generar algunas dudas interpretativas. Mientras que el derecho de acceso a las actuaciones que reconoce el art. 118 LECrim encuentra su fundamento en la necesidad de defenderse de los hechos imputados, preparando la declaración de la persona investigada y articulando la estrategia de actuación en el procedimiento en la forma que mejor convenga a sus intereses, el derecho de acceso que proclama el art. 520 tiene otra finalidad completamente distinta: se trata, únicamente, de permitir la defensa frente a la detención, agotando su razón de ser en esa finalidad.

Precisamente por eso, mientras que el derecho que deriva del art. 118 debe extenderse a la totalidad del procedimiento, el acceso del detenido a las actuaciones habrá de quedar limitado a los precisos y concretos extremos necesarios para rebatir la detención de la que ha sido objeto.

Conviene en este punto recordar que el procedimiento de *Habeas Corpus* persigue precisamente obtener la inmediata puesta a disposición de la autoridad judicial competente de cualquier persona detenida ilegalmente, y que a los efectos de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, *reguladora del procedimiento de Habeas Corpus* (en adelante, LOPHC), se consideran personas ilegalmente detenidas: “a) Las que lo fueren por una autoridad, agente de la misma, funcionario público o particular, sin que concurren los supuestos legales, o sin haberse cumplido las formalidades prevenidas y requisitos exigidos por las leyes. b) Las que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar. c) Las que lo estuvieran por plazo superior al señalado en las leyes, si transcurrido el mismo, no fuesen puestas en libertad o entregadas al Juez más próximo al lugar de la detención. d) Las privadas de libertad a quienes no les sean respetados los derechos que la Constitución y las leyes procesales garantizan a toda persona detenida” (art. 1 LOPHC).

El último inciso cobra gran importancia desde la perspectiva de las últimas reformas, tal y como ha destacado el Tribunal Constitucional: “Este último enunciado, por tanto, exige su integración con aquellos derechos del detenido previstos en nuestro ordenamiento. En esta última categoría se inscribe, desde luego y por mandato constitucional, la garantía de “la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales”. Pero ésta ha de cumplirse, como advierte el art. 17.3 CE, “en los términos que la ley establezca”, por lo que resulta necesaria la remisión a lo dispuesto en este caso (detención policial por la presunta comisión de delitos) por los arts. 509, 510, y 520 a 527 LECrim” (STC nº 13/2017, de 30 de enero).

En el mismo sentido, la STC nº 21/2018, de 5 de marzo, que examinaba un recurso de amparo interpuesto contra la resolución denegatoria de la incoación de un procedimiento de habeas corpus, en la que el recurrente invocaba la vulneración de diversos derechos fundamentales (17.4, 17.3, 24.2, 24.1 CE) recuerda que “la primera y básica forma de detención ilegítima es aquella que se produce fuera de los casos o modos previstos en la ley, lo que, a su vez, constituye una de las causas que justifican la protección judicial que otorga el procedimiento de habeas corpus (art 1. a] y d] de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo)” .

Por ello, deben facilitarse al detenido los elementos de las actuaciones esenciales para verificar la legalidad de la detención o, en su caso, impugnarla.

5.3.1. Identificación de los elementos esenciales

Para la concreción de esta formulación general (*elementos esenciales*) en la práctica, pueden resultar ilustrativos los considerandos de la Directiva 2012/13/UE relativos a estos “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 (art. 7.1 de la Directiva 2012/13/UE). En concreto, según el considerando número treinta: “ Los documentos y, si procede, fotografías y grabaciones de sonido o de vídeo, que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva la legalidad de la detención o privación de libertad de una persona sospechosa o acusada, con arreglo a la legislación nacional, deben ponerse a disposición de esta o de su abogado a más tardar antes del momento en que una autoridad judicial competente deba decidir sobre la legalidad de la detención o privación de libertad de conformidad con el art. 5, apartado 4, del CEDH, y en el momento oportuno para permitir el ejercicio efectivo del derecho a impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad”.

La concreción de los elementos esenciales de las actuaciones debe efectuarse en cada caso, en atención a las circunstancias, sin que sea posible ofrecer *a priori* una relación exhaustiva de aquellos. A efectos prácticos pueden resultar de interés la enumeración de los elementos de las actuaciones que se consideran “esenciales para impugnar la legalidad de la detención” plasmada en los *Criterios para la Práctica de Diligencias por la Policía Judicial*, aprobados por la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial el día 3 de abril de 2017, que incluye el lugar, fecha y hora de la detención; lugar, fecha y hora de la comisión del delito; identificación del hecho delictivo que motiva la detención y breve resumen de los hechos; indicios de los que se deduce la participación del detenido en el hecho delictivo, referenciados genéricamente.

La STC nº 21/2018, de 5 de marzo, examina precisamente la información facilitada a un detenido en sede policial. En el caso planteado, el recurrente había sido detenido, junto a otros jóvenes, informándole únicamente de que “había sido detenido por un presunto delito de lesiones, al ser interceptados en el lugar de los hechos por efectivos actuantes”, detallando el lugar y hora del presunto ilícito penal y el de la detención. A pesar de que solicitó acceso a la parte del atestado redactada, la petición fue rechazada en sede policial. Recurrida en amparo la denegación de incoación del habeas corpus presentado, el TC concluye que la información facilitada al demandante no proporcionaba una base real suficiente de la que pudieran inferirse racionalmente su participación en el delito investigado y no le permitían, por insuficientes, cuestionar fundadamente su privación de libertad, pues se omitieron datos objetivos que relacionaban a los jóvenes detenidos con la agresión y que constituían las razones objetivas de la detención. Por ello, el TC estimó la pretensión de amparo, “no porque en el caso concreto no existieran razones para detener al demandante, sino porque habiéndolas, las mismas no se pusieron de manifiesto al detenido o a su abogado a través de los procedimientos establecidos en la ley”.

El TC declara que “la determinación de cuales sean dichos elementos es necesariamente casuística, pues depende de las circunstancias que han justificado la detención. En tal medida, a modo de ejemplo, pueden ser elementos esenciales que fundamenten la detención, atendiendo a las circunstancias de cada caso, la propia denuncia de los hechos, cuando incorpora imputaciones de parte que incriminan al detenido; o la documentación de testimonios incriminatorios, así como el contenido de los informes periciales científicos que establezcan un vínculo de conexión entre el hecho investigado y el detenido; asimismo lo pueden ser los documentos, fotografías y grabaciones de sonido o vídeo que objetivamente relacionen al sospechoso con la infracción penal, e igualmente las actas que recojan el resultado del registro de un inmueble u otro tipo de bienes (STC 13/2017, de 30 de enero, FJ. 7), las de una inspección ocular, las que constatan la recogida de vestigios o las que describan el resultado de un reconocimiento practicado a prevención por la policía para la averiguación del delito. Lo son también, en definitiva, todas aquellas actuaciones documentadas que guarden identidad de razón con las ya expuestas” (FJ.7).

Se trata, en definitiva, al examinar una detención, de identificar los indicios o sospechas de la participación del detenido en unos hechos presuntamente delictivos y las circunstancias que han determinado la necesidad de aquella. No se trata de dar acceso a todos los elementos de la causa, sin solo los esenciales o la parte de los mismos que resulte fundamental para permitir impugnar la privación de libertad.

La citada STC nº 21/2018, de 5 de marzo destaca además algunas notas sobre el derecho de acceso del detenido: a) debe ejercerse después de ser informado sobre las razones fácticas y jurídicas de la detención y antes del primer interrogatorio policial; b) es al detenido a quien corresponde instar el ejercicio de su derecho, solicitando justificadamente los elementos de las actuaciones a los que quiere acceder y c) en cuanto a la forma, “una vez solicitado, el acceso debe producirse de forma efectiva, mediante exhibición, entrega de copia o cualquier otro método que, garantizando la integridad de las actuaciones, permita al detenido conocer y comprobar por sí, o a través de su letrado, las bases objetivas de su privación de libertad”. En todo caso, deberá dejarse constancia en el procedimiento del acceso facilitado.

5.3.2. El acceso al atestado policial

Delimitado el derecho de acceso en los casos de detención por la finalidad que persigue, cabe preguntarse si el detenido tendría derecho en sede policial a acceder al atestado en su integridad. La respuesta debe ser negativa. Como se viene señalando, el derecho que reconoce el art. 520.2.d) LECrim aparece condicionado por la finalidad que persigue, que no es otra que articular la defensa frente a una detención. En consecuencia, únicamente aquellos extremos del atestado que tengan que ver con la detención, los hechos y los motivos que la justifican, sólo aquellos cuyo conocimiento pueda contribuir al ejercicio del derecho de defensa frente a esa detención, integrarán el contenido del derecho de información del detenido. Esta conclusión resulta del examen de la tramitación legislativa de las reformas operadas en la LECrim, del examen de la Directiva 2012/13/UE y de las recientes resoluciones del Tribunal Constitucional en esta materia.

En primer lugar, deriva del análisis de la *voluntas legislatoris* que se desprende de los antecedentes legislativos de las reformas operadas en el art. 520.2.d) LECrim. El inciso que se analiza - “el derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad” - fue introducido en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Estatuto de las Víctimas del delito en la versión remitida al Consejo de Estado para su informe [texto que trasponía diversas Directivas, y que antes de su remisión al Congreso se desglosó en el Proyecto del Estatuto de la Víctima y el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal para transponer las Directivas relativas al derecho a interpretación y traducción y al derecho a la información en los procesos penales, siendo este último el que dio lugar a la LO 5/2015)], sin que fuese objeto de objeciones en la tramitación parlamentaria.

Sin embargo, el Anteproyecto (texto inicial, de 5 de diciembre de 2014) de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica (texto que al ser remitido para su tramitación parlamentaria se desgajó en dos proyectos diferenciados, origen de las posteriormente aprobadas LO 13/2015 y la Ley 41/2015), sí incluía entre los derechos del detenido, una referencia expresa al acceso al atestado policial en los arts. 520.6, 520.6.e), 527.1.e) y d) LECrim y estas referencias al acceso al atestado se suprimieron en el texto de la Ley finalmente aprobado.

En segundo lugar, también parece esta la voluntad del Legislador europeo. Basta fijarse en el Anexo II de la Directiva 2012/13/UE, que está escrito en un lenguaje llano accesible a todo ciudadano –pues es un prototipo de formulario- y claramente establece: “En el momento de la detención o privación de libertad usted (o su abogado) tiene derecho a acceder a los documentos esenciales que necesita para impugnar la detención o privación de libertad. Si el caso llega a un tribunal, usted (o su abogado) tendrá derecho a acceder a las pruebas materiales favorables o desfavorables”.

Por otro lado, la Ley señala al Juez como destinatario del atestado policial y, por lo tanto, responsable de las decisiones que, a la vista del mismo y de sus concretas circunstancias, deba adoptar. Así, por ejemplo, si el Juez, a la vista de las circunstancias concurrentes, considera oportuno declarar secreto el sumario, vería gravemente perjudicada esta decisión si el atestado hubiera sido ya entregado por la Policía al detenido, sustrayendo al Juez una decisión claramente jurisdiccional.

En este punto resulta de interés recordar de nuevo la citada STC nº 21/2018. El recurrente solicitó acceder a la parte del atestado que ya había sido redactada hasta ese momento, petición que fue rechazada, por lo que presentó una solicitud de habeas corpus cuya incoación fue denegada por el Juez de Guardia. Sobre el acceso al atestado, el TC declara: “...resulta preciso aclarar que la propia dicción del precepto legal alegado, así como su fundamento, permiten concluir que el derecho invocado no otorga una facultad de acceso pleno al contenido de las actuaciones policiales o judiciales practicadas con anterioridad a la detención, o como consecuencia de la misma, que se plasman en el atestado pues, más limitadamente, únicamente cobra sentido y se reconoce el acceso a aquéllas que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención, esto es, fundamentales o necesarias para cuestionar si la privación cautelar penal de libertad se ha producido en uno de los casos previstos en la ley o, dicho de otra forma, si la misma se apoya en razones objetivas que permitan establecer una conexión lógica entre la conducta del sospechoso y el hecho investigado, justificando así la privación de libertad”. “(...) El atestado puede recoger más información sobre la investigación del hecho delictivo de aquella que cabe considerar esencial para justificar la detención preventiva, pues puede haber en el mismo referencias a terceras personas no detenidas, a hechos distintos que nada tienen que ver con las razones concretas de la detención, pero que son conexos con los que han dado lugar a la investigación, o a líneas de investigación iniciadas y no agotadas cuya revelación puede poner innecesariamente en entredicho el resultado de la investigación (FJ. 8).

Por tanto, el detenido y su abogado no tienen derecho en sede policial a acceder al atestado en su integridad, lo cual es lógico, teniendo en cuenta que habitualmente el mismo no se finaliza hasta la puesta a disposición judicial.

Sin perjuicio de ello, se deberá facilitar el acceso a los documentos que puedan justificar la legalidad de la detención (los referidos a la condición de quienes la hayan practicado, a la fecha, hora y lugar de la detención, a la flagrancia de los hechos, etc.), así como a todos aquellos documentos de las actuaciones en los que se reflejen aspectos que se refieran o afecten a los derechos que reconoce al detenido el art. 520 LECrim (lectura de derechos, aviso a letrado, aviso a familiar, reconocimiento médico forense, asistencia de intérprete, etc.). En cambio, aquellos extremos de las actuaciones o, en particular, del atestado, que puedan referirse a otros aspectos de la investigación que no guarden relación directa con la detención, no integrarán el derecho de información del detenido, lo que justifica que le pueda ser denegada la entrega del atestado policial en su integridad.

5.3.3. Consideraciones finales sobre el acceso a los elementos esenciales

En todo caso, no debe perderse de vista la necesidad de ponderar otros intereses que también deben ser protegidos en la tramitación del proceso penal, como la especial protección de las víctimas y testigos en los casos en que resulte necesaria o los supuestos en que deba posteriormente declararse el secreto de las actuaciones. El Considerando nº 33 de la Directiva 2012/13 indica que “el derecho de acceso a los materiales del expediente se entiende sin perjuicio de las disposiciones de las legislaciones nacionales relativas a la protección de los datos personales y el paradero de testigos protegidos”.

La LO 19/1994, de 23 de diciembre, *de protección a testigos y peritos en causas criminales* (en adelante, LO 19/1994), prevé la posibilidad de aplicación de medidas de protección a quienes en calidad de testigos o peritos intervengan en procesos penales, cuando “la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos”. En estos casos, el Juez Instructor “acordará motivadamente, de oficio o a instancia de parte, cuando lo estime necesario en atención al grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asiste a la defensa del procesado”, pudiendo adoptar, entre otras, la decisión de “que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave”.

El art. 282 LECrim dispone que la Policía Judicial llevará a cabo una valoración de las circunstancias particulares de las víctimas para determinar provisionalmente qué medidas de protección deben ser adoptadas para garantizarles una protección adecuada, sin perjuicio de la decisión final que corresponderá adoptar al Juez o Tribunal.

Por otro lado, el art. 302 LECrim contempla los supuestos en que el Juez de Instrucción, a propuesta del Ministerio Fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio, puede declarar las actuaciones, total o parcialmente secretas para todas las partes personadas, por tiempo no superior a un mes, cuando resulte necesario para evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona; o prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso, “sin perjuicio de lo previsto en el párrafo segundo del apartado 3 del art. 505”.

Por ello, y con el fin de no dejar sin sentido las previsiones de la LO 19/1994 y el art. 302 LECrim, al facilitar el acceso a los elementos esenciales de las actuaciones, deberán adoptarse las medidas necesarias para salvaguardar la identidad de víctimas y testigos y los fines perseguidos con una ulterior declaración judicial de secreto.

5.4 El detenido en espacios marinos

El art. 520 ter LECrim, introducido por la LO 13/2015, dispone: “a los detenidos en espacios marinos por la presunta comisión de los delitos contemplados en el artículo 23.4.d) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, les serán aplicados los derechos reconocidos en el presente capítulo en la medida que resulten compatibles con los medios personales y materiales existentes a bordo del buque o aeronave que practique la detención, debiendo ser puestos en libertad o a disposición de la autoridad judicial competente tan pronto

como sea posible, sin que pueda exceder del plazo máximo de setenta y dos horas. La puesta a disposición judicial podrá realizarse por los medios telemáticos de los que disponga el buque o aeronave, cuando por razón de la distancia o su situación de aislamiento no sea posible llevar a los detenidos a presencia física de la autoridad judicial dentro del indicado plazo”.

La inclusión de este precepto fue precisamente propuesta en el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto origen de la reforma operada por la LO 13/2015, que puso de relieve la necesidad de regular las especialidades que plantean las detenciones practicadas por buques (o aeronaves) de guerra, u otros buques de Estado especialmente autorizados, en espacios marítimos alejados de territorio español, con ocasión de la prevención o represión de delitos de persecución universal contra la seguridad marítima, tales como piratería, tráfico de estupefacientes, trata de seres humanos o terrorismo, de conformidad con el Derecho Internacional del Mar. La versión (tercera y última) del Anteproyecto que se envió para informe del Consejo de Estado acogió casi literalmente el texto propuesto desde la Fiscalía, sustituyendo únicamente la expresión inicial utilizada en la propuesta “a los detenidos en espacios marítimos alejados de territorio español” por el inciso finalmente aprobado que se refiere a “los detenidos en espacios marinos”.

Efectivamente, en los supuestos de abordaje de buques en aguas internacionales es posible que no se pueda garantizar la presentación física de los detenidos ante la autoridad judicial dentro del plazo general de detención. Ahora bien, eso no significa que en estos casos no exista control judicial alguno. Y así, en el supuesto contemplado en la STS nº 55/2007, de 23 de enero, se consideró que el Instructor “no sólo ordenó la detención en alta mar y posterior prisión provisional, a petición del Fiscal, y así le fue notificado al recurrente, sino que estuvo permanentemente informado del transcurso del viaje, según consta en las actuaciones, disponiendo el traslado llevado a cabo, y, por tanto, puede afirmarse que, aún en la distancia, los detenidos sí que permanecieron a disposición del Juez en todo momento, hasta su llegada a puerto, cuando ya, presente el Juez, se llevó a cabo la comparecencia prevista para la ratificación de la situación personal decretada, con intervención de los interesados asistidos de sus Letrados”.

La solución que hasta la entrada en vigor del art. 520 ter LECrim se venía arbitrando a estos supuestos consistía en que el Juez acordase la prisión provisional sin la previa celebración de la audiencia prevista en el art. 505 LECrim, posponiendo ésta al momento de la arribada a puerto del buque con los detenidos, conforme a las previsiones del art. 505.5, que señala que “si por cualquier razón la audiencia no pudiere celebrarse, el juez o tribunal podrá acordar la prisión provisional, si concurrieren los presupuestos del artículo 503, o la libertad provisional con fianza. No obstante, dentro de las siguientes 72 horas, el juez o tribunal convocará una nueva audiencia, adoptando las medidas a que hubiere lugar por la falta de celebración de la primera audiencia”. Se informaba a los detenidos de su detención y de sus derechos a través de la documentación que, en su caso traducida, se enviaba por el Juzgado al buque en el que se encontraban, y se les facilitaba la asistencia que fuera necesaria y posible bajo la supervisión de la autoridad judicial. En cuanto al resto de los derechos de los detenidos cuyo ofrecimiento resultara imposible en las condiciones de la detención, se posponía su ejercicio al momento de la llegada a puerto del buque.

Con la entrada en vigor de la nueva regulación, se impone la libertad del detenido o la puesta a disposición de la autoridad judicial dentro del plazo máximo de setenta y dos horas. Esta puesta a disposición podrá ser realizada a través de medios telemáticos, pero no puede ser demorada hasta la llegada del buque o aeronave al puerto o aeropuerto español más próximo, lo que supone una notable diferencia con la situación anterior.

De esta manera, a los detenidos en las circunstancias que prevé el precepto les serán reconocidos todos los derechos propios del detenido que regula la LECrim, en la medida que los mismos resulten compatibles con los medios personales y materiales existentes a bordo del buque o aeronave que practique la detención. Lo normal será incluir aquí, salvo que se justifique la imposibilidad de su efectividad, la información de derechos a los detenidos (oportunamente traducida, en su caso), donde se incluya una referencia a los hechos que se les atribuyan y a las razones de la detención, el derecho a declarar o a guardar silencio, el derecho a poner en conocimiento del familiar o persona que designen el hecho de la detención y el lugar de custodia, la notificación de la detención al consulado, en su caso, el derecho de

asistencia médica a bordo del buque donde se encuentren los detenidos y el derecho de designar un abogado o que se le designe de oficio.

En este ámbito merece una mención especial el derecho de acceso a los elementos de las actuaciones esenciales para impugnar la legalidad de la detención. Del mismo modo que no hay obstáculo para informar de los hechos y de las razones de la detención, cuando los buques o aeronaves tengan medios telemáticos que permitan el envío de documentos o incluso su exhibición en una videoconferencia, deberá procurarse su empleo. Esta solución es más respetuosa con los derechos del detenido que la alternativa de esperar a que él o su abogado se personen en el Juzgado. De no ser viable técnicamente esta opción, nada impide que se facilite el acceso al Letrado que haya sido designado para el ejercicio del derecho de defensa de los detenidos, que sí podrá comparecer personalmente ante el Juzgado que conozca de las actuaciones desde los primeros momentos.

En atención a lo anterior, en los casos de detenciones en espacios marinos en las condiciones previstas en el art. 520 ter LECrim, los Sres. Fiscales velarán por que se instruya en sus derechos a los detenidos y se les informe de los hechos que se les atribuyan y de las razones de su detención desde los primeros momentos, procurando siempre que la información les sea facilitada oportunamente traducida, en su caso. Del mismo modo, atendiendo siempre a las concretas circunstancias concurrentes y a los medios personales y materiales existentes a bordo del buque o aeronave que practique la detención, los Sres. Fiscales habrán de velar por que en todo caso el detenido haya sido puesto en libertad o a disposición judicial dentro del plazo máximo de setenta y dos horas. Igualmente velarán por que se facilite el acceso a los elementos de las actuaciones esenciales para impugnar la legalidad de la detención a la mayor brevedad, por los mismos medios telemáticos, evitando, si ello es posible, dilatar su entrega al momento en que el detenido o su letrado comparezcan personalmente en el Juzgado.

6. Derecho de información del investigado

El derecho de información de toda persona investigada en un procedimiento penal aparece recogido en el art. 118 LECrim con carácter general: “Toda persona a quien se atribuya un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa (...), a cuyo efecto se le instruirá, sin demora injustificada, de los siguientes derechos: a) derecho a ser informado de los hechos que se le atribuyan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados (...) y b) el derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración; (...)”.

Los derechos en los que habrá de ser instruido el investigado serán los que recoge el propio art. 118.1 LECrim en sus ocho apartados, que deberán ser siempre puestos en su conocimiento, independientemente de que posteriormente el investigado haga o no uso de los mismos.

La aplicación de este artículo apunta la conveniencia de recordar algunas consideraciones sobre el nacimiento del status procesal de investigado y destacar ciertos aspectos del *derecho a examinar las actuaciones* y el *derecho a ser informado de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados*, como novedades más relevantes.

6.1. Nacimiento del status procesal de investigado

El derecho de acceso a las actuaciones debe predicarse respecto de procedimientos judiciales. En consecuencia, cualquier persona a quien se atribuya un hecho punible que motive la formación de unas actuaciones encaminadas a su investigación, tendrá derecho a conocer y examinar esas actuaciones.

El problema más importante que surge es la interpretación de lo que deba entenderse por *persona a quien se atribuya un hecho punible* o, quizá de manera más precisa, la determinación del momento en el que surge tal derecho.

Debe partirse de que el precepto se proyecta sobre supuestos en los que ya se ha iniciado un procedimiento.

El derecho de información y acceso a las actuaciones se configura como uno de los presupuestos necesarios para la articulación y desarrollo del derecho de defensa. Por lo tanto, será necesario instruir de sus derechos a la persona a la que se atribuya un hecho delictivo, lo que determina precisamente el nacimiento de su estatus procesal de investigado. En este sentido, señala la STC nº 186/1990, de 15 de noviembre, que el Juez de Instrucción tendrá siempre obligación de determinar quién sea el presunto autor del delito, con la finalidad de citarle, comunicarle la imputación, ilustrarle de sus derechos y recibirle declaración, no solo para indagar acerca de su participación, sino también para permitirle defenderse.

En la determinación del momento en que deba hacerse efectivo este derecho a la información debe tenerse en cuenta que la demora podría repercutir negativamente en el ejercicio de su derecho de defensa; pero, al mismo tiempo, también debe tomarse en consideración que la precipitación podría perjudicar investigaciones en curso y, lo que es peor, podría dar lugar a imputaciones injustificadas, con el consiguiente posible menoscabo en los derechos y libertades fundamentales. Por lo tanto, en la búsqueda de un criterio que consiga el equilibrio entre ambos intereses controvertidos, no debe nunca perderse de vista que el fin que justifica el derecho de información no es otro que el ejercicio del derecho de defensa del investigado. En consecuencia, lo que motiva el nacimiento del derecho de información y con él, como se dijo, el nacimiento del estatus procesal de investigado, deberá ser la existencia de una situación en la que el derecho de defensa pudiera requerir un posicionamiento o actuación concreta por parte de una persona investigada, como puede ser la práctica de una declaración ante el Juez.

Los criterios que la Circular 4/2013, de 30 de diciembre, *sobre las diligencias de investigación* fijó para determinar cuándo debía procederse a la toma de declaración del investigado y cuando, por el contrario, es razonable posponer ésta son plenamente aplicables, como criterios orientativos, a la hora de analizar la conveniencia de la toma de declaración judicial.

Como ha declarado el TC “la imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario, pues estando ligado el nacimiento del derecho de defensa a la existencia de la imputación (art. 118 LECrim), se ha de ocasionar la frustración de aquel derecho fundamental si el Juez de Instrucción retrasa arbitrariamente la puesta en conocimiento de la imputación” (SSTC nº 273/1993, de 20 de septiembre; 24/2018, de 5 de marzo).

Por lo tanto, el derecho a ser instruido de los derechos que le asisten debe ser reconocido a todo investigado en un procedimiento judicial, siempre desde el momento mismo en que la investigación ponga de relieve indicios suficientes acerca de la autoría de los hechos delictivos investigados, sin que sea admisible posponer este momento por necesidades de la investigación. De hecho, el primer párrafo del art. 118.1 LECrim exige que la información se produzca “sin demora injustificada”. Todo ello habrá de entenderse sin perjuicio de la posibilidad, en su caso, de interesar la declaración de secreto de las actuaciones.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, los Sres. Fiscales promoverán y velarán por el cumplimiento de la obligación de instruir en sus derechos al investigado, en los términos que establece el art. 118 LECrim, desde el primer momento de la imputación penal y siempre con anterioridad a la prestación de cualquier declaración.

Igualmente, los Sres. Fiscales procurarán evitar que se lleven a cabo imputaciones precipitadas, debiendo valorar como criterios para la determinación del momento de llevarla a cabo, el grado indiciario de certeza acerca de la autoría del hecho punible y el contenido del derecho de defensa en el caso concreto, ante la existencia de actos de investigación que pudieran demandar actuaciones defensivas.

A la hora de fijar los criterios para determinar el momento en el que debe hacerse efectivo el derecho de acceso a las actuaciones, deberá tomarse siempre en consideración la salvaguarda del derecho de defensa. Por lo tanto, este acceso deberá facilitarse y hacerse efectivo con la necesaria antelación que demanden las circunstancias de cada caso concreto. En particular y por lo que a una toma de declaración se refiere, deberá concederse al investigado el tiempo necesario para garantizar el adecuado ejercicio del derecho de defensa en su declaración, en función de la extensión y complejidad del procedimiento.

Cuando conforme a la doctrina del TC (SSTC nº 24/2018, de 5 de marzo; 132/2011, de 18 de julio; 198/2003, de 10 de noviembre; 91/2000, de 30 de marzo; 149/1986, de 26 de noviembre y 87/1984, de 27 de julio), se haya denegado la personación del investigado por encontrarse en situación de rebeldía, no procederá, lógicamente, dar acceso a las actuaciones.

6.2. Derecho de acceso a las actuaciones

El art. 118.1 LECrim reconoce al investigado el *derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración*. Se recoge así en la LECrim el llamado *derecho de acceso a los materiales del expediente* que el art. 7 de la Directiva 2012/13/UE proclama como el derecho de acceder *al menos a la totalidad de las pruebas materiales en posesión de las autoridades competentes*.

La Directiva dispone en su art. 7: “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”.

Cuando el art. 118.1 LECrim se refiere a las actuaciones, deberá entenderse comprendido todo el procedimiento penal, con acceso a todas las piezas que lo pudieran integrar, salvo que estén declaradas secretas. El considerando 31 de la Directiva 2012/13/UE señala que, *a efectos de la presente Directiva, el acceso a las pruebas materiales (...) debe incluir el acceso a materiales como, por ejemplo, documentos y, si procede, fotografías y grabaciones de sonido o de vídeo*, debe entenderse matizado en este sentido, toda vez que hace mención a que la información se proporcionará en estos casos “con arreglo a la legislación nacional”. Este será el caso de aquellos procedimientos en los que existan piezas separadas, tramitadas para la práctica de diligencias de investigación tecnológica, tales como intervenciones telefónicas o telemáticas, grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos o utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y de localización, por ejemplo. En virtud del artículo 588 bis d LECrim estas piezas son secretas, de modo que pasarán a formar parte del contenido que debe trasladarse al investigado una vez que se haya levantado el secreto, lo que ocurrirá, de no haberse hecho antes, cesada la medida (art. 588 bis e) y j).

Es necesario precisar que el derecho a la información y, en particular, el derecho de acceso a las actuaciones, se agota, aunque parezca superflua su mención, en el procedimiento mismo. En particular, no comprende el derecho a acceder a la información contenida en las bases de datos policiales, incluso en el supuesto de que la investigación policial se haya podido nutrir de ella. Es el caso que analiza la STS nº 795/2014, de 20 de noviembre, que distingue una fase de investigación policial previa y ajena al proceso, del proceso judicial mismo, señalando que “la fase previa a la investigación que no se vierte sobre el proceso y que por ende, carece de virtualidad como fuente de prueba, no integra el “expediente” preciso para el efectivo ejercicio de defensa” (en el mismo sentido, SSTs nº 975/2016, de 23 de diciembre y 492/2016, de 8 de junio). A esta conclusión también llega el TEDH, que identifica el expediente con los elementos de prueba y la documentación referida a los mismos (STEDH de 12 de marzo de 2003, caso

Öcalan contra Turquía) y ello en atención a que la finalidad del acceso al expediente no es otra que la posibilidad de controlar las pruebas de cargo (STEDH de 19 de diciembre de 1989, caso Kamasinski contra Austria). Finalmente, la citada STS nº 975/2016, señala expresamente que *en cuanto a la directiva 2012/13/UE relativa al derecho a la información en los procesos penales (...) se proyecta sobre la totalidad de las pruebas materiales, pero no incluye las fuentes u origen de la investigación estrictamente policial.*

6.3. Restricciones al acceso a las actuaciones

Es preciso recordar que el derecho de acceso a las actuaciones encuentra una importante limitación en los casos en los que se hubiera acordado el secreto del procedimiento, conforme a las previsiones del art. 302 LECrim y en los casos de piezas separadas de medidas de investigación tecnológica, como se ha expuesto *supra*. Las vicisitudes que pueden plantearse en estos casos, así como sus repercusiones en los supuestos de detención y prisión preventiva, serán examinadas posteriormente de manera más detallada. Igualmente se verá limitado este derecho en otros supuestos expresamente previstos en las Leyes, como sería la prohibición de acceso del investigado a la pieza reservada que se tramite en los casos de protección de testigos o peritos o en los de intervención de un agente encubierto, en los que el derecho de acceso quedaría condicionado por las previsiones contenidas en la LO 19/1994, de 23 de diciembre, *de protección a testigos y peritos en causas criminales* y en el art. 282 bis LECrim, respectivamente.

6.4. Derecho de acceso y copia de las actuaciones

El derecho de acceso a las actuaciones deberá ser gratuito, como así establece el art. 7.5 de la Directiva 2012/13/UE, suscitándose dudas acerca del coste que pudiera generar la obtención de copias. Si se atiende a la regulación de la LECrim y de la Directiva, puede comprobarse que únicamente se reconoce un derecho de acceso o examen de las actuaciones, pero no un derecho a obtener copia de las mismas. Es más, el considerando 34 de la Directiva señala expresamente que, *el acceso a los materiales del expediente, con arreglo a lo dispuesto en la presente Directiva, debe ofrecerse de forma gratuita, sin perjuicio de las disposiciones de las legislaciones nacionales que exijan el pago de tasas por la copia de documentos del expediente o por los costes de envío de los materiales a la persona interesada o a su abogado.*

El derecho a obtener copias del contenido de las actuaciones aparece reconocido en nuestro ordenamiento jurídico por el art. 234.2 LOPJ, si bien condicionando el mismo a la forma que prevean las leyes procesales y, en su caso, la Ley 18/2011, de 5 de julio, *reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia*. El art. 140.1 LEC señala, además, que las partes podrán pedir, *a su costa, la obtención de copias simples de escritos y documentos que consten en los autos*. A la vista de esta regulación, pueden distinguirse dos supuestos; cuando se trate de documentos electrónicos que formen parte de un expediente judicial electrónico, en los términos regulados en los arts. 26 y siguientes de la Ley 18/2011, la entrega de copias deberá efectuarse de manera gratuita. Por el contrario, cuando se trate de la entrega de copias de documentos que, en atención a su formato o por cualquier otra circunstancia, no se encuentren incorporados al expediente judicial electrónico, podrá exigirse el abono de los gastos que genere su obtención. Este será el caso, por ejemplo, de los soportes digitales en los que consten las medidas de investigación tecnológica a las que antes se hacía referencia, habiendo proclamado la STS nº 165/2013, de 26 de marzo, en un supuesto en el que se denegó a una de las partes la entrega de copias de los soportes en los que se contenían las intervenciones telefónicas utilizadas como prueba en el juicio por no haber aportado el material necesario para su copia, que “ninguna quiebra al derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva y del derecho de defensa puede anudarse al hecho de que no se facilitasen gratis –pues eso es lo que se solicita– las copias de las cintas. La respuesta del Juzgado de carecer de medios es sensata y razonable”.

6.5. Derecho a ser informado de los cambios relevantes en el objeto de la investigación y de los hechos imputados

El art. 118.1 LECrim reconoce también al investigado el derecho a ser informado *de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados*. En el ámbito del procedimiento abreviado, el art. 775.2 LECrim señala que, *cuando del resultado de las*

diligencias se produzca algún cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados, el Juez informará con prontitud de ello al investigado.

El principal problema que suscita la interpretación de estas previsiones legales es la determinación de la relevancia del cambio que tiene que producirse en el objeto de la investigación para que surja el derecho de información del investigado. Un exceso de sensibilidad en este punto conduciría, en muchas ocasiones, a la casi paralización del procedimiento, si tuviera que ponerse en conocimiento del investigado cada novedad que surgiera de la investigación; por el contrario, la excesiva relajación en el cumplimiento de esta obligación podría llegar a generar importantes déficits en el ejercicio del derecho de defensa, por falta de información suficiente acerca de las novedades que resultaran de la investigación. En la valoración de esta circunstancia debe también tenerse en cuenta que el ordenamiento jurídico reconoce al investigado la condición de parte en el procedimiento penal y, en tal condición, como se acaba de poner de relieve, le reconoce el derecho de acceder a la totalidad del procedimiento y, con ello, el conocimiento de todos los cambios y novedades que se puedan venir produciendo.

Partiendo de lo anterior, habrá de entenderse que lo que debe motivar un nuevo acto de información al investigado será la existencia de un cambio sustancial en los hechos o en las circunstancias de los que ya recibió información en el momento inicial en el que fue instruido de sus derechos. En consecuencia, será cualquier modificación sustancial de esos hechos, de su relevancia penal o de su calificación jurídica provisional, lo que deberá motivar el nuevo acto de información al investigado.

Ahora bien, como se advertía, no todo cambio puede ser considerado suficiente a tales efectos. Ha de tratarse de modificaciones relevantes como un nuevo hecho punible, o un cambio en el título de imputación, por ejemplo.

En este punto, el Considerando 29 de la Directiva 2012/13/UE apunta alguna pauta interpretativa, cuando indica que: “si, durante el proceso penal, los detalles de la acusación cambian hasta el punto de afectar sustancialmente a la posición de la persona sospechosa o acusada, esta debe ser informada de ello cuando sea necesario para salvaguardar la equidad del proceso y en el momento oportuno para permitir el ejercicio efectivo de los derechos de la defensa”. En definitiva, lo relevante es que el cambio sea de entidad suficiente para determinar, por ejemplo, la necesidad de tomar una nueva declaración sobre los hechos imputados, de forma que de no hacerse no se pudiera formular una ulterior acusación por esos hechos, por el riesgo de causar una indefensión material al investigado.

Por tanto, deben excluirse en este punto, los cambios que se mantengan dentro de una homogeneidad delictiva, en los que la falta de información no llegaría a limitar el derecho de defensa, ya que como señala la STC nº 35/2004, de 8 de marzo *son delitos o faltas homogéneos aquellos que constituyen “modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que, estando contenidos todos los elementos del segundo tipo en el tipo delictivo objeto de la acusación, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse”*.

En cuanto a la forma en la que deberá ser facilitada esta información al investigado, mientras que el art. 118 LECrim guarda silencio, el art. 775 apartado segundo LECrim, en el ámbito del procedimiento abreviado, indica que podrá serlo *mediante una exposición sucinta que resulte suficiente para permitir el ejercicio del derecho a la defensa, comunicada por escrito al Abogado defensor del investigado*.

El precepto no impone esta forma de facilitar la información, sino que simplemente la indica como una posibilidad, con lo que no serían contrarias a la norma otras formas de información. En particular, es admisible la información de los cambios en el objeto de la investigación oralmente por el Juez con carácter previo a una nueva toma de declaración del investigado, dejando siempre la debida constancia de haberse proporcionado esa información y su alcance, para acreditar la observancia del derecho ante un eventual recurso o alegación de vulneración de derechos posterior.

Efectivamente, si se produce una alteración sustancial en los hechos que son objeto de investigación y respecto de los cuales existen indicios de su comisión por parte del investigado,

el adecuado respeto de su derecho de defensa exige que se le reciba nueva declaración sobre estos nuevos hechos y su imputación. En este supuesto, no solamente se facilitará la información necesaria que posibilite el derecho de defensa, sino que, además, se le brindará la oportunidad de ofrecer las explicaciones pertinentes y aportar los medios de prueba que estime sobre esos hechos, lo que constituye la esencia del derecho de defensa.

No existe ninguna previsión expresa para el sumario ordinario. En principio, esta información vendrá normalmente determinada por la notificación del auto de procesamiento derivado de la nueva imputación (art. 384 LECrim), aunque nada impide que la información se facilite en la forma prevista en el art. 775 apartado segundo LECrim.

La ubicación sistemática de la obligación de informar “sin demora injustificada”, en el primer párrafo del art. 118 LECrim, permite interpretar que los cambios en el objeto de la investigación o en los hechos punibles imputados habrán de ser también comunicados de forma inmediata.

En atención a lo anterior, los Sres. Fiscales velarán por que en toda investigación judicial, se facilite al investigado acceso a la totalidad del contenido del procedimiento. Dicho acceso deberá ser gratuito, sin perjuicio del coste que pudiera resultar de la realización de copias, cuando fueren necesarias. El acceso a las actuaciones deberá facilitarse siempre con la antelación suficiente, según las circunstancias de cada caso concreto, para el adecuado ejercicio del derecho de defensa y, en especial, cuando se trate de la toma de declaraciones. Los Sres. Fiscales procurarán que cualquier modificación sustancial en el objeto de la investigación sea puesta sin dilación en conocimiento del investigado, instando una nueva toma de declaración del mismo sobre estos nuevos hechos.

7. Derecho de información en los casos de secreto del sumario

Examinado con carácter general el derecho del investigado de acceso al procedimiento, debe plantearse qué sucede en los casos en que se haya acordado el secreto de las actuaciones, de acuerdo con lo previsto en la LECrim y las disposiciones de la Directiva 2012/13/UE.

7.1. Las excepciones al acceso a los materiales del expediente en la Directiva 2012/13/UE

Como se ha destacado más arriba, el art. 7 de la Directiva 2012/13/UE distingue entre el derecho de acceso a toda persona que sea objeto de detención o privación de libertad en cualquier fase del proceso penal y el de las personas acusadas o sospechosas o su abogado.

Esta diferenciación entre el acceso de los *detenidos* y el reconocido a *todos los acusados* es muy relevante, pues determina los *materiales del expediente* sobre los que se reconoce en cada caso el acceso y la posibilidad o no de denegar el mismo, prevista para el segundo supuesto.

Según dispone la Directiva 2012/13/UE, “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 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” (art. 7.4 Directiva 2012/13/UE).

Acerca de esta previsión profundizaba el Considerando 32 de la Directiva: “La denegación de dicho acceso [a las pruebas materiales, ya sean favorables o desfavorables a la persona sospechosa o acusada, que obren en poder de las autoridades competentes] debe sopesarse con los derechos de la defensa de la persona sospechosa o acusada, teniendo en cuenta las distintas fases del proceso penal. Las limitaciones a dicho acceso deben interpretarse de forma estricta y conforme al principio del derecho a un juicio equitativo, con arreglo al CEDH y a la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.

Por tanto, de la lectura del articulado de la Directiva 2012/13/UE, sus considerandos y el examen de su tramitación legislativa, puede concluirse que la Directiva no contempla la posibilidad de limitar el acceso de los detenidos o privados de libertad en relación a *los documentos que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva, con arreglo a lo establecido en la legislación nacional, la legalidad de la detención o la privación de libertad*.

7.2. Regulación en la LECrim.

El derecho de información y acceso a las actuaciones que con carácter general regula el art. 118 LECrim para todo investigado fundamenta el acceso a las actuaciones con carácter general. Sin embargo, en los casos en que se haya acordado el secreto de las actuaciones, el derecho del investigado a acceder al procedimiento quedará suspendido (total o parcialmente, según el secreto acordado) hasta que se levante la medida adoptada (necesariamente con al menos diez días de antelación a la conclusión del sumario).

La LO 5/2015 modificó la regulación sobre el secreto del sumario, al insertar en el art. 302 LECrim los supuestos que permiten su adopción -“cuando resulte necesario para: a) evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona; o b) prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso”-. Pero además esta reforma añadió un último inciso: “Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo previsto en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 505”.

El art. 505 LECrim, que regula la audiencia que debe celebrarse para que el Ministerio Fiscal o las partes acusadoras puedan, en su caso, solicitar la prisión provisional o la libertad con fianza, dedica su apartado tercero al contenido de dicha comparecencia: “En dicha audiencia, si el Ministerio Fiscal o alguna parte acusadora solicitare que se decrete la prisión provisional del investigado o encausado o su libertad provisional con fianza, podrán quienes concurren realizar alegaciones y proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las setenta y dos horas antes indicadas en el apartado anterior. 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”.

La interpretación de este acceso restringido ha dado lugar a pronunciamientos muy dispares por parte de los Tribunales. En las resoluciones judiciales que han tratado estos artículos se ofrecen distintas posturas sobre el contenido de los “elementos esenciales”, la existencia de especialidades en las causas secretas, el momento y la forma de acceso; por lo que resulta necesario efectuar algunas consideraciones sobre estos artículos.

7.2.1 Momento de acceso

Ordinariamente, el investigado habrá podido conocer la totalidad del procedimiento como consecuencia del derecho de acceso que le reconoce el art. 118 LECrim. La cláusula del párrafo segundo del art. 505.3 LECrim tiene sentido en los casos de secreto de las actuaciones, cuando el investigado respecto del que se solicita la prisión no ha tenido acceso al procedimiento.

La redacción del art. 505 LECrim plantea el momento en que debe hacerse efectivo el acceso a los elementos del procedimiento esenciales para impugnar la privación de libertad: antes de la comparecencia, en el curso de esta (después de que el Fiscal haya solicitado en su caso la medida privativa de libertad) o con posterioridad al auto que acuerda la prisión, para permitir el recurso correspondiente.

Algunos Tribunales han considerado que en los procedimientos en los que se haya acordado el secreto de las actuaciones, debe darse acceso a los documentos esenciales antes de la comparecencia del art. 505 LECrim (así, el AAP Barcelona sec. 5ª, nº 610/2016, de 17 de agosto; AAP Barcelona sec. 5ª, nº 607/2016, de 12 de agosto; AAP Barcelona sec. 9ª, nº 473/2017, de 5 de julio; AAN sec. 3ª, nº 264/2017, de 4 de julio; AAP Barcelona sec. 9ª, nº 455/2017, de 29 de junio).

Sin embargo, en otros procedimientos la misma defensa ha alegado indefensión por falta de acceso antes del recurso (AAP Burgos nº 478/2017, de 24 de julio) y algunas resoluciones

apuntan a admitir el acceso posterior a la comparecencia de prisión y anterior al recurso (AAP Tarragona sec. 2ª, nº 76/2017, de 7 de febrero; AAP León sec. 3ª, nº 747/2017, de 22 de junio).

Se ha planteado incluso la solicitud del Letrado de acceso a la información en la propia comparecencia del art. 505 LECrim, después de la petición del Fiscal, habiendo sido rechazada por extemporánea, al no constar que el Letrado hubiese solicitado con carácter previo tal acceso, habiendo sido informado de este derecho (AAP Pontevedra sec. 5ª, nº 235/2017, de 5 de abril).

En otros procedimientos se ha considerado suficiente la notificación del auto de prisión. El AAP Tarragona, sec. 2ª, nº 76/2017, de 7 de febrero, mantiene que con la notificación del auto de prisión provisional la defensa tuvo acceso a los elementos esenciales. El AAP León AAP sec. 3ª, nº 747/2017, de 22 de junio consideró que con la notificación de los particulares del auto que acordó la prisión provisional bastaba para que el apelante conociese tanto los hechos que motivaron que se acordase la prisión provisional, como los fines que, a juicio de la Juez de instrucción, la justificaban.

Una primera aproximación podría conducir a mantener que ese acceso debe ser posterior al dictado del auto que acuerda la prisión. A favor de esta postura puede alegarse una interpretación estricta de la redacción del precepto “acceso (...) para impugnar la privación de libertad”, así como lo expresado en la Exposición de motivos de la LO 5/2015 (“se trata de proporcionar, con anterioridad a la interposición del recurso, únicamente aquella información que sea fundamental para que sea posible valorar la legalidad de la detención o privación de libertad”).

Sin embargo, una interpretación teleológica de estos preceptos, y garante de los derechos de los investigados en todo procedimiento, conforme a la doctrina del TC y el TEDH, conduce a mantener que dicho acceso debe proporcionarse antes de la comparecencia prevista en el art. 505 LECrim, conforme a los siguientes razonamientos:

En primer lugar, la propia ubicación de este inciso, en el artículo relativo a la celebración de la audiencia para decidir sobre la situación personal - y no en los posteriores sobre la resolución judicial que se dicte y su notificación (art. 506 LECrim) o los recursos (art. 507 LECrim) -, suponen que debe posibilitarse al Letrado formular alegaciones frente a las peticiones que se formulen en ese acto, y sin perjuicio de la posibilidad posterior de recurrir la resolución que en su caso se dicte.

En segundo lugar, porque la interpretación de esta cuestión debe venir presidida por la finalidad de la celebración de esta comparecencia, que es precisamente garantizar el derecho de defensa frente la prisión provisional, medida cautelar que incide de forma directa en el derecho fundamental a la libertad (art. 17 CE). Esta comparecencia - introducida en la LECrim (art. 504 bis 2) por la Disposición Final 2.5 de la LO 5/1995, de mayo, *del Tribunal del Jurado* -, instaura un proceso contradictorio, en el que la acusación y la defensa exponen sus alegaciones de hecho y de derecho, solicitando en su caso la prueba que estimen pertinente, con carácter previo a que el Juez dicte su resolución. Esta regulación respondía a dos principios: el principio de rogación, puesto que la adopción de estas medidas cautelares requiere la solicitud del Ministerio Fiscal o las partes acusadoras, sin poder ser acordada de oficio; y el principio de contradicción, pues la comparecencia garantiza el derecho de defensa frente a las alegaciones formuladas.

La Circular 2/1995, de 22 de noviembre, *sobre nuevo régimen de la prisión preventiva*, dictada a raíz de las modificaciones en la LECrim introducidas por la LO 5/1995 (con la redacción del art. 302 vigente hasta la LO 5/2015) y la Consulta 2/2003, de 18 de diciembre, *sobre determinados aspectos de la asistencia letrada al detenido* reconocían que exigencias elementales del derecho de defensa imponen que el Letrado y demás partes pueden tomar vista, antes de la comparecencia para decidir sobre la adopción de medidas cautelares, de las actuaciones practicadas hasta ese momento, salvo en los supuestos de declaración judicial de secreto. Este último inciso se corresponde con la regulación del art. 302 hasta ahora vigente, pero debe ser objeto de revisión a la luz de las últimas reformas.

La salvedad introducida por la LO 5/2015 en los arts. 302 y 505 LECrim conducen a que deba reconocerse, antes de la comparecencia, el acceso previsto, aunque no con carácter general

para todas las actuaciones, sino limitado a los elementos esenciales para impugnar la privación de libertad.

Por ello, el inciso “para impugnar la privación de libertad” debe ser interpretado en un sentido amplio, que abarca las *impugnaciones de las solicitudes* (es decir, las alegaciones frente a las peticiones de prisión, que se formulan precisamente en la audiencia del art. 505) y las *impugnaciones a las resoluciones que las acuerden* (es decir, los recursos frente a los autos que acuerden la privación de libertad).

7.2.2. Elementos a los que se debe dar acceso y forma

En relación a la selección de los elementos y la forma de dar acceso, en ocasiones se ha considerado suficiente la exhibición de documentos (en concreto, contratos sobre los hechos investigados) y la presencia del investigado o su abogado en determinadas diligencias, como la entrada y registro (AAN sec. 3ª, nº 264/2017, de 4 de julio) o la notificación íntegra de la resolución judicial acordando la entrada y registro en el domicilio del investigado, con un exhaustivo relato de los hechos objeto de investigación, indicios existentes y delitos imputados, además de la información recibida con carácter previo a la propia declaración del imputado (Auto del JCI nº 5, de 15 de febrero de 2018, rec. nº 160/2016).

En la misma línea, el AAP Pontevedra, sec. 5ª, nº 310/2017, de 4 de mayo, indica expresamente que “en el caso de actuaciones secretas, es indudable que el acceso directo a los autos es inviable, por lo que debe coordinarse la eficacia del secreto de actuaciones con el derecho del detenido a conocer los elementos esenciales que motivan esa detención. En este sentido se expresa la STC de 30 de enero de 2017”. En el procedimiento constaba en la grabación videográfica unida a los autos que se había ofrecido una información verbal de todos los indicios de resultados de la investigación (en concreto, “no mera información verbal y sucinta de los elementos de las actuaciones, sino detallada descripción del contenido de las investigaciones, seguimientos policiales e incautaciones de sustancias estupefacientes practicadas”). Y además una vez dictadas las resoluciones relativas a la prisión provisional (auto inicial y el posterior desestimatorio del recurso de reforma), le fueron notificadas íntegramente al investigado.

En el AAP Pontevedra, sec. 5ª, nº 253/2017, de 10 de abril se consideró suficiente la información facilitada en la comparecencia del art. 505 LECrim y las propias circunstancias de la detención (hallazgo de más de 1 kg de cocaína oculto en el vehículo que conducía, a indicaciones del propio detenido y en su presencia) y su manifestación en su declaración de que conocía los hechos que se le imputaban. En el mismo sentido, la Audiencia de Pontevedra, sec. 5ª, en varias resoluciones (AAP nº 234/2017 y nº 235/2017, ambos de 5 de abril de 2017 y AAP nº 225/2017, de 3 de abril) concluye que no hay ningún precepto legal que establezca que la información deba proporcionarse por escrito, considerando suficiente la información verbal por el Juzgado, de manera concreta y detallada.

En cambio, en otras resoluciones se ha considerado que no basta la información oral o acceso a parte de las resoluciones judiciales, sino que “en los supuestos en los que la causa este declarada secreta, debe ponderarse con criterios de proporcionalidad y racionalidad por el Juez Instructor (...) qué parte de la causa debe entregarse a la defensa”, apuntando que “podría verse cumplido, cuanto menos con la entrega de los documentos, informes, diligencias, en las que se asiente la petición de prisión que efectúa el Ministerio Fiscal, parte de la causa que se refiera a la petición de privación de libertad del investigado y que no comprometa la investigación pero permita cumplir con la finalidad de poder combatir la petición de prisión que se efectúa” (AAP Barcelona sec. 9ª, nº 455/2017, de 29 de junio de 2017; AAP Barcelona sec. 9ª, nº 473/2017 de 5 de julio).

En el mismo sentido, el AAP Madrid, sec. 15ª, nº 351/2016, de 12 de abril de 2016, consideró que no basta con facilitar una mera información verbal, por lo que “la falta de entrega al ahora recurrente o su defensa de los documentos obrantes en la causa necesarios para impugnar la privación de libertad; incumple las disposiciones legales antes citadas y le genera una indefensión, al impedirle articular su impugnación con una información suficiente y mermar su potencial eficacia”.

Partiendo de los requisitos necesarios para la adopción de la medida cautelar que recoge el art. 503 LECrim, deberá facilitarse el acceso a los siguientes documentos: 1) los que recojan los indicios de la comisión de delitos que pueden fundamentar la prisión; 2) los que recojan los indicios que hagan presumir que el investigado es autor de los mismos y 3) los que justifiquen alguno de los fines que, para la adopción de la medida cautelar, señala el precepto: la existencia de riesgo de fuga; de ocultación, alteración o destrucción de fuentes de prueba; de que el investigado pudiera actuar contra bienes jurídicos de la víctima o de reiteración delictiva. Por ello, se deberá facilitar información sobre datos que enumera el propio Legislador - la naturaleza del hecho, la gravedad de la pena, la inminencia de la celebración del juicio oral y la situación personal, familiar y económica-, las circunstancias que se han tenido en cuenta para valorar el riesgo de fuga (antecedentes penales y policiales, órdenes de busca y captura que se hayan dictado contra él; denuncias anteriores; gravedad del delito...) etc.

El acceso a los elementos esenciales debe pues, permitirse, en el caso de secreto de las actuaciones. Sin perjuicio de que, respetando su contenido esencial, pueda modularse la extensión de este derecho.

En relación a este acceso a los elementos esenciales, cabe también plantearse si sería válido hacer una selección de determinados pasajes de algunas actuaciones u ofrecer un resumen, de forma que quede salvaguardado el derecho de defensa frente a la privación de libertad, sin menoscabar el buen fin del proceso judicial.

Siempre que dicho resumen permita efectivamente al investigado conocer los motivos de la privación de libertad, y por tanto impugnarla, y quede debida constancia de su contenido y su conocimiento por el investigado o su defensa (a efectos de un posible ulterior recurso), cabría admitir su validez, sirviendo como criterio orientador que la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, *relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales*, en relación a los documentos que resultan esenciales para garantizar el derecho de defensa y la equidad del proceso (y que deben por tanto, ser traducidos en caso necesario) indica expresamente que “no será preciso traducir pasajes de documentos esenciales que no resulten pertinentes para que el sospechoso o acusado tenga conocimiento de los cargos que se le imputan” y que “como excepción (...) pueda facilitarse en lugar de una traducción escrita, una traducción o un resumen oral de los documentos esenciales a que se refiere el presente artículo, siempre y cuando dicha traducción oral o resumen oral no afecte a la equidad del proceso”.

Habrà de estarse, en definitiva, a las consideraciones ofrecidas en la STC nº 21/2018, de 5 de marzo, expuestas más arriba con relación a la forma de acceso del detenido a los elementos esenciales para impugnar su detención: “una vez solicitado, el acceso debe producirse de forma efectiva, mediante exhibición, entrega de copia o cualquier otro método que, garantizando la integridad de las actuaciones, permita al detenido conocer y comprobar por sí, o a través de su letrado, las bases objetivas de su privación de libertad”. En todo caso, deberá dejarse constancia en el procedimiento del acceso facilitado.

8. El investigado sujeto a incomunicación

La LECrim recoge una nueva especialidad relacionada con el derecho de información de los investigados en un procedimiento penal a propósito de la regulación de los supuestos de incomunicación de detenidos y presos. Efectivamente, al regular el art. 527.1 LECrim los derechos de los que puede ser privado un detenido o preso en los casos de incomunicación, incluyen el de *acceder él o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención*.

Esta previsión fue introducida en la LECrim como consecuencia de la reforma operada por LO 13/2015. El texto final de la Ley, sin embargo, no resultó coincidente en este extremo con la redacción inicial del Anteproyecto, que preveía la posibilidad de denegar el acceso total a las actuaciones en determinados supuestos, lo que resultaba ajustado a las previsiones del art. 7 de la Directiva 2012/13/UE, según el dictamen del Consejo de Estado y el informe del Consejo General del Poder Judicial. Finalmente, una enmienda en trámite parlamentario introducía la redacción hoy vigente, que reconoce el derecho del detenido o de su abogado de acceder a los

elementos esenciales de las actuaciones para impugnar la legalidad de la detención, incluso en los casos de incomunicación.

En consecuencia, en los supuestos de incomunicación de detenidos o presos, aunque las actuaciones no estuvieran declaradas secretas, podrá denegarse al detenido y a su abogado acceso a las actuaciones (siempre que se haya acordado así en una resolución judicial), aunque esa limitación nunca podrá alcanzar a los elementos esenciales para impugnar la legalidad de la detención o prisión.

Por lo tanto, los Sres. Fiscales velarán por que se haga efectivo el derecho de los detenidos o presos incomunicados a acceder, por sí mismos o por medio de su Abogado, a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la legalidad de su detención o prisión.

9. El derecho de información del investigado en el proceso por aceptación de decreto

El proceso por aceptación de decreto, introducido en nuestro ordenamiento por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales* (en adelante, Ley 41/2015) y su articulación puede plantear alguna duda sobre la forma de cumplimiento de lo dispuesto en el art. 118 LECrim.

En este proceso, el Fiscal puede remitir al Juzgado de Instrucción un decreto de imposición de pena, para su autorización y notificación al investigado, traslado que puede efectuarse “en cualquier momento después de iniciadas diligencias de investigación por la Fiscalía o de incoado un procedimiento judicial y hasta la finalización de la fase de instrucción, aunque no haya sido llamado a declarar el investigado”, siempre que se cumplan determinados requisitos (art. 803bis.a LECrim). Es posible por tanto, en este procedimiento, que el investigado no tenga conocimiento de las actuaciones hasta que reciba la notificación del auto del Juzgado de Instrucción autorizando el Decreto del Fiscal.

En estos casos, teniendo en cuenta las especialidades de este particular procedimiento, y que la propuesta de imposición de pena contenida en el decreto del Fiscal y autorizada por el Juez de Instrucción debe ser aceptada (expresamente) por el propio encausado, en una comparecencia que debe celebrarse asistido de Letrado, y que en caso de que no comparezca o la rechace queda sin efecto, se entiende que el derecho de información del investigado quedaría satisfecho siempre que con anterioridad a la celebración de la comparecencia prevista en el art. 803 bis h) LECrim se permita el acceso a las actuaciones.

En este punto resulta de interés la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 15 de octubre de 2015, dictada en el Asunto C-216/14. En esta Sentencia, se planteaba por un órgano jurisdiccional alemán una petición de decisión prejudicial sobre dos cuestiones, una de ellas la interpretación de los arts. 2, 3, apartado 1, letra c) y 6, apartados 1 y 3 de la Directiva 2012/13/UE. La cuestión se planteaba en el marco de un procedimiento abreviado regulado en la ley procesal alemana, previsto para infracciones menores, que no contempla la celebración de una vista ni de un debate contradictorio, y en el que se dicta una orden penal, dictada por un Juez a petición del Ministerio Fiscal, de carácter provisional. Según la ley procesal alemana, esta orden penal adquiere firmeza a la expiración del plazo de dos semanas a contar desde la notificación de dicha orden. La oposición a dicha orden debe efectuarse en el citado plazo, por escrito o mediante comparecencia ante la secretaría del tribunal y en ese caso se produce el debate contradictorio. La petición de cuestión prejudicial se centraba en la compatibilidad del procedimiento de notificación de la orden penal con la Directiva 2012/13/UE, en particular con su art. 6, que impone a los Estados miembros la obligación de garantizar que, a más tardar en el momento en que el contenido de la acusación se presente a un tribunal, se facilite información detallada sobre la acusación.

Aunque la cuestión concreta que planteaba el órgano jurisdiccional alemán era la compatibilidad de la notificación de dicha orden penal a través de los representantes legales de la persona (el apoderado a efectos de notificaciones designado por el acusado sin domicilio fijo o residencia en Alemania) con el art. 6 de la Directiva europea, el TJUE se pronuncia también en su argumentación sobre dicho procedimiento y el derecho de información del acusado con

los siguientes razonamientos: “Si bien es cierto que, debido al carácter sumario y simplificado del procedimiento en cuestión, la notificación de una orden penal como la controvertida en el litigio principal se produce después de que el juez se haya pronunciado sobre la procedencia de la acusación, en dicha orden el juez se pronuncia únicamente con carácter provisional y su notificación es la primera ocasión en que se informa de la acusación a la persona acusada. Por otro lado, ello queda corroborado por el hecho de que esta persona no está facultada para interponer un recurso contra dicha orden ante otro juez, sino a formular una oposición, que le permite acceder, ante el mismo juez, al procedimiento contradictorio ordinario, en el marco del cual puede ejercer plenamente su derecho de defensa antes de que dicho juez se pronuncie nuevamente sobre la procedencia de la acusación formulada en su contra. Por consiguiente, con arreglo al artículo 6 de la Directiva 2012/13, la notificación de una orden penal debe considerarse una forma de comunicación de la acusación formulada contra la persona afectada, de modo que debe cumplir los requisitos exigidos en dicho artículo”.

Por ello, siguiendo esta interpretación del TJUE, en el proceso por aceptación de decreto, los Sres. Fiscales velarán por que, con carácter previo a la celebración de la comparecencia del art. 803 bis h) LECrim el encausado haya podido ejercer su derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa (art. 118 LECrim).

10. El reclamado sometido a una orden de detención europea

El art. 5 de la Directiva 2012/13/UE, señala que “los Estados miembros garantizarán que toda persona que sea detenida a efectos de la ejecución de una orden de detención europea reciba con prontitud una declaración de derechos adecuada que contenga información sobre sus derechos de conformidad con la legislación de aplicación de la Decisión Marco 2002/584/JAI en el Estado miembro que la ejecuta”. El considerando 39 de la Directiva reitera la previsión, estableciendo que “el derecho a la información escrita sobre los derechos en el momento de la detención previstos en la presente Directiva se debe también aplicar, mutatis mutandis, a las personas detenidas a efectos de la ejecución de una orden de detención europea con arreglo a la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros”.

La LO 5/2015, sin embargo, no introduce previsión alguna relativa a las detenciones practicadas con la finalidad de ejecutar una orden europea de detención. La razón estriba en que la OEDE está regulada en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, *de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*, cuyos arts. 50 y 51 remiten para la práctica de la detención y primera audiencia del detenido a la LECrim. Por tanto, no requería especial transposición.

De esta manera, el detenido para la ejecución de una orden europea, como cualquier otro detenido, deberá ser informado de los hechos y de las razones de su detención y en este caso, en particular, de la orden europea que haya motivado su privación de libertad. El derecho de acceso a las actuaciones que genéricamente regula el art. 520.2.d) deberá concretarse, en este caso, en el derecho de acceder a la propia orden europea. En este punto, la regulación de la LECrim se ve complementada por la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, *de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea* que, en su art. 50.3, señala que “puesta la persona detenida a disposición judicial, se le informará de la existencia de la orden europea de detención y entrega, de su contenido, de la posibilidad de consentir en el trámite de audiencia ante el Juez y con carácter irrevocable su entrega al Estado emisor, así como del resto de los derechos que le asisten”.

En consecuencia, los Sres. Fiscales velarán por que toda persona detenida en ejecución de una orden europea de detención, tenga conocimiento de las razones de su detención y pueda acceder a las actuaciones que se hayan tramitado con motivo de la orden europea que se ejecuta y que resulten imprescindibles para el efectivo recurso contra su situación personal.

11. El derecho de información en el ámbito de las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 773.2 párrafo segundo LECrim, las declaraciones prestadas en el ámbito de las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal habrán de observar las mismas garantías señaladas en esa Ley para las prestadas ante el Juez o Tribunal.

En consecuencia, las prescripciones sobre el derecho de información recogidas en los nuevos arts. 118 y 775 LECrim habrán de ser observadas por los Sres. Fiscales en la tramitación de las diligencias de investigación, en los términos recogidos en esta Circular.

En particular, y de conformidad igualmente con los principios de contradicción y defensa que deben inspirar la práctica de las diligencias de investigación (ex art. 5.2 EOMF), el Fiscal habrá de conceder al investigado y a su Letrado la posibilidad de acceder a lo actuado en las diligencias de la Fiscalía, con la suficiente antelación para que pueda preparar adecuadamente su declaración. Del mismo modo, se le habrá de informar de manera clara y comprensible de los hechos que se le atribuyen y de su calificación jurídica provisional, así como de los cambios que se produzcan a lo largo de su tramitación.

Otro tanto debe predicarse de los derechos recogidos en el art. 520 LECrim en relación con una detención acordada por el Fiscal, en virtud de lo dispuesto en el art. 5.2 EOMF.

Al margen de lo anterior, será de aplicación lo dispuesto en el apartado III.1 de la Circular nº 4/2013, de 30 de diciembre, *sobre las diligencias de investigación*: “cuando la práctica de la diligencia de toma de declaración del sospechoso pudiera frustrar la investigación, lo procedente será judicializar las actuaciones solicitando del Juzgado la declaración de secreto. No será admisible por tanto en estos casos continuar investigando hechos ya perfilados de espaldas a un sospechoso claramente determinado”. Y del mismo modo, “los principios que el propio art. 5 EOMF enuncia como inspiradores de las diligencias de investigación habrán de orientar a los Sres. Fiscales a la hora de determinar el momento procesal en el que proceda acordar la práctica de esta diligencia. Es claro que no siempre habrá de practicarse inmediatamente a que se abran unas diligencias de investigación. Con respeto al principio de proporcionalidad y de defensa procederá su posposición cuando por ejemplo, no existan todavía indicios de comisión del delito o los contornos de éste permanezcan difusos, o no se dispongan aún de elementos que incriminen al denunciado”.

12. El derecho de información en el proceso penal de menores

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores* (en adelante, LORPM) prevé la notificación del expediente al menor desde el momento mismo de su incoación, a salvo lo dispuesto en el art. 24.

El art. 24 LORPM, bajo la rúbrica *secreto del expediente*, dispone que “el Juez de menores, a solicitud del Ministerio Fiscal, del menor o de su familia, o de quien ejercite la acción penal, podrá decretar mediante auto motivado el secreto del expediente, en su totalidad o parcialmente, durante toda la instrucción o durante un período limitado de ésta. No obstante, el letrado del menor y quien ejercite la acción penal deberán, en todo caso, conocer en su integridad el expediente al evacuar el trámite de alegaciones. (...)”.

La Instrucción 2/2000, de 27 de diciembre, *sobre aspectos organizativos de las secciones de menores de las Fiscalías ante la entrada en vigor de la LO 5/2000, de 12 de enero de Responsabilidad Penal de los Menores*, establece que “el personal colaborador bajo cuya custodia se encuentren los expedientes, previa autorización expresa o tácita del fiscal de acuerdo con las instrucciones que haya recibido, y salvo impedimento por haberse acordado el secreto, será el encargado de “dar vista del expediente” al letrado designado para la defensa del menor o perjudicado (art. 23.2 y 25 Ley), mediante visualización directa en dependencias de la oficina fiscal, o entregando copia de lo actuado”.

La LORPM no ha sido modificada. Sin embargo, lo dispuesto en la Directiva 2012/13/UE también resulta aplicable al procedimiento de menores. En este sentido, su considerando 26 indica que “al proporcionar a la persona sospechosa o acusada información con arreglo a lo

establecido en la presente Directiva, las autoridades competentes deben prestar especial atención a las personas que no puedan comprender el contenido o el significado de la información, debido, por ejemplo, a su corta edad o a su condición mental o física”.

Y no debe olvidarse que en el procedimiento de menores tiene el carácter de norma supletoria, para lo no previsto expresamente en su Ley Orgánica la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el Título III del Libro IV de la misma (Disposición final primera LORPM).

Por ello, teniendo en cuenta que las personas a las que se aplica la LORPM gozan de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico (art. 1.2 LORPM) y el deber de vigilar la observancia en las actuaciones de las garantías del procedimiento (art. 6 LORPM), los Sres. Fiscales velarán por el cumplimiento de las pautas de actuación dispuestas en la presente Circular en la jurisdicción de menores.

13. Recapitulación sobre la actuación del Fiscal

Como criterio general debe establecerse que los Sres. Fiscales, cuando constaten alguna infracción de los derechos de información o acceso a las actuaciones del investigado, detenido o privado de libertad en un proceso penal, promoverán los recursos o procedimientos pertinentes o se adherirán a los ya promovidos, con la finalidad de que sean garantizados los derechos infringidos o limitados. Debe recordarse no obstante que para que proceda acordar la nulidad de una resolución, se requiere que se haya producido una indefensión material y efectiva, que sea además de imposible reparación, y que para ser apreciada con ocasión de un recurso la misma debe ser solicitada (art. 240.2 LOPJ).

14. Cláusula de vigencia

La Fiscalía General del Estado se ha pronunciado en relación con las cuestiones objeto del presente documento en anteriores ocasiones, y concretamente en las siguientes: Circular 4/2013, *sobre las diligencias de investigación*; Instrucción 3/2009, de 23 de diciembre, *sobre la forma en que ha de practicarse la detención*; Instrucción 1/2008, de 7 de marzo, *sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial*; Instrucción 8/2004, de 17 de diciembre, *sobre la necesidad de promover el acceso de los letrados de la defensa a las copias de los atestados en las actuaciones ante el juzgado de guardia en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de los delitos*; Consulta 4/2005, de 7 de diciembre, *sobre determinadas cuestiones en torno al derecho a la asistencia letrada en el proceso penal de menores*; Consulta 2/2003, de 18 de diciembre, *sobre determinados aspectos de la asistencia letrada al detenido*; Circular 2/1995, de 22 de noviembre, *sobre nuevo régimen procesal de la prisión preventiva*; Consulta 4/1985, de 20 de mayo, *sobre asistencia letrada al detenido no incomunicado: el nacimiento del derecho a la entrevista reservada*; Consulta 1/1983, de 17 de enero, *sobre derecho de asistencia letrada al detenido: su vigencia y contenido durante la incomunicación*.

La presente Instrucción no afecta a la vigencia de anteriores pronunciamientos de la Fiscalía General del Estado, salvo las referencias al secreto de las actuaciones y su relevancia en relación al acceso al procedimiento. Concretamente, en la Circular 2/1995, de 22 de noviembre, *sobre nuevo régimen procesal de la prisión preventiva*, conforme a la legislación vigente entonces, se indica que en caso de declaración judicial de secreto decae el derecho del Letrado y las partes a tomar vista de las actuaciones practicadas hasta ese momento (apartado III, último párrafo). Y la Instrucción 2/2000, de 27 de diciembre, *sobre aspectos organizativos de las secciones de menores de las Fiscalías ante la entrada en vigor de la LO 5/2000, de 12 de enero de Responsabilidad Penal de los Menores* establece que “el personal colaborador bajo cuya custodia se encuentren los expedientes, previa autorización expresa o tácita del fiscal de acuerdo con las instrucciones que haya recibido, y salvo impedimento por haberse acordado el secreto, será el encargado de “dar vista del expediente” al letrado designado para la defensa del menor o perjudicado (art. 23.2 y 25 LORPM), mediante visualización directa en dependencias de la oficina fiscal, o entregando copia de lo actuado”. Estas afirmaciones deben considerarse superadas en los términos expuestos en la presente Circular.

15. Conclusiones

1ª El derecho del sospechoso o investigado a ser informado de los hechos presuntamente delictivos que se investigan y los indicios y pruebas que existen acerca de su perpetración, constituye una de las manifestaciones esenciales del derecho a un proceso equitativo y del derecho de defensa, pilares del proceso penal.

2ª Las previsiones de la LECrim relativas al derecho de información y acceso a las actuaciones de personas investigadas, detenidas o presas, deberán ser siempre interpretadas conforme a la CEDH y a la jurisprudencia del TEDH en materia de protección de derechos humanos.

3ª El derecho a la información en el proceso penal se desglosa en dos aspectos diferenciados: en relación con las personas detenidas, vinculado con el derecho fundamental a la libertad; y en relación con los investigados/acusados, enlazando con el derecho de defensa. De ahí su distinto alcance, tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional.

4ª Las tres vertientes del derecho de información en el proceso penal examinadas en la Directiva 2012/13/UE tienen reflejo en la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según la redacción derivada de las LO 5/2015 y 13/2015. Por un lado, se recoge el derecho a ser instruido *de los derechos procesales*, tanto de toda persona *a quien se atribuya un hecho punible* (art. 118) como de toda persona *detenida o presa* (art. 520). Junto a ello, se reconoce el derecho de los investigados a *ser informado* de los “hechos que se le atribuyen, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados” (art. 118.1.a) y el derecho de los detenidos o presos de ser informados de “los hechos que se le atribuyan y las razones motivadoras de su privación de libertad” (art. 520.2). Por último, y de forma instrumental y complementaria al derecho anterior, se contempla el derecho a *examinar las actuaciones* de los investigados (art. 118.1.b) y el derecho de los detenidos o presos de *acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad* (art. 520.2.d).

5ª Los Sres. Fiscales velarán en todo momento por que se facilite a las personas detenidas, en la forma indicada en el presente documento, la información necesaria y el acceso preciso a los elementos existentes en las actuaciones que pudieran resultar necesarios para impugnar la legalidad de la detención. La información sobre *los hechos que se le atribuyan y las razones motivadoras de su privación de libertad* incluye su calificación jurídica provisional y debe ponerse en relación con los presupuestos de la detención, por lo que exige identificar los indicios o sospechas de la participación del detenido en unos hechos presuntamente delictivos y las circunstancias que han determinado la necesidad de aquella. La concreción de los elementos esenciales de las actuaciones debe efectuarse en cada caso, en atención a las circunstancias concurrentes.

6ª Corresponde al detenido, debidamente informado de su derecho, instar el ejercicio del mismo, pudiendo solicitar el acceso a aquella parte de las actuaciones que recoja o documente las actuaciones aducidas para la detención. Una vez solicitado, el acceso debe producirse de forma efectiva, mediante exhibición, entrega de copia o cualquier otro método que, garantizando la integridad de las actuaciones, permita al detenido conocer y comprobar por sí, o a través de su letrado, las bases objetivas de su privación de libertad. En todo caso, deberá dejarse constancia en el procedimiento del acceso facilitado.

7ª El derecho de acceso del detenido no incluye en sede policial el acceso al atestado en su integridad, ni otorga una facultad de acceso pleno al contenido de las actuaciones policiales o judiciales practicadas con anterioridad a la detención. Únicamente aquellos extremos del atestado que tengan que ver con la detención, los hechos y los motivos que la justifican, sólo aquellos cuyo conocimiento pueda contribuir al ejercicio del derecho de defensa frente a esa detención, integrarán el contenido del derecho de información del detenido. En todo caso, no debe perderse de vista la necesidad de ponderar otros intereses que también deben ser protegidos en la tramitación del proceso penal, como la especial protección de las víctimas y testigos en los casos en que resulte necesaria o los supuestos en que deba posteriormente declararse el secreto de las actuaciones.

8ª En los casos de detenciones en espacios marinos en las condiciones previstas en el art. 520 ter LECrim, los Sres. Fiscales velarán por que se instruya en sus derechos a los detenidos y se les informe de los hechos que se les atribuyan y de las razones de su detención desde los primeros momentos, procurando siempre que la información les sea facilitada oportunamente traducida, en su caso. Del mismo modo, atendiendo siempre a las concretas circunstancias concurrentes y a los medios personales y materiales existentes a bordo del buque o aeronave que practique la detención, los Sres. Fiscales habrán de velar por que en todo caso el detenido haya sido puesto en libertad o a disposición judicial dentro del plazo máximo de setenta y dos horas. Igualmente velarán por que se facilite el acceso a los elementos de las actuaciones esenciales para impugnar la legalidad de la detención a la mayor brevedad, por los mismos medios telemáticos, evitando, si ello es posible, dilatar su entrega al momento en que el detenido o su letrado comparezcan personalmente en el Juzgado.

9ª Los Sres. Fiscales promoverán y velarán por el cumplimiento de la obligación de instruir en sus derechos al investigado, en los términos que establece el art. 118 LECrim, desde el primer momento de la imputación penal y siempre con anterioridad a la prestación de cualquier declaración. Los Sres. Fiscales procurarán evitar que se lleven a cabo imputaciones precipitadas, debiendo valorar como criterios para la determinación del momento en que llevarla a cabo, el grado indiciario de certeza acerca de la comisión y de la autoría del hecho punible y el contenido del derecho de defensa en el caso concreto, ante la existencia de actos de investigación que pudieran demandar actuaciones defensivas.

10ª Los Sres. Fiscales velarán por que en toda investigación judicial, se facilite al investigado acceso a la totalidad del contenido del procedimiento (salvo las excepciones previstas en las leyes). Dicho acceso deberá ser gratuito, sin perjuicio del coste que pudiera resultar de la realización de copias, cuando fueren necesarias. El acceso a las actuaciones deberá facilitarse siempre con la antelación suficiente, según las circunstancias de cada caso concreto, para el adecuado ejercicio del derecho de defensa y, en especial, cuando se trate de la toma de declaraciones.

11ª El derecho de información y acceso a las actuaciones de personas investigadas, detenidas o presas, se agota en el procedimiento mismo, no comprendiendo el derecho a acceder a la información contenida en las bases de datos policiales que no haya sido incorporada al procedimiento.

12ª Los Sres. Fiscales procurarán que cualquier modificación sustancial en el objeto de la investigación sea puesta sin dilación en conocimiento del investigado, instando una nueva toma de declaración del mismo sobre estos nuevos hechos.

13ª En los casos en los que estuviera declarado el secreto de las actuaciones, los Sres. Fiscales deberán también velar por que se le facilite al privado de libertad el acceso a aquellos elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar su privación de libertad con carácter previo a la comparecencia prevista en el art. 505 LECrim y en los términos expuestos en la presente Circular.

El acceso debe producirse de forma efectiva, mediante exhibición, entrega de copia o cualquier otro método que, garantizando la integridad de las actuaciones, permita al investigado conocer y comprobar por sí, o a través de su letrado, los elementos esenciales para impugnar la privación de libertad.

14ª Los Sres. Fiscales velarán, conforme a las previsiones del art. 527.1 LECrim, por que se haga efectivo el derecho de los detenidos o presos incomunicados a acceder, por sí mismos o por medio de su Abogado, a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la legalidad de su detención.

15ª En el proceso por aceptación de decreto, el derecho de información del investigado quedaría satisfecho siempre que con anterioridad a la celebración de la comparecencia prevista en el art. 803 bis h) LECrim se permita el acceso a las actuaciones.

16ª Los Sres. Fiscales velarán por que toda persona detenida con la finalidad de posibilitar la ejecución de una orden europea de detención tenga conocimiento de las razones de su

detención y pueda acceder a las actuaciones que se hayan tramitado con motivo de la orden europea que se ejecuta.

17ª Las prescripciones sobre el derecho de información recogidas en los nuevos arts. 118 y 775 LECrim habrán de ser observadas por los Sres. Fiscales en la tramitación de las diligencias de investigación, en los términos recogidos en esta Circular. Lo mismo debe predicarse de los derechos recogidos en el art. 520 LECrim en relación con una detención acordada por el Fiscal, en virtud de lo dispuesto en el art. 5.2 EOMF.

18ª Teniendo en cuenta que las personas a las que se aplica la LORPM gozan de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico (art. 1.2 LORPM) y el deber de vigilar la observancia en las actuaciones de las garantías del procedimiento (art. 6 LORPM), los Sres. Fiscales velarán por la observancia de las pautas de actuación dispuestas en la presente Circular en la jurisdicción de menores.

19ª Como pauta general de actuación, los Sres. Fiscales, cuando constaten alguna infracción de los derechos de información o acceso a las actuaciones del investigado, detenido o privado de libertad en un proceso penal, promoverán los recursos o procedimientos pertinentes o se adherirán a los ya promovidos, con la finalidad de que sean garantizados los derechos infringidos o limitados.

Madrid, a 1 de junio de 2018.- El Fiscal General del Estado, Julián Sánchez Melgar.