

DOCTRINA



Secreto de sumario, prisión provisional y derecho de acceso al expediente: a propósito del auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de abril de 2016 y otros desarrollos recientes

Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ

Profesor de Derecho penal

Abogado socio de Corporate Defense

Resumen

La relación entre la prisión provisional y el secreto de sumario siempre ha sido complicada. La decisión de privar de libertad a una persona que todavía no ha sido condenada es, probablemente, la medida más coercitiva que puede emplear el Estado. Por otro lado, la necesidad de preservar el secreto de las actuaciones para no poner en riesgo el curso de la investigación es una finalidad legítima de las autoridades estatales. El difícil equilibrio y ponderación de esas decisiones judiciales es el objeto de este artículo escrito al hilo de una reciente resolución judicial.

El Auto de 12 de abril de 2016 de la Audiencia Provincial de Madrid es un ejemplo magistral de interpretación de la nueva legislación procesal española conforme a la Directiva europea en materia de «acceso al expediente», y ello, en aras de un mayor garantismo penal. No es frecuente que los órganos judiciales recurran a la normativa europea para interpretar la legislación nacional. Menos frecuente aún que lo hagan para

modificar una práctica asentada en el sistema procesal español. Pero es precisamente en esos casos donde el sentido de la justicia parece elevar a los operadores jurídicos por encima de su trabajo cotidiano. Y es que, como bien es sabido, se encuentra plenamente arraigada en la praxis española que, una vez producida la detención del investigado en el marco de un proceso bajo secreto de sumario (art. 302 LECrim.), no se permita el acceso a la defensa del investigado a los tomos de la causa; únicamente se le informa verbalmente en la «vistilla» para determinar la prisión provisional (art. 505 LECrim.) de algunos de los indicios sobre su participación delictiva existentes en la causa. La Audiencia Provincial de Madrid puso fin a dicha práctica, declarando que la misma generaba indefensión. Además de una ciertamente relevante consecuencia práctica, existe un notable fundamento de política criminal para el futuro: cuando se tenga que evaluar la necesidad de la prisión provisional de una persona investigada en el marco de un proceso sometido a secreto de sumario deberá ponderarse por quien la solicite el hecho de que deberá alzarse, al menos parcialmente y respecto de esa persona investigada, el secreto de sumario para que pueda cuestionar la adecuación de tan drástica medida. Desgraciadamente, no todos los órganos judiciales españoles han seguido el ejemplo de la Audiencia Provincial de Madrid, por lo que se torna necesario explicitar los fundamentos que subyacen a la cuestión debatida.

I. INTRODUCCIÓN

La relación entre la prisión provisional y el secreto de sumario siempre ha sido complicada. La decisión de privar de libertad a una persona que todavía no ha sido condenada es, probablemente, la medida más coercitiva que puede emplear el Estado. Por otro lado, la necesidad de preservar el secreto de las actuaciones para no poner en riesgo el curso de la investigación es una finalidad legítima de las autoridades estatales. Ahora bien, puestos en balanza los intereses en juego —sc. defensa frente a dicha medida coercitiva vs. no poner en riesgo la investigación— parecería que la relevancia de derecho de defensa (art. 24 de la Constitución Española) junto con el libertad garantizada constitucionalmente (art. 17), conllevaría inclinarla a favor del investigado. Ello, máxime, cuando España es el único país de la Unión Europea que contiene un régimen de secreto judicial de sumario —esto es: donde los órganos judiciales pueden llevar a cabo instigaciones secretas contra los justiciables— que no esté vinculado a procedimientos relacionados con la seguridad nacional (1) .

Sin embargo, ello no ha sido así. Obvia aquí relatar procesos, tanto los mediáticos como los no mediáticos, en los que la praxis habitual por los Ilustres Representantes de la Fiscalía meramente proporcionaban una serie de informaciones orales en la denominada «vistilla» del art. 505 LECrim. al investigado y su defensa sobre los indicios de su participación en los hechos investigados, privándole así de poder ejercer una defensa plena frente a la petición de prisión provisional (2) . Sin poder desplegar —por no existir— una estadística judicial al respecto, la experiencia muestra cómo resulta más que habitual que tras la petición por parte de Fiscalía de la prisión provisional en un procedimiento bajo secreto de sumario, las resoluciones judiciales suelen acordarla o, en caso de denegarla, basarse en la inexistencia de riesgo de fuga o de imposibilidad de alteración de material probatorio —pero no por haber rebatido los indicios suficientes de la referida participación—.

Y es que la necesidad de que «aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable

criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión» es un requisito legal [art. 503.2.º LECrim.] que debe concurrir para poder acordar la prisión provisional del investigado, que, no debe olvidarse, goza de la presunción de inocencia. Privado de la posibilidad de confrontar plenamente esos «motivos bastantes», el investigado ve cercenado su derecho de defensa.

Precisamente ése es el punto neurálgico del menoscabo de garantías que, en este ámbito, supone el secreto de sumario (3) . Si no se tiene acceso a la causa —sc. sumario— difícilmente se pueden rebatir los motivos bastantes aducidos por la acusación en aras de conseguir la prisión provisional del investigado.

Las instituciones europeas han establecido un marco que coadyuva considerablemente a equilibrar la balanza

La solución ha venido dada por la tantas veces distante Unión Europea. De la mano de la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, las instituciones europeas han establecido un marco que coadyuva considerablemente a equilibrar la balanza. El problema viene dado, como se expondrá, por el hecho de que la legislación española no ha consagrado con tanto detalle como la normativa europea en qué consiste el acceso a la causa que debe, en todo caso —esto es: incluso en una causa bajo secreto de sumario—, proporcionarse al investigado.

Como ha señalado la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 25 de mayo de 2016 [Ponente: Ilma. Sra. Doña Eugenia Cabello Díaz] (4) :

«A nadie se le escapa que los problemas interpretativos en relación a qué debe entenderse por acceso a los elementos esenciales de las actuaciones a los que se refiere el párrafo segundo del art. 505.3 y el art. 520 d) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se plantean cuando la causa haya sido declarada secreta, conforme a lo dispuesto en el art. 302 de dicha Ley.»

Pues bien, el Auto de la Audiencia Provincial de 12 de Abril de 2016 [Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Fraile Coloma] adopta, a este respecto, una actitud garantista y, acogiendo los argumentos de la defensa, lleva a cabo una interpretación de la legislación española conforme a la normativa europea y, así, declara 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».

II. TEXTO Y CONTEXTO DE LA DIRECTIVA 2012/13/UE, DE 22 DE MAYO DE 2012, RELATIVA AL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN LOS PROCESOS PENALES

En tiempos recientes las instituciones europeas han venido promulgando una serie de Directivas que refuerzan lo que podría denominarse como «garantismo penal europeo». A partir del conocido Programa de Estocolmo (2010) se promueve una «Europa abierta que sirva y segura que sirva y proteja al ciudadano» (5) . Uno de los sus pilares consiste en la consecución de «Una Europa de los derechos» donde se «protejan los derechos de las personas sospechosas y acusadas en los procesos

penales».

Pues bien, en el marco de dicho Programa, se promulgaron dos Directivas que han tenido un profundo impacto en la teoría y la praxis jurídico-penal española: 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 y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales (6) .

Aterrizando la discusión en la Directiva 2012/13, resulta relevante, en primer lugar, referir la lógica subyacente a este esfuerzo de las instituciones europeas por armonizar los derechos de los justiciables en Europa. A este respecto es de sobra conocido que el principio de reconocimiento mutuo ha supuesto un refuerzo de la cooperación judicial europea, facilitando la persecución y enjuiciamiento de personas en el territorio de la Unión. Por ello, resulta lógico que se refuercen igualmente los derechos y garantías de los justiciables en el citado territorio. Expresado de otra manera: se tiene que dar un equilibrio entre los beneficios que el principio de reconocimiento mutuo genera para las autoridades de persecución y enjuiciamiento y los que genera para los justiciables europeos (7) .

La exposición realizada en los Considerandos de la citada Directiva, si bien, al igual que las exposiciones de motivos, tienen un valor interpretativo relativo, lo cierto es que elementos importantes para determinar el contenido de algunas de las previsiones legislativas ulteriores contenidas en su articulado. Es por ello que resulta importante examinar el contexto proporcionado por dichos Considerandos a la hora de interpretar el texto de los diversos artículos de la Directiva —especialmente, el art. 7 de la misma— (8) .

Así, de forma programática, la Directiva comienza abordando el núcleo que fundamenta la intervención de las instituciones europeas en un ámbito tan sensible como es el relativo a los derechos procesales en materia penal. En línea con lo apuntado anteriormente, la Directiva apunta el necesario equilibrio que debe existir en la aplicación del principio de reconocimiento mutuo (9) , explicitando la relevancia que la jurisprudencia del TEDH tiene en este ámbito:

(3) La aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal presupone que los Estados miembros confían en los sistemas judiciales penales de los demás Estados miembros. El grado de reconocimiento mutuo depende en gran medida de una serie de parámetros, entre los que se incluyen los mecanismos de protección de los derechos de las personas sospechosas o acusadas y la definición de normas mínimas comunes necesarias para facilitar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo.

(4) El reconocimiento mutuo de resoluciones en materia penal solo puede funcionar eficazmente en un clima de confianza, en el que no solamente las autoridades judiciales, sino también todos los participantes en el proceso penal consideren las resoluciones de las autoridades judiciales de otros Estados miembros equivalentes a las de su propio Estado.

(8) El refuerzo de la confianza mutua exige normas detalladas sobre la protección de las garantías y los derechos procesales derivados de la Carta y del CEDH.

(18) El derecho a la información sobre los derechos procesales (que se infiere de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) debe quedar explícitamente establecido en la presente Directiva.

Abordando concretamente el denominado derecho de acceso al expediente, la Directiva detalla, en un lenguaje claro y sencillo, en qué consiste el «expediente» en los términos cubiertos por el derecho de acceso cuando la persona se encuentra detenida o privada de libertad (10) :

(30) Los documentos y, si procede, fotografías y grabaciones de sonido o de video, que resulten fundamentales para impugnar de forma 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.

Cuestión diferente es el expediente que debe facilitarse a una persona sospechosa pero no privada de libertad

Cuestión diferente es el expediente que se debe facilitar a una persona sospechosa pero no privada de libertad. Es aquí donde se establece una excepción de interés público —donde se encuadraría el secreto de sumario— **que, por el contrario, no se prevé para los casos en los que, como indicamos, la persona está detenida / privada de libertad.** En efecto, señala la Directiva

*(32) El acceso a las pruebas materiales, ya sean favorables o desfavorables a la **persona sospechosa o acusada**, que obren en poder de las autoridades competentes, con arreglo a*

*lo establecido en la presente Directiva, **puede ser denegado**, de conformidad con la legislación nacional, cuando dicho acceso pueda dar lugar a una amenaza grave para la vida o los derechos fundamentales de otra persona o, **cuando la denegación del acceso es estrictamente necesaria para defender un interés público importante.** La denegación de dicho acceso 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.***

Así las cosas, el articulado de la Directiva refleja dicha distinción, así como el contenido de qué debe entenderse por expediente —en puridad: «materiales del expediente»— a la hora de ser proporcionado a una persona que se encuentre en situación de detención / prisión provisional (11) . En efecto, el art. 7 de la Directiva 2012/13 reza como sigue:

Artículo 7.

Derecho de acceso a los materiales del expediente.

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

2. *Los Estados miembros garantizarán que la persona acusada o sospechosa o su abogado tengan acceso al menos a la totalidad de las pruebas materiales en posesión de las autoridades competentes a favor o en contra de dicha persona, para salvaguardar la equidad del proceso y preparar la defensa.*

3. *Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, el acceso a los materiales mencionados en*

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

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

Una lectura sistemática del referido art. 7 arroja un resultado evidente:

Primero.- Cuando una persona se encuentra detenida o privada de libertad, debe proporcionársele los **documentos** —no informaciones orales— relacionados con su expediente específico para que puedan impugnar su situación de detención / prisión provisional. Este derecho no se encuentra sometido a limitación alguna (12) .

Segundo.- Cuando una persona sea sospechosa —pero no se encuentre detenida o privada de libertad—, se podrá limitar el acceso a determinados materiales —sc. documentos— del expediente si existe el «riesgo de perjudicar una investigación en curso». La clave interpretativa viene dada por el hecho de que dicha excepción de interés público está referida a los apartados (2) y (3) —explícitamente— y no al apartado (1) (13) .

III. EL CONTENIDO DEL NUEVO ARTÍCULO 505.3 LECRIM Y LA OBLIGACIÓN DE LLEVAR A CABO UNA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA DIRECTIVA 2012/13/UE, DE 22 DE MAYO DE 2012, RELATIVA AL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN LOS PROCESOS PENALES

Como ya se ha referido con anterioridad, el valor interpretativo de las Exposiciones de Motivos es relativo, pero sin duda, y máxime en una materia de estas características, arroja luz sobre la finalidad del texto legislativo que debe interpretarse a continuación. Cuando, además, se da la circunstancia declarada de que la legislación española es una transposición de la normativa europea, el valor de dicha Exposición de Motivos puede resultar notable.

A este respecto, no puede olvidarse la propia denominación de la Ley Orgánica que introdujo las reformas legislativas españolas respecto de la materia que está siendo objeto de comentario. Se trata de 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 a 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 (14) .

Pues bien, como refleja la Exposición de Motivos, la reforma, transponiendo las Directivas, supone un importante refuerzo de las garantías en el proceso penal; esto es, comparado con la situación anterior se produce un incremento de las garantías que asisten a los investigados en el proceso penal.

La reforma, transponiendo las Directivas, supone un importante refuerzo de las garantías en el proceso penal

*La transposición de estas Directivas, que desarrollan dos aspectos esenciales de la defensa en el proceso penal, exige la modificación parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y conlleva un **importante refuerzo de las garantías del proceso penal**, mediante una regulación detallada del derecho a la traducción e interpretación en este proceso y del derecho del imputado a ser informado sobre el objeto del proceso penal de modo que permita un eficaz ejercicio del derecho a la defensa.*

En efecto, como continua la citada Exposición, la nueva legislación española **completa** el catálogo de derechos para incorporar postulados de la normativa europea; de nuevo, se instaura una nueva situación jurídica —más garantista— que la existente con anterioridad a su entrada en vigor:

*«El derecho a la información de los detenidos o presos se regula en el art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Este precepto ya recoge la mayor parte de derechos a los que hace referencia la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales. **Ahora bien, resultaba necesario completar el catálogo de derechos para adaptarlo a los postulados de la normativa europea, haciendo mención expresa, entre otros, al derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad**».*

Finalmente, la propia Exposición de Motivos hace referencia específica a las situaciones de los detenidos en caso de secreto de sumario (302 LECrim), refiriendo el alcance de los que debe entenderse por expediente —sc. «elementos de las actuaciones»—:

*«**Especial mención merece el derecho de acceso al expediente.** Cuando se trata de imputados, se ha considerado conveniente su incorporación en el art. 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y **en su art. 302 se han recogido las excepciones a este derecho.** Como se ha anticipado, en los casos del detenido o privado de libertad, el derecho de acceso se ha recogido en el art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y **su alcance se limita, por exigencia de la normativa europea, a aquellos elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad.** Se trata de proporcionar, con anterioridad a la interposición del recurso, únicamente aquella información que sea fundamental para que sea posible valorar la legalidad de la detención o privación de libertad.»*

Antes de abordar el contenido del articulado reformado por la LO 5/2015 resulta necesario realizar dos consideraciones: en primer lugar, la legislación española —expresamente— transpone normativa europea, por lo que, de conformidad con los principios de Derecho europeo, resulta necesario realizar una interpretación de la legislación nacional conforme a la normativa europea (15) ; en segundo, por si no fuera suficiente dicha vinculación europea, la propia Exposición de

Motivos de la LO 5/2015 refiere que el contenido del derecho de acceso al expediente —como vertiente del derecho de acceso a la información— se deriva de la jurisprudencia del TEDH, igualmente vinculante para el Estado español (16) .

Como indicaremos a renglón seguido, ello tiene una importancia notable puesto que a la hora de interpretar determinados conceptos de la legislación española, el operador jurídico no puede abstraerse de su contenido en la norma europea, sino que debe interpretarlo conforme al mismo.

Abordando ya el articulado español, el nuevo art. 505.3 párrafo segundo contiene el siguiente tenor literal:

Art. 505.3 LECrim.

3. 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 concurrieren 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.

Esta obligación de facilitar el acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales se prevé incluso en los casos de secreto de sumario regulados en el art. 302 LECrim. Así, el nuevo art. 302 LECrim. dispone:

Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo previsto en el párrafo segundo del apartado 3 del art. 505.

El quid de la cuestión reside en determinar qué debe entenderse por «elementos esenciales de las actuaciones»

A la vista del texto precedente, resulta evidente que el quid de la cuestión reside en determinar qué debe entenderse por «elementos esenciales de las actuaciones». Y es aquí, como hemos indicado con anterioridad, que la normativa europea ejerce una influencia interpretativa decisiva. En efecto, el juzgador español no puede realizar abstracción de todo el contexto precedente y del texto normativo europeo, sino que debe interpretar dicho concepto —sc. «elementos esenciales de las actuaciones»— conforme a la normativa europea (17) .

Tal y como refiere, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de mayo de 2015 [Ponente: Excmo. Sr.

D. Julián Sánchez Melgar]

El órgano jurisdiccional nacional está obligado a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la norma europea [en este caso: Directiva].

El principio de «interpretación conforme» se formuló por el Tribunal de Justicia en relación con las Directivas, ya en la Sentencia de 10 de abril de 1984 (asunto 14/1983, caso Von Colson y Kamann). Como aplicación más reciente, contamos con la Sentencia de 4 de julio de 2006 (asunto C-212/04, caso Adenelery otros), en la que se indica que la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido de una Directiva, cuando interpreta y aplica las normas pertinentes de su Derecho nacional, tiene sus límites en los principios generales del Derecho, en particular en los

de seguridad jurídica e irretroactividad.

IV. EL AUTO DE 12 DE ABRIL DE 2016. ARGUMENTOS Y DECISIÓN

En su Auto de 12 de abril de 2016 [Ponente: Carlos Fraile Coloma], la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Madrid expone las tesis diametralmente opuestas de la defensa y la fiscalía respecto del acceso a la causa que debe garantizarse a quienes están privados de libertad en el seno de un procedimiento bajo secreto de sumario.

Por un lado, la defensa solicitó que, por parte del Tribunal, se llevará a cabo una interpretación de los arts. 302 y 505.3.º LECrim. de conformidad con la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, en el sentido de que por «elementos esenciales de las actuaciones» debía entenderse «documentos» o «partes de la causa», y no meras informaciones orales. En caso de que el órgano judicial albergara dudas sobre cuál sería el alcance de dicha interpretación conforme, la defensa advertía a la Sala de la necesidad de plantear una cuestión prejudicial europea ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o, en caso de no hacerlo, de la justificación que debía dar dicho órgano judicial para no plantearla especificando si no la planteaba por tratarse de un acto claro o un acto aclarado [caso *Schipani v. Italia* (38369/09), Sentencia del TEDH de 21 de julio de 2015] —sobre ello se volverá más adelante—.

Por su parte, como refiere el propio Auto de 12 de abril de 2016, tanto la Fiscalía como el Juzgado de Instrucción mantenían la siguiente posición:

El Juzgado de Instrucción considera en la resolución apelada que no se ha infringido la obligación legal de informar al investigado de las razones y fundamentos para la adopción de la medida de prisión provisional, ya que dicha información se ha llevado a cabo no solo a través del auto recurrido, que recoge y fundamenta los fines valorados para la adopción de la decisión, sino también al hacerse saber al recurrente, en el momento de tomarle declaración como investigado y también de la comparecencia prevista en el art. 505 de la LECrim., los hechos que se le imputan. Señala la Instructora, a este respecto, que, ya en el momento de su detención, se informó al investigado acerca de su presunta participación en un delito de blanqueo de capitales; que, durante su declaración en presencia judicial, asistido por su defensa y con intervención de intérprete, se le preguntó acerca de su posible colaboración en el blanqueo de capitales con la organización criminal (.) que en la comparecencia del art. 505 de la LECrim., celebrada con posterioridad a la declaración, por parte del Ministerio Fiscal se informó exhaustivamente al investigado acerca de los hechos que se le imputaban y de los fines perseguidos con la adopción de la medida de prisión.

De todo lo anterior, se concluye por la Instructora que la defensa ha tenido acceso a los elementos esenciales de las actuaciones para impugnar la privación de libertad, sin que la falta de acceso a la documentación obrante en autos (que viene justificada por el secreto de las actuaciones), haya sido óbice para dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 505.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Las dos tesis, como indicamos, resultan materialmente contrapuestas: o bien se deben proporcionar documentos obrantes en la causa o bien sólo se deben proporcionar informaciones orales. Expresado de otra manera: o bien había cambiado el régimen anterior, o bien se trata del *business as usual* de los procedimientos bajo secreto de sumario.

Pues bien, la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Madrid no vaciló. Así, tras indicar que las disposiciones relevantes de la LECrim. fueron introducidas por la transposición de la normativa

europea, y que el art. 7.1 de la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales no permite una excepción en cuanto a los documentos del expediente que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva la legalidad de la detención o de la privación de libertad, concluye indicando 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.»

V. CONSECUENCIAS: PROBLEMAS Y SOLUCIONES

Como se puede observar en el fundamento de la resolución judicial citado con anterioridad, la consecuencia que se derivó de la estimación del recurso de apelación fue la inmediata puesta en libertad. Ello no debe obviarse puesto que es la consecuencia lógica de haber considerado que la vulneración del derecho de acceso al expediente genera indefensión. No se trata, por tanto, de valorar si concurren o no los requisitos para poder adoptar la medida de prisión provisional del detenido, sino de determinar si éste ha tenido acceso a la parte de la causa que resulta decisiva para impugnar la petición de prisión provisional. En caso de no haberla tenido (como se refiere en la resolución objeto de comentario), no puede subsanarse con posterioridad, ni puede entrarse a valorar los referidos requisitos. El resultado: puesta inmediata en libertad.

Es fundamental determinar en qué momento deben proporcionarse dichos elementos esenciales y qué extensión deben tener

En el fondo, y por establecer paralelismos con instituciones conocidas del Derecho procesal penal español, la regulación que estamos comentando en realidad establece que, cuando una persona ha sido detenida y debe determinarse la conveniencia de su prisión provisional, el órgano judicial debe acordar un levantamiento parcial del secreto de sumario sobre aquella parte de la causa que resulte fundamental para que la defensa pueda hacer frente a una petición de prisión provisional por la parte acusadora.

Ahora bien, una vez sentado que por «elementos esenciales de las actuaciones» no puede entenderse «informaciones orales», sino parte de la causa —sc. «documentos»—, se plantean,

como mínimo, dos cuestiones interpretativas que deben, siquiera de forma resumida, abordarse. En concreto, resulta fundamental determinar en qué momento deben proporcionarse dichos elementos esenciales y qué extensión deben tener los mismos. Ciertamente, resulta harto complicado establecer unas reglas que puedan servir de guía para todos los casos que puedan producirse en la práctica, pero lo cierto es que quizás si puedan apuntarse una serie de criterios que ayuden en la determinación del caso concreto.

1. El necesario punto de partida: la regulación actual introduce un cambio sustancial respecto de la anterior. Imposibilidad de llevar a cabo interpretaciones que mantengan el status quo anterior

A la hora de abordar esta cuestión resulta fundamental partir de una premisa difícilmente cuestionable que hemos mencionado con anterioridad: la reforma operada por la LO 5/2015

introduce un nuevo régimen que no puede interpretarse como un mantenimiento del *status quo* anterior. Con otras palabras: no se puede considerar válida en la actualidad la praxis judicial anterior de considerar que las informaciones orales proporcionadas en la vista o a través del interrogatorio del investigado, o la consignación de indicios en el Auto que decreta la prisión provisional son suficientes para dar cumplimiento a la nueva regulación.

En efecto, la Exposición de Motivos referida con anterioridad resulta más que elocuente en este punto: el nuevo régimen comporta un «importante refuerzo de las garantías en el proceso penal», y se «completado el catálogo de derechos para adaptarlo a los postulados de la normativa europea», con la consecuencia de que se ha introducido un «derecho de acceso al expediente» pese a la existencia del secreto de sumario.

Ya la mera denominación del «derecho de acceso al **expediente**» muestra que se trata de acceder a partes de la causa y no meras informaciones efectuadas oralmente o consignadas en partes de una resolución judicial. Como expresamente señala el Art. 7 de la Directiva 2012/13, se trata de acceder a **documentos** relacionados con el expediente específico que afecta a la persona cuya libertad se pretende privar. Más adelante abordaremos qué contenido debe facilitarse para entender satisfecho el referido derecho, pero por el momento debe estresarse la importancia de que mera información de la acusación no satisface el derecho de acceso al expediente, el cual constituye una vertiente específica del derecho a la información.

Así las cosas, si bien el Auto de 12 de abril de 2016 [Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Fraile Coloma] realiza dicha interpretación de la legislación española conforme a la normativa europea, lo cierto es que otros órganos judiciales españoles han llevado a cabo interpretaciones contrarias a la normativa europea, manteniendo el *status quo* anterior y, por lo demás, ni siquiera citando —en la mayor parte de los casos— el contenido de los artículos de la Directiva 2012/13 —lo cual, por otro lado, resulta lógico puesto que evidenciaría la interpretación contraria a la normativa europea que están llevando a cabo—.

Así, la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 25 de mayo de 2016 [Ponente: Ilma. Sra. Doña Eugenia Cabello Díaz], lleva a cabo una interpretación sistémica e histórica —negando, en consecuencia, que la nueva regulación es «rupturista» con la legislación anterior— para mantener el *status quo*:

«Una interpretación sistemática de los arts. 505.3 y 520 d) y 118.1.) de la LECrim. permite concluir que el acceso a los elementos esenciales de las actuaciones a que se refieren los dos primeros artículos es sustancialmente distinto al examen de las actuaciones a que se refiere el art. 118.1 b) .

Una interpretación histórica de todos los artículos citados (505.3 y 520 d) y 118.1 b) de la LECrim. y el 302 de la misma Ley, permite colegir que por elementos esenciales debe entenderse únicamente aquella información que sea fundamental para valorar la legalidad de la privación de libertad, criterio interpretativo éste que resulta de lo establecido en el cuarto párrafo del apartado IV del preámbulo de la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril.»

Ciertamente, la Ilma. Sala no explica cómo se desarrollan esas interpretaciones de orden sistemático e histórico, sino que se limita a afirmar que ello es así. En nuestra opinión dicho razonamiento no resulta conforme a derecho. En primer lugar, el primer canon interpretativo en virtud del art. 3 del Código Civil —esto es: el «sentido propio de sus palabras» (canon gramatical) — comporta que la propia denominación del derecho de acceso al **expediente** aboga por equiparar «acceso a elementos esenciales de las actuaciones» con «examen de las actuaciones».

Desde punto de vista gramatical se puede aducir, igualmente, en contra de la interpretación derivada de dicho Auto, que si el secreto del sumario está vinculado al «secreto de las **actuaciones**» —cuestión no debatida— y el derecho de acceso al expediente está relacionado con los «elementos esenciales de las **actuaciones**», no puede interpretarse el primer concepto de «actuaciones» en el sentido de los **documentos** obrantes en la causa y el segundo en el de meras **informaciones** obrantes en la causa. Se produciría una asimetría interpretativa que, a mayor abundamiento, iría en contra del reo (investigado) y el principio *pro libertate*.

En segundo lugar, porque precisamente en el citado Preámbulo se hace referencia a importante «refuerzo de las garantías en el proceso penal», refuerzo que desaparece si se siguen aplicando las mismas garantías. Ello, máxime, cuando en el propio Preámbulo se hace referencia a «**resultaba necesario completar el catálogo de derechos para adaptarlo a los postulados de la normativa europea, haciendo mención expresa, entre otros, al derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad**». Esto es: si se completa el catálogo de derechos con ese derecho en concreto es porque no existía con anterioridad.

No se alcanzaría a adivinar qué sentido tendría que el Legislador español realizara declaraciones tan palmarias sobre el derecho de acceso al expediente como un **nuevo derecho** —como algún Magistrado ha reconocido expresamente (18) — en el catálogo de derechos del justiciable si ya existía con anterioridad. La doctrina continuista del Auto no es compatible con el carácter rupturista que el Legislador penal español imprime a la reforma.

Y en tercer lugar, porque la propia denominación de la LO 5/2015 consiste en una transposición de la normativa europea —destacando el Preámbulo que en materia de derecho de acceso al expediente en el ámbito de la prisión provisional se siguen las «exigencias de la normativa europea»— y en la normativa europea resulta palmario que se está refiriendo a documentos.

En este sentido, se podrá discutir cómo interpretar determinados pasajes de la nueva legislación española —en síntesis: información vs. documentación—. Pero de lo que no cabe duda es de que: (1) la normativa europea se refiere específicamente a documentación obrante en la causa que permita impugnar la petición de prisión provisional y (2) no establece ninguna excepción a dicho derecho —como hemos referido anteriormente, las limitaciones se refieren a los arts. 7.2 y 7.3 de la Directiva 2012/13, no al 7.1 de dicho texto legal—.

Como refieren magistralmente Nicolás GONZÁLEZ CUELLAR y Manuel MARCHENA GÓMEZ, «el acceso a los elementos esenciales para impugnar la legalidad de la detención no puede restringirse ni siquiera aunque el secreto de la instrucción se acuerde por el Juzgado» (19) .

No puede desconocerse que algún tribunal ha llegado a negar la virtualidad del derecho de acceso al expediente

Pese a lo que acaba de indicarse, no puede desconocerse que algún tribunal ha llegado a negar la virtualidad del derecho de acceso al expediente —en toda su extensión— cuando se trata de un proceso bajo secreto de sumario. Así, el reciente Auto de la Audiencia Nacional de 11 de noviembre de 2016 [Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Francisco Martell], considera que el derecho de acceso al expediente no rige en los casos de secreto de sumario:

Por lo demás, la exigencia legal de acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la privación de libertad del imputado, según proclama el art.

505.3 in fine de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se encuentra con el valladar consistente en la

declaración del secreto parcial de las actuaciones, cuya viabilidad y eficacia quedaría mermada del todo si la causa quedara a disposición del Letrado del privado de libertad.

2. Momento en el que se debe facilitar el acceso al expediente (elementos esenciales de las actuaciones)

En lo que se refiere al momento en el que deben proporcionarse esa parte de la causa, el tenor literal del 505.3 LECrim. establece claramente que, para la celebración de la vista sobre la posible de prisión provisional, «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». Esto es: dichos elementos de las actuaciones deberán estar a disposición del abogado en el momento de la celebración de la vista para que pueda impugnar la petición prisión provisional.

No obstante, debe tenerse en cuenta que, en determinados procedimientos, dichos «elementos de las actuaciones» pueden ser considerablemente voluminosos, por lo que, para evitar indefensión, deberán proporcionarse con anticipación necesaria. En este punto se advierte una posible cuestión controvertida en el futuro. Así, resulta habitual que, inmediatamente después del interrogatorio al investigado, se practique la vista del art. 505 LECrim. En caso de que a lo largo del interrogatorio no se hayan proporcionado a la defensa esos documentos que constituyen los elementos esenciales, deberá concederse un tiempo prudencial a la defensa para, una vez recibidos, poder examinarlos debidamente.

Precisamente, el hecho de que se consigne el derecho de acceso al expediente en el momento de la celebración de la vista sobre la situación personal del investigado *echa por tierra determinados razonamientos judiciales que consideran suficiente para satisfacer el derecho de acceso al expediente los contenidos consignados en el Auto que acuerda la prisión provisional del investigado*. En efecto, en una serie de recientes Autos de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria —entre otros Auto de 25 de mayo de 2016 [Ponente: Eugenia Cabello Díaz], Auto de 19 de diciembre de 2016 [Ponente: Ilma. Sra. Doña Pilar Parejo Pablos]— se aduce que el derecho de acceso al expediente ha quedado salvaguardado debido a que

«a través de las distintas resoluciones que en la causa se han ido dictando acerca de la situación personal (...), con las limitaciones propias del secreto de las actuaciones, se ha ido proporcionando a su defensa elementos esenciales sobre los hechos a que se refiere su imputación, así como a las diligencias de las que se derivaría (entre otra, documental en virtud de diligencias de entrada y registro).»

En este sentido, si para la propia vista sobre a posible prisión provisional —como indica el propio art. 505.3 LECrim.— se debe facilitar al abogado defensor acceso a los «elementos esenciales de las actuaciones», resulta incompatible con el texto legal que dicho derecho se ve satisfecho por el contenido del Auto ordenando la prisión provisional dictado *con posterioridad* a la celebración de la vista.

Finalmente, y desde el punto de vista práctico, resulta conveniente que, cuando la Fiscalía solicite la celebración de la vista del art. 505 LECrim., tenga preparado una suerte de dossier —para ser entregado a la defensa— en el que se contienen los documentos esenciales de cargo contra el investigado y evitar así dilaciones en la tramitación de la vista —y ello por la probable situación de detención del investigado—.

3. Contenido del expediente (elementos esenciales de las actuaciones)

Así las cosas, y sentado que, como mínimo, una interpretación de la nueva legislación española conforme a la Directiva 2012/13 arroja como resultado que el abogado defensor debe tener acceso, con anterioridad a la vista sobre la prisión provisional del investigado, a parte de la causa —sc. elementos esenciales de las actuaciones— para impugnar la petición de prisión provisional, el gran dilema se centra en determinar a qué parte de la causa debe tener acceso (20) . Ahora bien, los órganos judiciales españoles se enfrentan con cierta regularidad a un dilema similar cuando tienen que alzar parcialmente el secreto de las actuaciones.

En este sentido, se debe advertir de la similitud entre ambas instituciones, con un factor añadido en beneficio de la instrucción: este alzamiento parcial del secreto, sólo debe ir referido a la persona investigada, sin ser necesario que se alce parcialmente para el resto de los investigados (si los hubiere). Así, toda vez que se refiere a los elementos esenciales de las actuaciones para poder impugnar la petición de prisión provisional, dichos elementos deberían formar parte de la pieza de situación personal del investigado en concreto, de tal manera que sólo es accesible a su defensa.

Establecido lo anterior, el órgano judicial debe operar, en este ámbito, con criterios de proporcionalidad y racionalidad. Así, ciertamente no se puede interpretar el derecho de acceso al expediente cuando la causa está bajo secreto de sumario como un derecho a la totalidad de las actuaciones. Precisamente el secreto de sumario obliga a que el derecho de acceso al expediente en esta situación se limite a las actuaciones que fundamenten la petición de prisión provisional para el investigado —sin tener que revelar actuaciones relativas a líneas de investigación, otra documentación relacionada etc.—.

De nuevo, desde un punto de vista práctico, resultarán de ayuda los informes y documentación anexa (21) que hayan elaborado las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado —en muchas ocasiones: la UDEF o la UCO— (22) . Así, eliminando las referencias a otros investigados o líneas de investigación, así como a otras circunstancias del investigado que no fundamenten la petición de prisión provisional del mismo, el órgano judicial puede cumplir con el derecho de acceso al expediente de la misma forma en la que se eliminan determinados párrafos de los Autos declarando el secreto de sumario. El órgano judicial debe encontrar el equilibrio, para lo cual será valiosa la colaboración de la Fiscalía.

En este punto, se aventura que una fuente de litigación futura consistirá en determinar si la parte de causa facilitada a la defensa era suficiente para poder ejercer plenamente el derecho de defensa en la impugnación de la petición de prisión provisional, y serán los órganos judiciales los que, con el tiempo, deberán establecer parámetros racionales al respecto (23) .

En cualquier caso, una guía rápida para establecer si se ve satisfecho el derecho de acceso al expediente en este ámbito consistirá en determinar si la documentación / informes / diligencias que son citadas en el escrito o informe del Ministerio Fiscal para sostener la petición de prisión provisional del investigado han sido facilitadas a la defensa. En caso de que dichos documentos / informes / diligencias hayan sido proporcionadas a la defensa del investigado, se verá satisfecho el derecho. En caso contrario, no. Así, si dichos documentos / informes / diligencias soportan la petición de prisión provisional, resulta lógico que la defensa tenga derecho a acceder a los mismos para impugnar la citada petición.

VI. FUNDAMENTO POLÍTICO-CRIMINAL

La nueva regulación puede, a buen seguro, causar cierta incomodidad a los órganos judiciales y al Ministerio Fiscal. Siempre que se amplía el catálogo de derechos de los investigados transcurre tiempo hasta que todos los operadores jurídicos se adaptan a la nueva realidad jurídica. No obstante, desde un punto de vista político criminal, la nueva regulación introducida en España por dictado europeo tiene una lógica razonable que no puede ser desconocida.

Así, cuando se esté llevando a cabo una investigación bajo secreto de sumario, el Ministerio Fiscal deberá sopesar las consecuencias, a los efectos de la investigación, que tendrá solicitar la prisión provisional de los investigados. Por supuesto, consciente de la importancia que tiene el atentado contra la libertad individual que supone la privación de libertad de un individuo en fase de instrucción, el Ministerio Fiscal nunca plantea dicha petición a la ligera. No obstante, en la actualidad, además de las consideraciones que ya venía teniendo en cuenta, se suma una más: en caso de que sea necesario proseguir la investigación en el más absoluto secreto, no solicitará la prisión provisional del investigado (pudiendo requerir otras medidas personales para asegurar el buen fin del proceso). Por ello, sólo se solicitará la prisión provisional en casos absolutamente excepcionales, ya que se será consciente de que, al solicitarla, deberá permitir a la defensa del investigado el acceso a parte de las actuaciones.

VII. LA RECIENTE SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 30 DE ENERO DE 2017: EFECTO DIRECTO DE LA DIRECTIVA 2012/13 INCLUSO ANTES DE SU TRANSPOSICIÓN

En una reciente y decisiva sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 2017 [Ponente: Ilmo. Sr. D. Ricardo Enríquez Sancho] se planteaba, en relación con el derecho de acceso al expediente en el trámite de la detención —con motivo de un procedimiento de *habeas corpus*—, si la Directiva 2012/13 podía ser fuente normativa del derecho de acceso al expediente pese a que no había sido transpuesta a la legislación española. Y ello debido a que cuando se producen los hechos —11 a 13 de julio de 2014— ya había pasado el plazo de transposición de la referida Directiva. Expresado de otra manera, se planteaba si la Directiva era vinculante en virtud del *principio de efecto directo vertical aplicable a las Directivas no transpuestas que crean derechos*.

Pues bien, el máximo garante de los derechos procesales constitucionales afirma positivamente que *Directiva comunitaria no transpuesta dentro de plazo, por invocación del llamado efecto útil, es fuente de derechos procesales, en este caso a efectos de integrar el art. 17.3 CE*. Para asentar dicho pronunciamiento, el Tribunal Constitucional español acude a la jurisprudencia del TJUE, su propia doctrina constitucional sobre la primacía del derecho europeo en el ordenamiento español y, en fin, al contenido de la propia Directiva (24) . En palabras del propio Tribunal:

Así debemos reconocerlo ahora respecto de la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, desde la fecha en que expiró el plazo para su transposición (2 de junio de 2014), hasta la de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril (vgr, el 28 de octubre de 2015), que llevó a cabo este último cometido. Sin perjuicio de que corresponde a los tribunales ordinarios la intelección de sus preceptos [con los límites señalados por nuestra doctrina para no incurrir en una alteración del sistema de fuentes, lesiva del art. 24.1 CE: por todas, STC 232/2015, de 5 de noviembre, FFJJ 4 y 5.b) y las que cita], desde nuestra perspectiva de control externo, resulta de la lectura de su art. 7, especialmente de su apartado 1, la consagración del derecho de acceso a los materiales del expediente por la persona que se encuentre detenida y por su

abogado, que resulten «fundamentales» para poder impugnar de manera «efectiva» la legalidad de la detención. (25)

Respecto de lo señalado anteriormente en relación con las excepciones al derecho de acceso al expediente, señala de forma intachable el Tribunal Constitucional:

*No había motivo amparable en la Directiva 2012/13/UE para dilatar esa entrega: ese retraso sólo se contempla por el apartado núm. 3 del art. 7, hasta el momento anterior en que se presenta la acusación ante el tribunal, cuando se trata del derecho de acceso para la defensa ante el órgano judicial. **Pero como bien precisa dicho apartado, ello procede: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1».** Esto es, sin perjuicio de que en los casos de detención o privación de libertad del apartado 1, el acceso de los elementos fundamentales para impugnar la medida, en este caso la detención no admite dilaciones. En concreto, en este caso, para poder ser consultados con tiempo suficiente para poder asesorar al abogado a los detenidos, antes de su interrogatorio. [sin negrita en el original] (26)*

Finalmente, a lo largo de su Sentencia, el Tribunal Constitucional refiere, en diversas ocasiones, que el derecho de acceso al expediente no versa sobre informaciones orales, sino sobre documentos físicos que conforman las actuaciones —en este caso, debido a la situación de detención policial: el atestado—. En concreto, resume su doctrina de la siguiente forma:

*La negativa sin justificación alguna del Instructor a la **entrega del material del que ya disponía**, trajo consigo así la vulneración del derecho a la asistencia de letrado (art. 17.3 CE), **el cual incluye en su contenido el derecho del detenido y su letrado a acceder a los elementos fundamentales** (entonces, art. 7.1 de la Directiva 2012/13/UE) para impugnar su situación privativa de libertad. Al desestimar posteriormente la solicitud de habeas corpus de los recurrentes, pese a partir de la premisa correcta de la aplicación directa de la Directiva tantas veces citada, el Auto de 13 de julio de 2014 dejó de reparar la lesión de aquel derecho fundamental [sin negrita en el original] (27) .*

La Sentencia referida, si bien se refiere al derecho de acceso al expediente que asiste al detenido respecto del art. 520.2 d) LECrim, contiene un valor interpretativo notable de cara al futuro desarrollo del derecho de acceso al expediente, también en relación con el art. 505.3 LECrim. Si la Directiva 2012/13 desplegaba, ya antes de la entrada en vigor de la reforma procesal española, efectos directos ya que **creaba** derechos a favor de los justiciables —confirmando, una vez más, el carácter no continuista de la nueva regulación— con mayor motivo debe interpretarse la actual legislación española conforme a dicha normativa europea. Asimismo, confirma dos extremos fundamentales anteriormente referidos: (1) que el derecho de acceso al expediente sobre los elementos que permiten impugnar la situación de detención / privación de libertad no admite excepciones; (2) que dicho derecho de acceso al expediente se refiere a documentos obrantes en la causa (atestado, informes etc.) y no a informaciones orales.

VIII. LA ACTUAL SITUACIÓN: NECESIDAD DE PLANTEAR, EN CASO DE DENEGACIÓN, UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL EUROPEA (ARTÍCULO 267 TFUE)

Como se ha referido a lo largo de este breve artículo, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de abril de 2016 no es compartido por otros órganos jurisdiccionales españoles. Ciertamente, podría pensarse que, en última instancia, debería esperarse a que se consolidara una línea

jurisprudencial u otra. Y ello sería razonable a excepción de que dicha interpretación contradictoria afecta a la interpretación de una legislación española que transpone normativa europea.

Ante la existencia de resoluciones contradictorias en este ámbito, difícilmente se puede sostener que un tribunal no alberga ninguna duda sobre la interpretación de la legislación española en esta materia conforme a la normativa europea. En este sentido, no se puede desconocer la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [TEDH] sobre la incardinación de la cuestión prejudicial europea en el seno del derecho al proceso debido [Art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos] (28) . Y es que, como algún autor se ha encargado de exponer, se está llevando a cabo una progresiva federalización del poder judicial de la Unión (29) .

El TEDH considera que ante la petición de la defensa de plantear cuestión prejudicial, el órgano judicial no se puede mostrar impasible

En efecto, desde hace ya algún tiempo, el TEDH viene considerando que, ante la petición de la defensa de plantear una cuestión prejudicial europea, el órgano judicial no se puede mostrar impasible. Como parte del derecho al proceso debido, dicho órgano judicial debe explicitar el motivo por el cual no plantea la cuestión prejudicial europea, y ello en el sentido del deber de motivar si no la plantea por tratarse de un acto claro (disposición legal evidente en el texto normativo europeo) o acto aclarado (disposición del texto normativo europeo interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea) (30) .

Así, a tenor de la reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [STEDH *Schipani v. Italia* (38369/09), Sentencia de 21 de julio de 2015], se obliga a que el órgano judicial fundamente si no plantea la cuestión debido a que se trata de un acto claro (*acteclair*) o un acto aclarado (*acteéclairé*) so pena de vulnerar el art. 6.1 del CEDH. Citando la jurisprudencia del TEDH en asunto *Dhahbi v. Italia* [STEDH de 8 de abril de 2014] (31) indica el TJUE:

(70) En el marco específico del párrafo tercero del art. 234 del Tratado sobre la constitución de la Comunidad Europea (es decir, el art. 267 del actual TJCE), esto significa que las organismos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no están sujetas a un recurso judicial en la legislación nacional están obligados, cuando rechazan formular una cuestión prejudicial al TJCE relativa a la interpretación de la legislación de la UE planteada por ellos, a motivar su negativa con respecto a las excepciones previstas por la jurisprudencia del TJCE. Por lo tanto deberán indicar las razones por las que considere que la cuestión no es pertinente, o que la disposición de derecho de la UE se impone con tal evidencia que no deja lugar a dudas razonables.

(72) La motivación de la sentencia en causa no permite por tanto establecer si esta última parte de la cuestión fue considerada como no pertinente o como relativa a una disposición clara o, como ya interpretó el TJCE, o bien si fue simplemente ignorada (véase, mutatis mutandis, Dhahbi)

En definitiva, se consideró que se vulneraba al derecho debido (art. 6.1 CEDH) porque la resolución del órgano judicial nacional no establecía si «cuestión fue considerada como no pertinente o como relativa a una disposición clara» (acto claro) o «como ya interpretó el TJUE» (acto aclarado).

Así las cosas, no puede obviarse el nuevo impulso que las cuestiones prejudiciales europeas han adquirido en el ordenamiento jurídico español. No es baladí que el actual art. 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 6/1985, de 1 de julio), vigente desde el 1 de octubre de 2015,

establece que

1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea **de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.**

2. Cuando los Tribunales decidan plantear una cuestión prejudicial europea lo harán de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en todo caso, mediante auto, previa audiencia de las partes.

En efecto, esta inclusión no es casual. Como señala el propio Preámbulo de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial,

«resulta conveniente mencionar en la Ley **la vinculación de los Jueces y Tribunales españoles al Derecho de la Unión, en la interpretación que hace del mismo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.** En paralelo, y como corolario del sistema, se determina la forma en la que en nuestro ordenamiento ha de plantearse procesalmente el principal cauce de diálogo entre el Juez español y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: la cuestión prejudicial. Con ello, **se profundiza en la búsqueda de mayores garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos**».

Tampoco es casual que la Fiscalía General del Estado haya dictado la **Instrucción** N.º 1/2016, de 7 de enero, sobre la intervención del Fiscal en las cuestiones prejudiciales europeas. Así, tras indicar que «En nuestro Derecho interno existía, hasta hace poco, una total orfandad en cuanto a normas de procedimiento para ordenar la tramitación del planteamiento de cuestiones prejudiciales», dicho texto vinculante instruye a los Fiscales de manera precisa:

«Cuando por ser parte en los procesos en que se suscite la cuestión prejudicial se dé traslado al Fiscal, habrá de partirse de que la importancia del trámite y la trascendencia de sus consecuencias, que incluye una interpretación vinculante para el Estado español de las normas aplicables al caso, justifica y exige incuestionablemente que esa intervención del Fiscal se produzca en términos no meramente formularios, sino con **aportación de un criterio jurídicamente fundado y debidamente razonado, desde la perspectiva del interés público que deriva del art. 124 de la Constitución.** Se trata, por tanto, de que el dictamen emitido pueda resultar efectivamente útil al Órgano Judicial a la hora de adoptar una decisión definitiva sobre el planteamiento de la cuestión y mejorar, en su caso, su forma y el contenido. La extraordinaria trascendencia de las cuestiones prejudiciales impone a la Fiscalía la máxima diligencia y rigor técnico jurídico en el despacho de estos incidentes, cuando por ser parte deba intervenir en los mismos».

Así, incluso para ilustrar al órgano judicial español sobre si plantear o no una cuestión prejudicial, la Fiscalía deberá emitir un dictamen motivado. Ahora bien, no de cualquier forma; sino mediante un procedimiento específico que refiere específicamente la propia Instrucción (página 13):

La Fiscalía ante la que se tramita el procedimiento habrá de ponerse en contacto con el Fiscal de Sala Jefe del área correspondiente (civil, penal, contencioso o social), atendiendo al orden jurisdiccional en el que se haya planteado la cuestión.

Todas las comunicaciones con el Fiscal de Sala Jefe deberán realizarse, por regla general, a través del Fiscal Jefe de la Fiscalía correspondiente.

Cuando la cuestión prejudicial esté vinculada a alguna de las especialidades propias de Fiscales de Sala Coordinadores o Delegados, el Fiscal de Sala Jefe del área correspondiente mantendrá las pertinentes comunicaciones con aquellos.

De todo lo anterior se deriva que existen razones fundadas para que los órganos judiciales que interpreten la nueva legislación española en el sentido de no contener un derecho de acceso a la parte de la documentación obrante en la causa que le permita impugnar la petición de prisión provisional del investigado, alberguen dudas razonables sobre si su interpretación es compatible con la normativa europea. Y en ese caso, deberían plantear la cuestión prejudicial europea ya que el texto europeo es evidente en el sentido contrario al manifestado y no ha sido objeto todavía de aclaración por el TJUE.

IX. CONCLUSIONES

Primero.- El derecho de acceso al expediente en aquellos casos en los que se solicita la prisión provisional de un investigado en un procedimiento penal sometido a secreto de sumario es un nuevo derecho en el catálogo de derechos justiciable que contribuye a reforzar las garantías del proceso penal. Dicho derecho ha sido introducido en España por exigencia europea, al transponer la Directiva 2012/13.

Segundo.- Una interpretación de la nueva legislación española conforme a la normativa europea arroja como resultado que por «elementos esenciales de las actuaciones» debe entenderse parte de las actuaciones bajo secreto de sumario que permiten impugnar la petición de prisión provisional. La regulación europea (art. 7.1 de la Directiva 2012/13) no permite ninguna limitación a dicho principio. Las excepciones al derecho de acceso al expediente con la finalidad de preservar la investigación se refieren a los apartados 7.2 y 7.3 de la Directiva 2012/13 —esto es: cuando no se solicita la prisión provisional de un investigado—.

Tercero.- El derecho de acceso al expediente debe garantizarse para la vista en la que se decida sobre la posible prisión provisional del investigado (art. 505.3 LECrim).

Cuarto.- No se puede considerar que informaciones orales o fundamentos de una decisión judicial adoptada tras la vista satisfacen el derecho de acceso al expediente en este ámbito.

Quinto.- El contenido de los elementos esenciales de las actuaciones a proporcionar a la defensa para el acto de la vista serán, como mínimo, las actuaciones que refiera el Ministerio Fiscal para sostener su petición de privación de libertad.

Sexto.- La existencia de resoluciones contradictorias sobre una legislación nacional que transpone una normativa europea aboga por el planteamiento de una cuestión prejudicial europea.

(1) No es éste el lugar para llevar a cabo una exposición ius comparativa sobre el secreto de sumario [vid. a modo de ejemplo, la aproximación crítica del estudio del Parlamento europeo sobre la utilización de información secreta —esto es: a la que no tiene acceso la defensa— en el seno de procedimientos judiciales: National Security and secretevidence in legislation and before the courts: exploring the challenges, 2014 [disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/509991/IPOL_STU\(2014\)509991_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/509991/IPOL_STU(2014)509991_EN.pdf)]. Vid. en general el análisis de MUERZA ESPARZA, Julio, «Sobre el secreto de sumario», en: El derecho procesal español en el Siglo XX. Liber Amicorum a Juan Montero Aroca, 2012, págs. 1137 ss.

Ver Texto

(2) Vid., ya MUÑOZ CUESTA, Javier, «El secreto de sumario y el derecho de defensa», en: Repertorio de

Jurisprudencia Aranzadi 21 (2008), págs. 15 ss.; MAGRO SERVET, Vicente, «Consecuencias jurídicas del secreto de sumario», en: La Ley Penal 58 (2009), pág. 4.

[Ver Texto](#)

- (3) Como bien señala OTAMENDI ZOZAYA, Fermín, Las últimas reformas de la Ley de Enjuiciamiento criminal. Una visión práctica tras un año de vigencia, 2017, pág. 55 «únicamente cuando concurren esos dos elementos (indicios de delito y fin constitucionalmente legítimo de la detención) podrá considerarse ajustada a derecho la prisión de libertad y, en consecuencia, es necesario facilitar la letrado, de la forma más amplia posible, información suficiente sobre dichos aspectos para que éste pueda valorar si la detención de su cliente es o no ajustada a derecho».

[Ver Texto](#)

- (4) Como indica igualmente el magistrado OTAMENDI ZOZAYA, Fermín, Las últimas reformas de la Ley de Enjuiciamiento criminal. Una visión práctica tras un año de vigencia, 2017, pág. 54 «Este nuevo derecho es, sin duda, el que mayores problemas prácticos está generando. Problemas derivados de las diferentes interpretaciones que tienen los abogados y los funcionarios policiales sobre el significado de la expresión "actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad"».

[Ver Texto](#)

- (5) Programa de Estocolmo. Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano [Diario Oficial n.º C 115 de 4/5/2010].

[Ver Texto](#)

- (6) Con posterioridad, pero nacida en el mismo Programa, se adoptó la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio.

[Ver Texto](#)

- (7) Vid. ya GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «Artículo 54 del Convenio Schengen y proceso de extradición: a propósito del Auto de 14 de enero de 2013 y el concepto de cosa juzgada europea», en: Diario LA LEY 1380 (2013), pág. 7.

[Ver Texto](#)

- (8) Vid. en general, LIBOR KLIMEK, Mutual Recognition of Judicial Decisions in European Criminal Law, 2016, págs. 611 ss.

[Ver Texto](#)

- (9) Vid. sobre las diferentes versiones de la Directiva 2012/13, y el afianzamiento de la posición de garantizar el derecho de acceso al expediente en la fase de instrucción RYAN, Andrea, Towards a System of European Criminal Justice: The Problem of Admissibility of Evidence, 2014, págs. 38 ss.; JEAN FLAMME, Defence Rights: International and European Developments, 2012, págs. 77 ss.

[Ver Texto](#)

- (10) Recogen igualmente el valor de este Considerando a la hora de interpretar la legislación española GONZÁLEZ CUELLAR, Nicolás / MARCHENA GÓMEZ, Manuel, La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015, 2015, págs. 121 s.

[Ver Texto](#)

- (11) Como exponen de forma magistral GONZÁLEZ CUELLAR, Nicolás / MARCHENA GÓMEZ, Manuel, La

reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015, 2015, pág. 121: «El punto de partida de la modificación legal (española) está constituido por el art. 7 de la Directiva 2012/13». Esto es, el contenido de la nueva legislación española no puede hacerse sin tener en cuenta el contenido del referido art. 7, punto capital en la interpretación que más adelante se desarrollará.

[Ver Texto](#)

- (12) Vid. en el ámbito europeo RUGGERI, Stefano, *Human Rights in European Criminal Law: New Developments in European Legislation and Case Law After the Lisbon Treaty*, 2015, págs. 88 ss.

[Ver Texto](#)

- (13) Vid. LOSY, Oskar, *Right to legal assistance in EU Criminal Proceedings*, 2012, págs. 15 ss.

[Ver Texto](#)

- (14) Sobre las importantes reformas procesales de 2015 vid. GONZÁLEZ CUELLAR, Nicolás/ MARCHENA GÓMEZ, Manuel, *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, 2015; Jaime Alonso-Cuevillas Sayrol (Dir.), *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, 2016; MUERZA ESPARZA, Julio, *Las reformas procesales de 2015*, 2016; OTAMENDI ZOZAYA, Fermín, *Las últimas reformas de la Ley de Enjuiciamiento criminal. Una visión práctica tras un año de vigencia*, 2017; JAÉN VALLEJO, Manuel, *La reforma procesal penal 2015*, 2015.

[Ver Texto](#)

- (15) Sin perjuicio de ulteriores referencias vid. en general la excelente obra de SARMIENTO, Daniel, *El derecho de la Unión Europea*, 2016, especialmente págs. 277, 311 ss.

[Ver Texto](#)

- (16) Así, señala la Exposición de Motivos: «El derecho a la información de las personas detenidas y de los imputados o acusados en el proceso penal se fundamenta en lo dispuesto en los arts. 5 y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, según la interpretación efectuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos».

[Ver Texto](#)

- (17) Sobre la interpretación conforme en el ámbito jurídico-penal vid., de manera reciente y con amplias referencias, RODRÍGUEZ YAGÜEZ, Cristina / MUÑOZ MORALES, Marta, *Terrorismo vs. Leyes y Jueces. El reconocimiento de condenas penales europeas a efectos de acumulación. A propósito del caso Picabea*, 2016, págs. 84 ss., 88 ss. Vid. igualmente la sintética y acertada exposición de ADÁNNIETO MARTÍN, «Legitimidad y aplicación práctica del Derecho penal europeizado», en: *El nuevo Código penal. XXXII Jornadas de Estudio de la abogacía. Abogacía General del Estado*, 2011, págs. 269 ss. En el ámbito internacional por todos, con amplias referencias, ANDREKLIP, *European Criminal Law*, 2.ªed., 2011; BERNDHECKER, *Europäisches Strafrecht*, 5.ªed., 2015; HELMUT SAZTGER, *International es und Europäisches Strafrecht*, 3.ªed., 2013.

[Ver Texto](#)

- (18) OTAMENDI ZOZAYA, Fermín, *Las últimas reformas de la Ley de Enjuiciamiento criminal. Una visión práctica tras un año de vigencia*, 2017, pág. 54: «Este nuevo derecho es, sin duda, el que mayores problemas prácticos está generando».

[Ver Texto](#)

- (19) GONZÁLEZ CUELLAR, Nicolás/ MARCHENA GÓMEZ, Manuel, *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, 2015, pág. 124.

[Ver Texto](#)

(20) Como señalan, entre otros, GONZÁLEZ CUELLAR, Nicolás / MARCHENA GÓMEZ, Manuel, La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015, 2015, pág. 122 «La identificación de las actuaciones que sean esenciales para la impugnación de la legalidad de la medida no es tarea sencilla. Realmente la indeterminación del concepto es utilizado es grande y sin duda planteará problemas aplicativos». En sentido similar OTAMENDI ZOZAYA, Fermín, Las últimas reformas de la Ley de Enjuiciamiento criminal. Una visión práctica tras un año de vigencia, 2017, pág. 54 «Problemas derivados de las diferentes interpretaciones que tienen los abogados y los funcionarios policiales sobre el significado de la expresión "actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de al detención o privación de libertad"».

Ver Texto

(21) No parece mostrarse de acuerdo OTAMENDI ZOZAYA, Fermín, Las últimas reformas de la Ley de Enjuiciamiento criminal. Una visión práctica tras un año de vigencia, 2017, pág. 56 cuando indica «no será necesario hacer entrega material del atestado policial al abogado, puesto que dicha exigencia no aparece recogida en el art. 520». No obstante, olvida el citado autor que dicha exigencia de entrega de documentación sí se encuentra expresamente recogida en la normativa europea que transpone la tantas veces citada legislación española, por lo que una interpretación conforme sí obliga a dicha entrega material. Conscientes de que la normativa europea no contiene ninguna restricción a este derecho —más bien lo contrario— se inclinan GONZÁLEZ CUELLAR, Nicolás / MARCHENA GÓMEZ, Manuel, La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015, 2015, pág. 123 por considerar que incluso considerar «en el terreno hermenéutico aun cabría dar un paso más y considerar concedido también al detenido por la política el derecho al conocimiento del atestado». Esto es: con anterioridad a la situación regulada por el art. 505.3 LECrim., extender los efectos del derecho de acceso al expediente en el momento mismo de la detención.

Ver Texto

(22) Esta es la interpretación que se está produciendo en otros EE.MM. Por poner el ejemplo de las autoridades británicas, el Código de Conducta de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado [accesible en: <https://www.gov.uk/government/publications/criminal-investigation/hmrc-code-of-practice-for-eu-directive-201213eu-the-right-to-information-in-criminal-proceedings>] indica:

All documents and material in the officer's possession which are essential to effectively challenging the lawfulness of the detainee's arrest and detention must be made available to the custody officer.

Documents and materials will be "essential" for this purpose if they are capable of undermining the reasons and grounds which make the detainee's arrest and detention necessary. The decision about whether particular documents or materials must be made available for the purpose of this requirement therefore rests with the custody officer who determines whether detention is necessary, in consultation with the investigating officer who has the knowledge of the documents and materials in a particular case necessary to inform that decision.

No es ésta, por lo demás, la posición que ha adoptado la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial, en su reunión de 15 de julio de 2015, donde se refiere únicamente que el derecho de acceso al expediente consiste en informar sobre:

- a) Lugar, fecha y hora de la detención
- b) Lugar, fecha y hora de la comisión del delito
- c) Identificación del hecho delictivo que motiva la detención y breve resumen de los hechos.
- d) Indicios de los que se deduce la participación del detenido en el hecho delictivo (indicios muy genéricos).

Como correctamente señalan GONZÁLEZ CUELLAR, Nicolás / MARCHENA GÓMEZ, Manuel, reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015, 2015, pág. 124: «La instrucción de la Comisión transcrita no es conforme con la Ley Orgánica de Reforma de la LECrim.».

Ver Texto

(23) No puede desconocerse que el único otro país de la UE que mantiene, si bien de forma mucho más limitada que el caso español, la existencia de un juez de instrucción —esto es: Francia— ha terminado interpretando la normativa nacional francesa introducida mediante la Ley de 27 de mayo de 2014, en el sentido de que «sin duda, la persona que se encuentra privada de libertad, debe tener acceso a los documentos esenciales de las actuaciones para poder cuestionar la detención o prisión provisional» [vid. GOGORZA, Amane, «The influence and false influence of European Union Law on French Criminal Procedure», en: Montesquieu Law Review 1 (2015), págs. 4 ss.

Ver Texto

(24) Vid. STC de 30 de enero de 2017, FJ 6.

Ver Texto

(25) Vid. STC de 30 de enero de 2017, FJ 6.

Ver Texto

(26) Vid. STC de 30 de enero de 2017, FJ 7.

Ver Texto

(27) Vid. STC de 30 de enero de 2017, FJ 7.

Ver Texto

(28) Vid. por todos, con amplias referencias SARMIENTO, Daniel, El derecho de la Unión Europea, 2016, especialmente págs. 399 ss.

Ver Texto

(29) SARMIENTO, Daniel, El derecho de la Unión Europea, 2016, especialmente págs. 437 ss.

Ver Texto

(30) Vid. KROMMENDIJK, Jasper, «"Open Sesame!": Improving Access to the ECJ by Obliging National Courts to Reason Their Refusals to Refer», en: European Law Review 2017 [disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2871851>].

Ver Texto

(31) Vid. ya sobre las limitaciones STJUE, Caso 283/81, CILFIT v Ministero de Ila Sanità[1982].

Ver Texto