

EL DERECHO DE ACCESO A LOS ELEMENTOS ESENCIALES PARA IMPUGNAR LA DETENCIÓN EN EL MARCO DEL DERECHO A LA DEFENSA

SANDRA ALONSO TOMÉ
Universidad de Burgos

Resumen

Todo el ejercicio normativo tanto nacional como europeo, desde los artículos 17 y 24 de la Constitución, hasta la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales, pasando por la Circular 3/2018, de 1 de junio de la Fiscalía General del Estado, respecto del derecho de defensa, y los artículos 118, 505.3 y 520.2.d) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, plantean la necesidad de afrontar como parte esencial del derecho de defensa y del derecho a un proceso equitativo, referido a las personas privadas de libertad, el derecho de acceso al expediente para poder impugnar la legalidad de la detención.

Sin embargo, surge una duda en la práctica que se observa en los centros de detención, concretamente en las sedes policiales: ¿ese acceso a los elementos esenciales para impugnar la detención es también extensible, al resto del expediente?

En la realidad, se hace una interpretación restrictiva y se entiende que no es extensible, por lo que la siguiente cuestión que surge, es: ¿el derecho de defensa, como garantía procesal qué es, debe detenerse dentro de los límites de una posible detención ilegal? En cambio, ¿no sería más correcto considerar que el acceso al expediente, sin limitaciones, debe ser la regla general, solo limitada por el secreto sumarial?

La difícil configuración y delimitación del derecho de defensa, así como la excesiva laxitud del Tribunal Constitucional a la hora de definir cada una de las garantías procesales con independencia del conjunto de derechos que configuran todas ellas, crean una zona gris dentro de la cual la falta de exactitud en cuanto a las garantías procesales del detenido, puede limitar en el día a día, esas garantías.

Se plantea aquí el enfrentamiento, cuanto menos desde el punto de vista doctrinal y práctico, entre el derecho de defensa, que para que pueda ser efectivo debe ser doblemente instruido, y la limitación de la impugnación de la detención. Es decir, la defensa se articula a través de profesionales capa-

citados, con los conocimientos necesarios para su ejercicio, pero dicho profesional necesita otra clase de conocimientos, los específicos de cada asunto, para poder desplegar su saber propio. Ese conocimiento del asunto, es lo que queda mermado con la limitación de la fórmula “para impugnar la legalidad de la detención”.

Tras esta apostilla «*para impugnar la legalidad de la detención*» decaen muchos de las razones que pueden hacerse valer en relación con una defensa adecuada e inmediata, a la que sin duda da derecho el artículo 24 de la Constitución Española.

Se partirá del intento de definición de derecho de defensa, para lograr una adecuada delimitación de los elementos necesarios para el ejercicio de la misma, así como de los elementos necesarios para impugnar la detención, con el objetivo de observar que parcela de garantía es mayor o tal vez, para observar que ambas parcelas de derechos son iguales.

Palabras clave: derechos, defensa, libertad, acceso al expediente, elementos esenciales, detención.

1. INTRODUCCIÓN

No podemos negar que, al albur de la diferente legislación y jurisprudencia, tanto nacional como europea que encontramos en relación con las garantías del detenido, y como inevitable consecuencia, con su ejercicio al derecho de defensa, uno de los principales conflictos que surge, si no el mayor de todos, es el relativo al acceso a la información del expediente. Por ello, la lógica consecuencia es preguntarnos: ¿qué es el expediente? ¿El concepto ‘expediente’ sobrepasa los límites de los elementos esenciales, haciendo una comparativa con la impugnación de la detención? Y alcanzando el verdadero quid de la cuestión; ¿hasta dónde puede instruirse la defensa, en el ámbito de la detención, para que pueda considerarse satisfecho este derecho a la asistencia letrada y a la defensa?

A simple vista, expediente, atestado e incluso autos podrían ser sinónimos, y no solo hipotéticamente, sino que, en la práctica habitual, son sinónimos. Sin embargo, la cuestión que planteamos no puede desviarse por esos derroteros. No hablamos de una forma genérica, sino que lo hacemos de forma muy concreta, en el ámbito y con el firme propósito de hallar la concordancia con nuestra norma interna, en sus artículos 505.3 y 520.2.d) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y también el artículo 118 del mismo texto legal, y sin olvidar la Circular 3/2018, de 1 de junio de la Fiscalía General del Estado, respecto del derecho de defensa; y todo ello, en concordancia con la normativa europea, concretamente con la Directiva 2012/12/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

Todas estas normas tienen dos puntos en común, que han de ser nuestros puntos de partida. El primero es que todas ellas contemplan el concepto

«*elementos esenciales para impugnar la legalidad de la detención*» sin perder de vista o incluso podría decirse, dentro del ámbito del ejercicio efectivo del derecho de defensa, así como el de un proceso equitativo. El segundo punto en común es que ninguno de estos conceptos aporta nada al verdadero ejercicio del derecho de defensa por el detenido. Lógicamente, para poder afrontar correctamente estas cuestiones debemos plantear primero otras preguntas: ¿Qué es el derecho de defensa? ¿Qué elementos deben concurrir para su efectivo ejercicio? Y una vez respondidas estas, podremos afrontar las dudas respecto del vínculo entre elementos esenciales para impugnar la detención y las garantías procesales del detenido. Sin embargo, no podemos obviar, que al estudiar el estatuto de la persona que se encuentra detenida, afrontamos también la configuración que a ese respecto aporta el derecho a la libertad, y las consecuencias de la privación de la misma, aun cuando todavía no se trata de una persona condenada.

La aspiración definitiva será, tras haber resuelto estas cuestiones, abordar la realidad que sobreviene en el día a día a los detenidos y ver si son o no, respetadas las garantías procesales que en nuestro derecho consagran los artículos 17 y 24 de la Constitución Española. Todo ello, con la visión de una perspectiva a veces olvidada, y es que la actuación del *ius puniendi*, que irremediamente se activa en el procedimiento penal, no es la única potestad que tienen los tribunales, sino que estos en el ámbito del proceso penal, forman parte de un elemento neutro del ordenamiento jurídico que está igualmente obligado a declarar y reponer el derecho a la libertad que muchas veces resulta vulnerado, y para lo cual existe el procedimiento de *habeas corpus*. El derecho a la libertad, como nos recuerda GIMENO SENDRA, es un valor incluso superior del ordenamiento jurídico, recogido en el artículo 1.1 de la Constitución, que se constituye en una función preferente incluso, a la de imponer penas¹.

Las conclusiones como no podía ser de otra manera, trataran de aunar estas respuestas, y presentar si fuera necesario propuestas de *lege ferenda*, en favor y en beneficio de las garantías procesales que dentro del proceso penal deben ser reconocidas a la persona privada de libertad.

2. BREVE CONSIDERACIÓN SOBRE EL DERECHO DE DEFENSA

Existe mucha doctrina, jurisprudencia y literatura científica amplia sobre el derecho de defensa en lo que se refiere a aplicación, sujetos o incluso en la problemática que se plantea en el día a día. Sin embargo, puede apreciarse una carencia hasta cierto punto, quizá intencionada sobre la naturaleza jurídica del derecho de defensa. Esa ausencia de estudio minucioso sobre el derecho de defensa, plantea un problema respecto de sus límites frente a otras garantías o derechos del proceso penal. Es muy difícil si no

¹ GIMENO SENDRA, V. *Manual de derecho procesal penal. 2a edición*, 2018. Madrid: Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, 2018.

imposible, encontrar jurisprudencia en la que sólo se plantee vulneración del derecho de defensa. Por ejemplo, es frecuente encontrar un procedimiento en que se plantea al Tribunal Constitucional vulneración del derecho de defensa y/o al juez imparcial determinado por la Ley. *Grosso modo*, parece que el resto de garantías actúan en los recursos al Tribunal Constitucional como la modalidad en que se ha vulnerado el derecho de defensa. Esto, a nuestro modo de ver y desde el prisma del abogado, nos resulta especialmente erróneo porque denota una gran despreocupación sobre el derecho a la defensa, el cual, como letrados, debe resultarnos especialmente valioso dentro del ordenamiento jurídico, pues es la mayor de las expresiones sobre nuestra función sistémica dentro del Estado Social y Democrático de Derecho. El principal responsable, más allá de la redacción otorgada por el legislador de las garantías procesales, es el propio Tribunal Constitucional, que no ha facilitado esa delimitación.

Sería una utopía difícil pero realmente deseable, lograr definir los límites del derecho de defensa. Pero es cierto, que siempre vamos a contar con connotaciones históricas y sociales que van a reclamar su protagonismo en cualquier definición que alcancemos a dar. Si echamos la vista atrás, la historia nos presenta escenarios en los que el derecho de defensa no formaba si quiera, parte de las garantías del proceso penal. En el pasado más reciente, incluso el derecho de defensa se ha visto mermado en comparación con las garantías de la víctima, quien sí ha tenido y tiene desarrollado un estatuto propio. Y en la actualidad, la disyuntiva que se plantea abiertamente en sede policial es la siguiente: los cuerpos y fuerzas de seguridad del estado tienen en cierto modo, el monopolio de prevenir y detectar el delito e investigarlo cuando se comete; y los agentes jurídicos, dentro de los que hay que incluir jueces, fiscales y letrados, tienen la obligación de defender las garantías del procedimiento, unos porque forma parte de su función social, y otros porque están en juego los intereses de sus defendidos. Lo que ocurre, es que se tiende en sede policial, a sobrepasar determinados límites en aras a evitar y prevenir el delito, lo que socialmente resulta muy deseable; pero con la esperanza de que en sede judicial ya se repondrán las garantías vulneradas.

Buscando una definición del derecho de defensa lo más certera posible, nos gustaría jugar con la terminología que nos presenta la RAE, definiendo derecho. Una de las acepciones de derecho, en la RAE es: *Justicia, razón*. Sería oportuno decir por lo tanto, que un derecho es la razón de la justicia en el momento en que se está hablando. Por ello, el derecho de defensa, en términos sencillos será la piedra angular, la razón de ser de la justicia aplicable al detenido e investigado.

En la actualidad, es ya una cuestión fuera de toda discusión que el derecho de defensa se activa con respeto a un principio de inmediatez. El derecho de defensa debe activarse, inmediatamente, sin dilación alguna, en el momen-

to que la persona ve perjudicada su ajenidad a un proceso². No únicamente porque contra él se dirija un proceso judicial, sino también como consecuencia de haber sido perturbado en un determinado derecho que le es propio, y por tanto necesita la tutela de los juzgados para que se revise esa perturbación³. La inmediatez de la defensa persigue además acabar con prácticas hoy en día proscritas, como, por ejemplo, y citando a MARTI MINGARRO *«Hay que evitar que la confesión siga siendo como era antaño, regina probatorum, [...] Para evitar esas tentaciones se hace necesario que el inculpado sea en origen presunto inocente, y que no se le pueda obligar a declarar contra sí mismo, lo que a su vez comporta el derecho a no confesarse culpable. Todo esto configuraría el derecho de defensa como un auténtico escudo protector no frente a la acción de la justicia, sino frente a la tentación de ésta de enjuiciar y condenar sin la adecuada y plena contradicción desarrollada en un ámbito de igualdad de armas»*⁴.

Lo que interesa a este trabajo de investigación, es la defensa que se refiere a los investigados que se hallan detenidos. Por ello, para poder determinar el momento en que se activa ese derecho de defensa, debemos circunscribirlo a un principio de inmediatez por la propia naturaleza del derecho de defensa. Pero, además, debe adecuarse a este principio por los derechos que resultan vulnerados en la detención. ¿Qué mayor ataque por parte del Estado vamos a encontrar que la detención y la inclusión como investigado en un procedimiento penal? Por esta razón, parece obvio que en cuanto se informa a una persona de unos cargos, o de la existencia de determinadas actuaciones de investigación en que se pueda encontrar incurso, o incluso ante la mínima existencia de sospecha hacia esa persona, debe activarse el inescrutable mecanismo del derecho de defensa.

Opinamos en realidad que, ese último supuesto es el momento más exacto de poner en marcha el derecho de defensa. Es más, este derecho debería imperar en una práctica muy habitual en las comisarías de policía, y no del todo adecuada a derecho, como es la citación para “simplemente” declarar

² En el mismo sentido GIMENO SENDRA, V. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Pág. 196. «Dicho derecho es reclamable, no solo cuando se haya incoado un proceso penal, sino también incluso con anterioridad a dicho auto de incoación, esto es, cuando la policía haya atribuido a una persona su participación en un hecho punible y, por esa razón, la hubiera detenido preventivamente o cuando el Ministerio Fiscal abra unas “diligencias informativas” contra persona determinada. La Constitución garantiza también la “asistencia de Abogado al detenido en las diligencias policiales, en los términos que la ley establezca” (art. 17.3)».

³ GIMENO SENDRA, V. *Manual Derecho Procesal pena 2ª*. Pág 49: “*Tan derechos fundamentales son los del investigado a la libertad y de defensa, como el del perjudicado a la tutela judicial efectiva.*”

⁴ MARTÍ MINGARRO, L. (2010). *Crisis del derecho de defensa*. Madrid, Spain: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Págs. 26-27. Hay que interpretar con analogía estas palabras de Martí Mingarro, ya que no solamente hablamos de la confesión en el marco del interrogatorio mediante tortura, sino que, ampliando el concepto de la confesión, debemos incluir también aquellas conductas que lleva a cabo el detenido, motu proprio, con ausencia de su letrado, por no haber sido activado el derecho de defensa, y que le resultan igualmente perjudiciales.

sobre unos hechos, y que ineludiblemente suele conllevar la detención automática del citado. Es un ejemplo que nos da una idea, de hasta qué punto el derecho de defensa debe ejercitarse con inmediatez, a la vez que advierte de determinada tendencia a una mala praxis o una praxis viciada que podemos encontrar en el día a día⁵.

Podemos finalizar ya la misión de conceptualizar el derecho de defensa: podemos decir que es la razón de ser y el origen de las garantías procesales, de tal manera que si esta falla, fallan todas las demás, pero si las demás no se producen esta puede iniciarlas y ser el motor de arranque de las demás garantías procesales. No en vano debemos considerar el derecho de defensa como la puerta de acceso al proceso penal. En su mérito, se reconoce al investigado, por el hecho de serlo, potestad para recibir con inmediatez, *tan pronto como se le atribuya la comisión de un hecho punible*, el beneficio de la asistencia letrada, para que con acceso a la información que obra en el expediente, ambos, *abogado y patrocinado, efectúen los actos de alegación, prueba e impugnación que estimen necesarios en punto a hacer valer, con eficacia, el derecho fundamental a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente*⁶.

Para poder considerar esta una definición válida habrá que profundizar en lo referente a la forma en que se accede al proceso, pues debemos considerar otro de los elementos del derecho a la defensa, la información, el conocimiento de aquello que se imputa al investigado, y que en el caso del detenido alcanzará también los elementos que configuran la detención. Es decir, hay que profundizar en lo que se refiere al expediente, pero a esa tarea nos dedicaremos más adelante. Lo realmente relevante de esta definición no son los términos en que se define el derecho de defensa, sino todos aquellos elementos que se quedan fuera. Principalmente, todos los elementos que han de considerarse definitorios del resto de garantías y no propios de esta, por ejemplo: juez imparcial, con igualdad e independencia, a través del debido proceso, con contradicción, disponiendo de la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, y un largo etcétera que supondría citar palabra por palabra el propio artículo 24 de la Constitución Española.

La principal característica de este derecho es que *«permite a todo investigado acceder al proceso penal»*. No se trata de una intervención motu proprio, ni de una participación que por su activación genera el proceso penal,

⁵ Algo así ha escrito MARTÍ MINGARRO, en Crisis del Derecho de defensa, Marcial Pons, 2010: «En estas páginas se acotan algunos de los muchos temas que el conjunto del «droit de la defense» presenta: el sistema, notoriamente incumplido, de la citación para la primera declaración o de la forma en que se practican las detenciones, tan frecuentemente de manera «contra legem»; las agresiones a la presunción de inocencia; las dilaciones indebidas que no sólo generan indefensión, sino que significan una erosión directa del deber de preservación efectiva de la dignidad humana».

⁶ GIMENO SENDRA, V. *Manual de derecho procesal penal. 2a edición, 2018*. Madrid: Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, 2018. Pág. 181.

sino que este se ha iniciado ya, desde el momento en que recaen las sospechas sobre el investigado.

El otro de los elementos, la asistencia letrada, no debe considerarse una reclamación del investigado, sino más bien, una puesta a disposición del investigado, sobre todo del detenido, de la asistencia letrada, pues es práctica habitual, en el ámbito de la detención policial que no designando abogado de confianza, por no conocer en la mayoría de los casos, se le asigna uno de oficio o más bien de guardia, oficiando a los colegios a tal fin. Al fin y al cabo, los Derechos Fundamentales no necesitan ser ejercitados por sus sujetos pasivos, sino por el Estado que tiene la obligación de garantizarlos según dispone el artículo 9.3 de la Constitución Española, y por sus organismos que en última instancia deben respetarlos.

El Derecho Fundamental de esos dos elementos: información y asistencia letrada, que constituyen una vertiente eminentemente pasiva del derecho de defensa, requiere también o se configura a través de un aspecto activo que es la oposición, la lucha por vencer esa imputación y que se articulará a través de alegaciones, pruebas e impugnaciones oportunas, que no solamente buscarán justificar la inocencia del investigado, pudiendo ser que los hechos no constituyan ilícito penal, no exista responsabilidad penal del investigado o la misma goce de atenuantes de la culpa de este.

Dado que se pretende lograr sistematizar todas estas cuestiones respecto del detenido, es necesario acudir al catálogo que presenta el artículo 520.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: que no solamente prevé el acceso a la información del expediente como parte del derecho de defensa, sino también la información en su versión de notificación a un tercero, asistencia de intérprete a extranjeros o reconocimiento médico forense.

3. LA DETENCIÓN FRENTE AL DERECHO A LA LIBERTAD AMBULATORIA

Hasta ahora nos hemos planteado cómo se ejecuta, cómo se pone en práctica, en qué momento se activa el derecho de defensa y quiénes son sus agentes. Pero el ámbito en el que se desarrolla, dentro de este estudio el derecho de defensa, es en el marco de la detención, por lo que ahora una vez aclaradas las cuestiones respecto del derecho de defensa corresponde cuestionarse qué es la detención, cómo se articula, qué factores entran en juegos y qué cuestiones deben tenerse en cuenta para que la privación de libertad no vulnere determinadas garantías.

Quizá, la forma más sencilla de responder qué es la detención, sea a través de su antónimo: la libertad. Podemos decir que la libertad *«es el derecho a no estar sometido sino a las leyes, de no poder ser detenido, ni condenado a muerte, ni maltratado de ningún modo, por el efecto de la voluntad arbitraria de uno o varios individuos. Es para cada uno el derecho de dar su opinión, de escoger su industria y de ejercerla; de disponer de su propiedad, de abusar de*

ella incluso; de ir y venir, sin requerir permiso y sin dar cuenta de sus motivos o de sus gestiones. Para cada uno es el derecho de reunirse con otros individuos, sea para dialogar sobre sus intereses, sea para profesar el culto que él y sus asociados prefieren, sea simplemente para colmar sus días y sus horas de un modo más conforme a sus inclinaciones»⁷.

Sea como fuere, y más allá de la amplitud que responde al termino libertad, en el ámbito jurídico, *«la doctrina general define que la detención será toda aquella retención personal prolongada en el tiempo, derivada de una actuación ilícita del detenido, con total independencia del sujeto que la practique, la finalidad a la que obedezca o su naturaleza penal, administrativa o incluso civil de la que derive. En definitiva, la detención no es otra cosa que la privación de la libertad que hace una autoridad a una persona, dentro de los parámetros de la Constitución y la Ley»⁸.*

Sin embargo, no puede escapársenos el pequeño detalle, o error en la definición que se produce al introducir un factor subjetivo “actuación ilícita” en la propia definición. En primer lugar, porque implica dejar fuera la presunción de inocencia a la que el detenido tiene derecho, y en segundo lugar, porque implica prejuzgar, hasta sobrepasar los límites de derechos tan sensibles como la libertad, en una fase que en muchas ocasiones es incluso previa a la instrucción.

En este punto, es importante señalar las diferencias entre: un daño o perjuicio, cuya producción y realidad es fácilmente comprobable; y delito, ya que su determinación y su imputación a una persona concreta, es algo que se produce muy avanzado el procedimiento penal. Y, además, estamos también obviando que ni toda la existencia de un daño, conlleva la comisión de un delito, ni toda la comisión presunta de un delito, reviste la envergadura o gravedad suficiente como para justificar la detención. Hay que prever la concurrencia de dos elementos que harán acertada la detención, o cuanto menos proporcionada, por lo tanto, podemos concluir que, para detener a una persona, la autoridad que practica la detención debe tener pruebas de cargo suficientes para vencer tan prematuramente la presunción de inocencia de una persona, y la concurrencia de un alto riesgo de fuga⁹.

La detención personal constituye, en definitiva, una limitación del derecho de los imputados, con el único objeto de ponerlos a disposición judicial. Esto tiene lógica y lógica jurídica además, y es por esta razón que surge la limitación en el tiempo, con el límite máximo de 72 horas. No obstante, y

⁷ CONSTANT, B., *Sobre la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos*. Revista de Estudios Públicos N° 59, invierno de 1995.

⁸ RIVERO SANTANA, V. *Las garantías procesales de la detención. Marco conceptual de la detención*. Monografía asociada a revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal. N°. 36. Thomson Reuters. Aranzadi. 2021. Pag.11.

⁹ En estos términos, BRAMONT-ARIAS TORRES, L.M., *Manual de Derecho Penal. Parte General*. San Marcos, Lima, 2008. Pág. 446.

siendo estrictos, a disposición judicial se puede pasar a un detenido automáticamente, nada más se produce la propia detención. Entonces, lo que hay que analizar y lo que surge a tenor de esta consideración es, lo que realmente resulta problemático en la práctica: el tiempo que una persona se encuentra detenida en las dependencias policiales. En puridad, este es el tiempo que podemos considerar como verdadera detención, porque como dice GIMENO SENDRA la detención sirve a la autoridad judicial para disponer del investigado¹⁰. Entonces ¿qué sentido tiene el lapso de tiempo en el cual la detención se mantiene en dependencias policiales? Obviamente, en muchos casos la explicación se deriva de la propia carga de trabajo de los juzgados, aun existiendo el Juzgado de Guardia. Precisamente, ese lapso de tiempo entre el momento en que se produce la detención y la puesta a disposición judicial, es el que tiene que vigilarse que cumpla con el límite relativo: no pudiendo durar más del tiempo estrictamente necesario; y el límite temporal absoluto: no superar las 72 horas¹¹.

Lo que la realidad arroja sobre el tiempo en que la detención se mantiene en sede policial, es que ésta, reviste una auténtica apariencia de detención para investigación. En la que incluso, suele advertirse al detenido que si declara será puesto en libertad. También habría que sistematizar los motivos que subyacen en que unas detenciones se terminen sin pasar a disposición judicial, y otras no, pero esto excedería ya el tema de este trabajo.

Al final, como podemos ver, el verdadero quid de la cuestión, no es tanto que se permitan el derecho de defensa, o el ejercicio de determinadas garantías procesales al detenido, como que verdaderamente se produzca una tutela real del derecho a la libertad. Es decir, no es tanto cuestión de que una persona detenida tenga acceso a todas las garantías, como a que, esa persona no sea privada de libertad sino es con arreglo a los estándares rigurosos que permiten semejante ultraje a uno de los pilares del Estado Social y Democrático de Derecho: estricta necesidad, riesgo de fuga y limitación en el tiempo.

En definitiva, y bajo un prisma puramente personal, hay que considerar que la detención aun cuando se hace con arreglo a la ley, involucra valores tan sensibles que debe considerarse como el mayor de los agravios que el poder ejecutivo, a través de sus agentes, perpetra contra el imperio de la Ley, que en nuestros días es la base de una auténtica *pax romana*, valiéndose o quizá utilizando como pretexto, la *auctoritas* judicial; siendo por ello preciso una rigurosa diligencia por parte de todos los poderes intervinientes.

¹⁰ GIMENO SENDRA, V., Manual de derecho procesal penal. 2a edición, 2018. Madrid: Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, 2018.

¹¹ RIVERO SANTANA, V. *Las garantías procesales de la detención. Marco conceptual de la detención*. Monografía asociada a revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal. Nº. 36. Thomson Reuters. Aranzadi. 2021. Pag.15.

4. CONCLUSIONES

Existe en el Derecho Anglosajón, en el marco de las investigaciones en casos de terrorismo, y guardando relación con las pruebas resultantes de los servicios de inteligencia un concepto que resulta realmente interesante: es la idea de la sospecha y los distintos grados de esta¹². Es obvio que la seguridad ciudadana o la propia estabilidad nacional de un país, o incluso asuntos que por ser especialmente atroces y dañinos para la moral justifican determinadas conductas más restrictivas de los derechos de las personas. Pero no podemos obviar que los derechos, existen por una razón. Como decíamos al principio, debemos considerarlos la razón de ser de la Justicia. Si no exigimos el mayor de los respetos a los derechos que nos reconoce la Constitución iremos cediendo derechos que ha costado siglos conquistar. Es nuestro deber moral con este momento de la historia que vivimos, salvaguardar estos derechos que tenemos, y alcanzar otros mayores.

El derecho a la defensa y el derecho a la libertad están íntimamente ligados con la detención. Y como hemos determinado, la detención debe producirse en un entorno muy controlado en cuanto a límites y motivos. No debemos obviar, que el derecho a la defensa también actúa como un límite a la detención. Esto es así, porque la detención resulta tan perjudicial para el propio estado, que el ordenamiento además de poner límites temporales, pone a disposición del detenido, en régimen de gratuidad, una defensa técnica y especializada, a través de los abogados.

Resultaba relevante estudiar el derecho a la defensa y el derecho a la libertad para poder resolver las preguntas que hemos planteado previamente. Si no hubiéramos definido ese contexto, no podríamos comprender o entrar a valorar lo que la legislación plantea.

Tanto la legislación europea como la nacional reconocen que, en la línea que hemos definido, el derecho a la defensa pasa necesariamente por la adquisición de un conocimiento determinado. Si no fuera necesario ese conocimiento, carecería de sentido la figura del abogado, así como toda su labor en la fase previa al trámite judicial. La función del abogado trasciende incluso al estatus de detenido, porque podríamos decir que la labor letrada se plantea en unidad de acto. Desde su primera intervención hasta la última tendrá por objeto un mismo fin: una sentencia exculpatoria. Por lo tanto, la propia naturaleza del derecho de defensa requiere que la intervención letrada disponga de todos los elementos de la investigación¹³.

Por otra parte, y atendiendo a la naturaleza del derecho a la libertad, la detención requerirá que sea practicada con el respeto a todos los elementos que hemos visto anteriormente: límite temporal, estricta necesidad y riesgo

¹² PÉREZ GIL, J. El proceso penal en la sociedad de la información. Las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito. La Ley. 2012. Págs. 62-71

¹³ En términos similares, SIMÓN CASTELLANO, P. Presos sin condena. Límites y abusos de la institución cautelar al albur de la reforma de la LECrim. Thomson Reuters. Aranzadi. 2021. Págs. 189-224.

de fuga. El primer control que se hará de la legalidad de esa detención lo hará precisamente el letrado, quien a través de los elementos esenciales, podrá comprobar el cumplimiento de los requisitos necesarios de la misma. Ahora bien, es verdad que el procedimiento de *habeas corpus*, no requiere la asistencia letrada, pudiendo formularse por el propio detenido. Sin embargo, el supuesto de hecho que encontramos puede resultar redundante, ya que una persona detenida, por virtud del derecho a la defensa dispondrá de abogado que no solamente le ayude en la defensa, sino también en la impugnación de la detención si fuera necesario. Y en los supuestos en los que no se respete el derecho a la defensa, tampoco se atenderá en principio, al requerimiento de *habeas corpus* que formule el detenido. Pero este último caso, lejos de ser además, la regla general, nos desvía del objeto del trabajo.

La clave es determinar qué es el expediente y qué los elementos esenciales para impugnar la detención. El expediente, al menos en sede policial, es el compendio de los resultados de todas las diligencias de investigación practicadas: entrada y registro, muestras corporales, identificaciones, ruedas de reconocimientos, archivos de video y fotografías, etc. Todo aquello que obre en posesión de la autoridad que practique la detención, y que haya servido a los agentes policiales y/o judiciales para llegar a la conclusión de que, una persona concreta está involucrada en un hecho ilícito determinado. Obviamente deberá incluir también las identificaciones de quienes formulen acusación o testimonio alguno, la determinación, aunque sucinta de los elementos constitutivos del tipo penal y lugar y fecha de la comisión del mismo. No serían admisibles unas conclusiones elaboradas por la autoridad correspondiente sobre el resultado de las pruebas llevadas a cabo, sino que sería necesario que el letrado pueda observar la legalidad de la práctica de las mismas.

Por el contrario, los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención, comprenden otro tipo de documentación. Pero esto no resulta extraño. A la impugnación de la detención le interesará saber, cómo se ha producido esta, no la causa, que es lo que interesará por el contrario a la defensa. Es decir, lo que interesará en este punto, es todo aquello que ataca al derecho a la libertad: límite de tiempo, necesidad y riesgo de fuga, además de que la detención conste correctamente inscrita en los libros registro depositados en todas las Comisariías de Policías y puestos de la García Civil. También interesará a la impugnación de la detención que no se haya permitido informar a un familiar, una llamada telefónica, informar al consulado en caso de detención de extranjeros, que no se haya permitido la asistencia de un traductor, reconocimiento médico y por supuesto si se ha negado la asistencia letrada.

La relación entre estos tipos distintos de información es completamente independiente, engloba documentos distintos, finalidades distintas y si acaso, sí comparten principios, la defensa y la libertad, pero, porque como habíamos dicho, el derecho a la defensa actúa también como un límite a la detención. No se pueden supeditar una información a la otra, ni negar una porque se ha

facilitado la otra, ni alegarse que se entregarán en sede judicial, etc. Ambas documentaciones deben ser entregadas al abogado en el mismo momento en que este se persona en las dependencias policiales, para hacerse cargo de la defensa del detenido. Lamentablemente, la realidad es que no se facilita ninguna documentación en sede policial, y que cuando se reclama, la respuesta recibida, precisamente se refiere a esa denominación que tenemos que considerar nefasta, de “elementos esenciales de la detención”.

Decimos que nos encontramos ante una denominación nefasta, porque la legislación no recoge en ningún lugar qué debe considerarse *elementos esenciales de la detención*, sin embargo, la legislación contempla esta denominación en el marco del ejercicio del derecho a la defensa, entonces lo que suele surgir en sede policial, es un debate dialéctico, doctrinal incluso, sobre qué debe entenderse por elementos esenciales y qué es el ejercicio pleno del derecho a la defensa.

Al final, el legislador lo que ha provocado con esta denominación es una bifurcación sobre una documentación que, en cualquier caso, independientemente de la finalidad de la misma, debe ser entregada al abogado, porque a él debe entregársele el expediente completo, así como los elementos de la detención. Si se quiere utilizar esta denominación, habrá que definir qué es o para qué sirve al menos, sobre todo si se hace en el marco del derecho a la defensa. Aunque personalmente, la mejor solución a este doble sentido del derecho de defensa y de los elementos esenciales de la detención es cambiar la denominación, o simplemente, determinar de forma taxativa en la legislación que el abogado o el propio investigado detenido tiene derecho a la totalidad de la investigación practicada, porque la naturaleza del derecho a la defensa así lo determina; esta es nuestra propuesta de *lege ferenda*.

Pongamos el ejemplo de que existe una prueba de cargo que desconoce la defensa, toda la actuación que se practique será errónea y estará viciada, sin ser necesariamente nula, por falta de esa información. Esta cuestión no es nueva, ha surgido en todos los países y desde hace muchos años, como consecuencia de la prueba practicada por los servicios de inteligencia. Se reconoce la necesidad de que incluso esta prueba, debe ser facilitada a la defensa, con distintos grados de control y protección, y también con distintos grados respecto de la totalidad en que se pone a disposición, pero lo realmente relevante es que esa prueba se facilita, por lo tanto, en procedimientos en los que no interfiere la seguridad nacional, ni son temas de terrorismo, ni existen pruebas de los servicios de inteligencia, qué sentido tiene tanta privacidad del expediente. Nos referíamos al comienzo de nuestras conclusiones al Derecho Anglosajón, donde se marca la diferencia entre *sospecha honesta* y *sospecha razonable*. La última requiere una lógica cuanto menos razonable, justificable *a posteriori* sobre la necesidad de detención, mientras que la primera, se refiere a una sospecha genuina, casi intuitiva para permitir la detención, pero

limitada muy estrictamente, a casos de terrorismo, concretamente surgió en el marco de los ataques terroristas del IRA.

Como conclusión última, lo cierto es que el verdadero problema que se plantea en las detenciones en sede policial es que existe un enfrentamiento entre la labor de la policía y la labor del abogado. Ciertamente, es necesario reconocer la labor de nuestros cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado. Como decíamos antes es prácticamente a ellos a quienes corresponde en exclusiva la salvaguarda de la seguridad ciudadana y detectar el delito cuando existe y evitarlo cuando es posible, pero a nivel jurídico, atrapar a un delincuente no puede implicar convertirse en uno. Es necesario respetar las garantías que nos reconoce nuestro Estado Social y Democrático de Derecho porque, sin ellas las garantías de cualquier persona, delincuente o no, decaen. Si permitimos que se violen algunas garantías o algunos derechos o ya no tanto, simplemente que se perturben completamente o que se haga “la vista gorda respecto” a la exigencia de su cumplimiento, al final estamos admitiendo que el fin justifica los medios. Si el fin justifica los medios, la investigación en sí misma o el procedimiento penal, carecerán de valor en una sociedad que crea un procedimiento para no respetarlo, y también carecerá de utilidad porque al final, se impondrá un sistema de venganza y no de justicia. Obviamente la justicia además de ser muy difícil de definir no suele alcanzarse nunca, por qué no sigue el principio de la ley del talión, que satisface al agraviado, sino que va aderezada de una serie de derechos, de garantías y principios que, deben satisfacer a la sociedad y crear un paraguas de seguridad jurídica, y que son en sí mismos los que hacen que exista la justicia.

REFERENCIAS

- [1] GIMENO SENDRA, V. (2018). *Manual de derecho procesal penal. 2a edición*. Madrid: Castillo de Luna Ediciones Jurídicas.
- [2] GIMENO SENDRA, V. Manual de Derecho Procesal Penal. Pág. 196.
- [3] GIMENO SENDRA, V. Manual Derecho Procesal pena 2ª. Pág 49.
- [4] MARTÍ MINGARRO, L. (2010). *Crisis del derecho de defensa*. Madrid, Spain: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Págs. 26-27.
- [5] MARTÍ MINGARRO, L., en Crisis del Derecho de defensa, MARCIAL PONS, 2010. Pág. 11.
- [6] GIMENO SENDRA, V. Manual de derecho procesal penal. 2a edición, 2018. Madrid: Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, 2018. Pág. 181.
- [7] CONSTANT, B., *Sobre la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos*. Revista de Estudios Públicos N° 59, invierno de 1995.
- [8] RIVERO SANTANA, V. *Las garantías procesales de la detención. Marco conceptual de la detención*. Monografía asociada a revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal. N°. 36. Thomson Reuters. Aranzadi. 2021. Pag.11.

- [9] En estos términos, BRAMONT-ARIAS TORRES, L.M., *Manual de Derecho Penal. Parte General*. San Marcos, Lima, 2008. Pág. 446.
- [10] GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal. 2a edición, 2018*. Madrid: Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, 2018.
- [11] RIVERO SANTANA, V. *Las garantías procesales de la detención. Marco conceptual de la detención*. Monografía asociada a revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal. N°. 36. Thomson Reuters. Aranzadi. 2021. Pág.15.
- [12] PÉREZ GIL, J. *El proceso penal en la sociedad de la información. Las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito*. La Ley. 2012. Págs. 62-71.
- [13] SIMÓN CASTELLANO, P. Presos sin condena. Límites y abusos de la institución cautelar al albur de la reforma de la LECrim. Thomson Reuters. Aranzadi. 2021. Págs. 189-224.