

CONSULTA NUM. 1

DERECHO DE ASISTENCIA LETRADA AL DETENIDO: SU VIGENCIA Y CONTENIDO DURANTE LA INCOMUNICACION

I

Con la promulgación de la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, sobre los supuestos previstos en el artículo 55.2, de la Constitución, fueron cuestionados los efectos de la incomunicación de los detenidos como presuntos partícipes en cualesquiera de las figuras de delito enumeradas en su artículo 1.º, dos, y, en particular, si el derecho de asistencia letrada puede ser suspendido o eliminado en tales circunstancias por quienes están facultados para acordar la detención y la práctica de diligencias policiales. Transcurridos dos años de vigencia de la norma, la Consulta de V.E. se desenvuelve todavía sobre aquél mismo tema, dándose cuenta en ella de que en la práctica cotidiana viene actuándose como si el derecho de asistencia letrada quedara suspendido durante la detención. La causa que determina su Consulta está precisamente en no considerar tal interpretación ajustada a la legalidad, por entender que el derecho del detenido a la asistencia de Abogado durante las diligencias judiciales reconocido en el artículo 17.3, de la Constitución, se mantiene en su integridad esencial inclusive en las situaciones de suspensión individual de derechos fundamentales contemplada en la Ley de 1 de diciembre de 1980. En consecuencia, solicita directrices en su actuación sobre los siguientes extremos:

— El derecho de los detenidos en las dependencias policiales, a quienes se apliquen legalmente suspensiones de derechos fundamentales previstas en la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, a ser asistidos por Abogado, en los términos resultantes del artículo 17.3, de la Constitución, y preceptos concordantes.

— El deber de la Fiscalía de velar porque el citado derecho de defensa sea respetado en la forma legal, sin perjuicio de las demás funciones que le corresponde realizar en el marco de la Ley de 1 de diciembre de 1980, tanto en defensa del interés social como de los demás derechos del acusado.

II

Está reconocido en nuestro ordenamiento jurídico como uno de los derechos fundamentales de la persona, el derecho del detenido a la asistencia del abogado desde el instante mismo de la detención. En consecuencia, toda persona detenida, con independencia de su causa, es titular del derecho. En este sentido el artículo 17.3, inciso segundo, de la Constitución, expresa que «se garantiza la asistencia de Abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales». En la misma línea el artículo 24.2, también de la Constitución, establece que «todos tienen derecho... a la defensa y a la asistencia de Letrado».

Pero no todos los derechos reconocidos en la Constitución tienen el mismo rango. Existen derechos permanentes, que en ningún caso pueden perder su vigencia. Otros derechos sólo decaen si se declara el estado de sitio. En escala inferior se hallan los que pueden legalmente desconocerse durante el estado de excepción. Y, por último, están aquellos susceptibles de suspensión para determinadas personas sin necesidad de que se produzcan situaciones de anormalidad general.

Según se desprende del artículo 55.1, inciso segundo, de

la Constitución, el derecho reconocido en el artículo 17.3 —fundamentalmente el derecho de asistencia de Abogado al detenido— es pleno en situaciones normales; y conserva estas características en supuestos excepcionales, dado que únicamente es posible su suspensión tras la declaración del estado de sitio. Si permanece este derecho en toda su integridad, incluso cuando medie estado de excepción, bien puede decirse que el derecho de asistencia al detenido, abstractamente, carece de límites. Por el contrario, otros derechos que tienen menor entidad se extinguen con la declaración del estado de excepción. Y los de inferior categoría pueden estar suspendidos desde luego para las personas que realicen conductas delictivas integradas en actos de terrorismo. A esta última hipótesis se refiere el artículo 55.2, de la Constitución, cuando declara que una ley orgánica determinará los casos en que puedan ser suspendidos los derechos reconocidos en los artículos 17.2 (derecho a que la detención preventiva no exceda de 72 horas), 18.2 (derecho a la inviolabilidad del domicilio) y artículo 18.3 (derecho al secreto de las comunicaciones).

Pero el derecho de asistencia es simplemente reconocido en los artículos 17.3 y 24.2, de la Constitución. Se trata de un derecho pendiente de desarrollo postconstitucional. En consecuencia, si en la legalidad actual se quieren trazar las líneas fundamentales sobre su estructura y contenido, es forzoso acudir a la Ley 53/1978, de 4 de diciembre, que modifica determinados artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, apareciendo en el 520 reconocido *ex novo* este derecho en nuestro ordenamiento. Su regulación es incompleta y provisoria, pues aparte la declaración del artículo 17.3, de la Constitución, la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre (artículo 3.3, *in fine*) admite la falta de ordenación actual del derecho.

Dados los términos del artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, puede decirse que el derecho de asistencia nace con la detención, momento en que surge la legitimidad para designar Abogado. Mas el derecho puede

no pasar de la fase constitutiva por causas ajenas a su titular, pues no se completa con la mera solicitud de Abogado, sino con la presencia efectiva del Abogado en el lugar de custodia; y si a la solicitud de ejercicio del derecho han subseguido ocho horas sin comparecer el Abogado, el derecho caduca, se extingue, con la consecuencia de que el interrogatorio y las diligencias urgentes se practicarán en todo caso. Esto es lo que la Ley de Enjuiciamiento Criminal expresa en orden al nacimiento del derecho.

Ahora bien, si es cierto que el derecho de asistencia nace por el hecho de la detención y es titular de él cualquiera persona que esté detenida, se suscita la cuestión de si se extingue el ejercicio del derecho para los detenidos incomunicados. La tesis favorable a la suspensión del derecho durante la incomunicación, desde luego no cuenta en su apoyo con la Ley 11/1980, de 1 de diciembre. Al contrario, he aquí los argumentos favorables a la permanencia del derecho:

— De un lado, y en interpretación sistemática, porque tal ley se refiere a la suspensión de los derechos especificados en el artículo 55.2, de la Constitución, y el derecho de asistencia al detenido, con un régimen jurídico distinto, se menciona en el artículo 55.1. En consecuencia, la Ley 11/1980 no altera el régimen general del tratamiento de ese derecho.

— De otra parte, en un orden lógico, porque si la asistencia al detenido sólo decae como tal derecho cuando haya procedido la declaración del estado de sitio, en los demás casos subsistirá íntegro para sus titulares, en los términos que la Ley disponga.

— Pero es que incluso tras la valoración gramatical de la norma, debe llegarse al mismo resultado, pues si ciertamente puede ordenarse la incomunicación, ello es sin perjuicio del derecho de defensa que afecte al detenido y de lo que establezca la Ley en desarrollo del artículo 17.3, de la Constitución (artículo 3.3), esto es, el derecho de asistencia. La incomunicación se presenta, pues, como una facul-

tad compatible con el derecho de asistencia, pues una simple facultad discrecional no puede excluir el ejercicio de un derecho fundamental que tan sólo halla límites en el supuesto singular del estado de sitio.

— Otro argumento en favor de la permanencia del derecho de asistencia durante la incomunicación nos lo proporciona el distinto tratamiento que la incomunicación de los detenidos tenía en la derogada Ley de 4 de diciembre de 1978, sobre medidas en relación con los delitos cometidos por grupos organizados y armados, pues así como la Ley vigente sobre la materia —la 11/1980, de 1 de diciembre— marca de modo expreso las dos excepciones referidas a los derechos de defensa y de asistencia, en el artículo 2-3.º de aquella norma se establecía la facultad de incomunicación «sin perjuicio del derecho de defensa que asiste al detenido o preso». Bajo el imperio de esta Ley, anterior a la Constitución, en cierto modo estaba justificado que la incomunicación se estimara excluyente del derecho de asistencia. Ahora, ciertamente, la normativa es distinta y distintas deben ser las soluciones.

III

Justificada la permanencia del derecho de asistencia durante la incomunicación, es preciso señalar cuál será el contenido del derecho en tales circunstancias, pues si la incomunicación es impeditiva de cualquier tipo de relación directa con el Letrado, no presupone, sin embargo, la privación de la asistencia del Abogado, dado que a ésta es esencial un núcleo íntimo, ineludible e invulnerable.

1. El artículo 17.3, de la Constitución, garantiza, en relación con la asistencia letrada al detenido, un derecho cuyo contenido, forma de ejercicio y limitaciones —respetando su contenido esencial (art. 53.1.º)— no quedan establecidos en la norma fundamental, sino que son *deferidos* a «los términos que la Ley establezca»; y es lo cierto, que no habiéndose publicado tal Ley, hemos de atenernos a la le-

gislación pre-constitucional que reguló el derecho de asistencia letrada a detenidos y presos a través de la Ley 53/1978, de 4 de diciembre, que reformó, entre otros, los artículos 118 y 520 de aquella Ley Procesal.

Al entrar a analizar el contenido del derecho de asistencia letrada, tal como ha quedado configurado en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo primero que debe destacarse es que no puede independizarse del derecho de defensa. En efecto, hay que poner en relación sistemática los párrafos 3.º del artículo 520 y 1.º del artículo 118, para señalar que el detenido, desde el mismo momento de la detención, tiene derecho a nombrar Abogado para que le defienda y a solicitar su presencia en el lugar de custodia. Son pues, derechos íntimamente ligados, pudiendo decirse que, el derecho de asistencia forma parte del conjunto de los derechos y facultades que integran el derecho de defensa en sentido amplio —derecho a asistencia y defensa letrada, derecho a ser oído, a utilizar las pruebas pertinentes, a hacer uso de los recursos legales, etc.— y que ambas funciones pueden ser ejercitadas por un mismo Letrado.

En segundo lugar, hay que señalar que el derecho de asistencia letrada, tiene un doble contenido excedente de la simple presencia del Abogado y que se desarrolla en dos fases distintas y sucesivas:

a) Asistencia al interrogatorio del asistido, recabando la lectura del artículo 520 que contiene la declaración de sus derechos, e intervención, en su caso, en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Aunque la Ley no lo diga expresamente, es obvio que el Letrado asistente puede también velar y exigir que no sean violados los derechos y libertades de su asistido, salvo aquéllos que estén afectados por la detención.

b) Con posterioridad a ser prestada la declaración a que haya asistido o a la constancia de que el detenido o preso hace uso de su derecho de negarse a declarar, la asistencia letrada pueda resolverse en una entrevista perso-

nal entre Letrado y asistido en la que el primero podrá asesorar o informar al segundo lo que estime oportuno para su defensa.

Parece desprenderse de esta distinción que en la primera fase la posición del Letrado es meramente garantizadora de los derechos de su defendido, mientras que la segunda constituye un verdadero ejercicio de la facultad de asesoramiento, consejo y guía. Igualmente resulta que sólo en esta segunda fase hay una auténtica comunicación entre el Letrado y el detenido o preso, mientras que la primera es compatible con una incomunicación o relación personal entre uno y otro. Parece también que la *ratio legis* de tal distinción radica en la conveniencia de que no se desvirtúe la espontaneidad de la declaración del detenido, si es que desea prestarla voluntariamente.

2. Analizando el núcleo de la Consulta, esto es si la incomunicación que del detenido o preso pueda acordarse afecta o no al derecho de asistencia letrada, y en el primer caso de qué modo le afecta, hemos de señalar que, en efecto, tras la reforma de la Ley 53/1978, continúa subsistiendo la posibilidad de prohibir la comunicación entre Letrado y defendido. Estos son los puntos básicos que contribuyen a esta tesis.

a) Los propios términos de la nueva redacción del artículo 520, cuyo último párrafo somete las disposiciones del precepto a lo establecido en el Capítulo III, Título VI, Libro II, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esto es, al régimen de la prisión provisional y los acuerdos de incomunicación (artículos 505, párrafo último, 506, 507, 508, 509, 510 y 511).

b) La especial inclusión que el artículo 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal hace de *todos los beneficios* expresados en el capítulo que se inicia en el artículo 520, a los detenidos o presos «mientras se hallaren incomunicados», sin que quepa hacer distinción entre los diferentes derechos que al detenido o preso se le reconocen en tal

capítulo, pues el artículo 527 no establece excepciones ni distinciones.

c) La literalidad del artículo 523, *in fine*, que, a *contrario sensu*, reconoce que puede impedirse la relación entre el Abogado defensor y el detenido o preso, mientras estuviere incomunicado. Si puede prohibirse lo más —relación con el Letrado defensor— puede impedirse lo menos —relación con el Letrado asistente— máxime cuando ambas figuras pueden y suelen estar encarnadas en una misma persona.

3. Establecidos estos presupuestos, hay que analizar hasta qué punto la publicación de la Constitución de 1978 pudo incidir en la interpretación del artículo 520 y en la posible exclusión de la asistencia letrada por los acuerdos de incomunicación.

Es evidente que al garantizar el artículo 17.3, de la Constitución, la asistencia letrada al detenido «en los términos que la Ley establezca», y a falta de tal ley hay que acomodar la interpretación del artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al espíritu y finalidad de aquel precepto (artículo 3, 2.º, del Código Civil). Pero esa acomodación es posible y ha de hacerse, de un lado, manteniendo en su máxima integridad la Ley 53 de 1978 —pues es impensable que las Cortes pretendieran derogarla en su misma esencia a los pocos días de su aprobación— y de otro, conservando el núcleo del derecho de asistencia letrada —su «contenido esencial» como dice el artículo 53.1, de la Constitución— de forma que se haga compatible su ejercicio con los fines protectores de la eficacia investigadora y evitación de filtraciones o colusiones, que sirven de fundamento a la incomunicación. Para ello basta con distinguir perfectamente las dos fases de la asistencia letrada que antes destacábamos, reconociendo la posibilidad de autorizar o mantener el ejercicio del derecho en la fase de presencia y garantizadora, que no precisa de la relación personal y comunicación con el detenido o preso; y de impedir, en cambio, la otra fase de entrevista y asesoramiento, que por implicar relación o comunicación personal, vulneraría el

acuerdo de incomunicación, y puede ser excluida por un acuerdo conforme al artículo 503 citado.

En consecuencia, parecen ajustadas las siguientes conclusiones al contenido esencial de la Consulta:

1.^a El detenido o preso incomunicado, tanto en el ámbito de la Ley 11 de 1980, como en el de los procedimientos ordinarios, conserva su derecho de asistencia letrada, pero ésta sólo puede ser prestada en los términos de presencia a la declaración, asistencia a reconocimientos y exigencia de que se cumplan y respeten los derechos de su asistido, de forma que no se rompa la incomunicación ni se establezca relación personal y directa entre Letrado y asistido. Puede quedar, por el contrario, impedido por la incomunicación el derecho del detenido o preso a entrevistarse con su Letrado tras prestar declaración o hacer expreso uso de su derecho a no declarar.

2.^a El Fiscal, tanto por su función específica de velar por el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas (artículo 3-3.º del Estatuto) y promover la defensa de la legalidad (art. 124.1 de la Constitución), como por el llamamiento específico que a sus competencias hace el artículo 3-2.º, párrafo 2.º, de la Ley 11 de 1980, debe procurar que el derecho constitucional de asistencia letrada al detenido o preso se cumpla siempre y, particularmente, en las situaciones de prolongación de detención que dicha norma autoriza, en los términos que quedan anteriormente concretados.

Madrid, 17 de enero de 1983.

Excmos. e Ilmos. Sres. Fiscales de las Audiencias Territoriales y Provinciales.