

## **Consulta 2/2003, de 18 de diciembre, sobre determinados aspectos de la asistencia letrada al detenido.**

### **I. Introducción y delimitación metódica**

La Fiscalía consultante plantea, en relación a la asistencia letrada al detenido, varios problemas en cuanto a su extensión y efectos. Concretamente se cuestiona a) si es preceptivo que el Letrado esté presente en la información de derechos al detenido; b) si es preceptiva la asistencia letrada aun cuando el detenido manifieste su deseo de no declarar en sede policial y c) si tiene el detenido derecho a la entrevista reservada con el letrado aun cuando se haya acogido a su derecho a no declarar en Comisaría.

La respuesta a la cuestión suscitada hace aconsejable el empleo de un criterio casuístico que, a la vista de las soluciones alumbradas en el ámbito jurisprudencial, proporcione una solución unitaria susceptible de ser defendida por el Ministerio Fiscal. De ahí la conveniencia de que, con carácter inicial, se efectúen algunas consideraciones sobre el derecho a la asistencia letrada reconocido al detenido a la luz de la normativa internacional, constitucional, legal y de la doctrina del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo. Ocioso resulta recordar que la falta de uniformidad de la jurisprudencia penal hace no descartable la existencia de pronunciamientos aislados, ajenos a una línea jurisprudencial mayoritaria y por tanto consolidada. Es ésta la que ha de centrar el interés del Ministerio Fiscal y la que, como tal, va a ser asumida en la interpretación de la cuestión sometida a consulta.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 diciembre de 1966, ratificado por Instrumento de 27 abril 1977, en su art. 9 regula los derechos del detenido sin que se incluya el de asistencia letrada. Idéntica reflexión cabe realizar respecto del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 que proclama en su art. 5 el derecho a la libertad, señalando los derechos del detenido preventivamente, entre los cuales tampoco incluye el de asistencia letrada.

Por tanto y como ha subrayado el TC en materia de asistencia letrada al detenido, nuestra Constitución es más amplia y generosa, al menos explícitamente, que dichos textos internacionales.

El art. 17.3 CE garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales, en los términos que la ley establezca.

En nuestra CE hay por tanto un reconocimiento de esa asistencia letrada, aunque en cuanto al contenido concreto se remite a la ley.

El desarrollo legislativo del art. 17 CE lo encontramos fundamentalmente en el art. 520 LECrim, en su redacción dada por el art. único de la Ley Orgánica 14/1983, de 12 diciembre, que en lo que ahora interesa dispone en su apartado 2 lo siguiente:

«Toda persona detenida o presa será informada, de modo que le sea comprensible, y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten y especialmente de los siguientes:

c) Derecho a designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si el detenido o preso no designara Abogado, se procederá a la designación de oficio.

Más adelante, en su apartado 6 establece:

La asistencia del Abogado consistirá en:

a) Solicitar, en su caso, que se informe al detenido o preso de los derechos establecidos en el número 2 de este artículo y que se proceda al reconocimiento médico señalado en su párrafo f).

b) Solicitar de la autoridad judicial o funcionario que hubiesen practicado la diligencia en que el Abogado haya intervenido, una vez terminada ésta, la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica.

c) Entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido».

No está de más recordar el nuevo tipo contenido en el art. 537 CP, que pone sin duda de relieve la gran importancia que para nuestro ordenamiento tiene el escrupuloso respeto de los derechos de la persona privada de libertad. Dicho precepto castiga a la autoridad o funcionario público que impida u obstaculice el derecho a la asistencia del abogado al detenido o preso, procure o favorezca la renuncia del mismo a dicha asistencia o no le informe de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de sus derechos y de las razones de su detención.

## **II. El derecho de asistencia letrada: su dimensión constitucional**

La STC 196/1987 de 11 de diciembre declara que la asistencia letrada prevista en el art. 17.3 de la Constitución y reconocida al «detenido» en las diligencias policiales tiene un contenido distinto, como garantía del derecho a la libertad, al contenido de la asistencia letrada reconocida en el art. 24.2 de la Constitución en el marco de la tutela judicial efectiva con el significado de garantía del proceso debido.

De este distinto enfoque extrae el TC la conclusión de que aunque en nuestra Constitución se reconoce expresamente el derecho a la asistencia letrada tanto «al detenido» como al «acusado», se hace en distintos preceptos constitucionales garantizadores de derechos fundamentales de naturaleza claramente diferenciada por lo que esta doble dimensión «impide determinar el contenido esencial del derecho a la asistencia letrada en una lectura y aplicación conjunta de los citados arts. 17.3 y 24.2 de la Constitución» (STC 188/1991, de 3 de octubre).

El TS sigue esta línea de delimitación de derechos y en su sentencia 1151/2002, de 19 de junio declara que el derecho a la asistencia letrada, reconocido en los arts. 17.3 y 24.2 CE,

no puede ser interpretado unitariamente por la diversa función que la garantía cumple en atención al bien jurídico protegido. El art. 17.3 reconoce este derecho al detenido en las diligencias policiales y judiciales como una de las garantías del derecho a la libertad, mientras que el art. 24.2 lo hace en el marco de la tutela judicial efectiva como garantía del proceso debido a todo acusado o imputado.

#### a) Asistencia letrada al detenido

A la hora de la determinación del contenido esencial de este derecho fundamental en el supuesto de detención en primeras diligencias policiales, el TC declara que la finalidad de esta asistencia consiste en «asegurar, con su presencia personal, que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio, así como sobre su derecho a comprobar, una vez realizados y concluidos con la presencia activa del Letrado, la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presenta a la firma.» (SSTC 21/1997, 196/1987 y 252/1994).

El TS precisa que la función del Letrado en este ámbito es la de ser «garante de la integridad física del detenido, y de evitar la autoinculpación por ignorancia de los derechos que le asisten» (STS 252/1994 de 19 de septiembre).

A la hora de concretar la extensión de la asistencia letrada al detenido, debe partirse como principio general de que la garantía de la libertad personal que subyace al art. 17.3 CE «no alcanza a imponer la asistencia letrada en los términos y con la intensidad propios de un proceso en curso» (STC 252/1994, de 19 septiembre).

Siguiendo estas pautas y del examen de la jurisprudencia del TS, puede concluirse que la asistencia del Letrado no es exigible en los siguientes actos procesales: a) en las declaraciones de otros coimputados a los que no asiste profesionalmente; b) declaraciones de los testigos; c) actos de imputación a terceros por parte del detenido (STS 1737/2000, 15 de noviembre); d) exploración radiológica del detenido (en el caso analizado concurría autorización judicial para la práctica de tal diligencia); d) prueba de alcoholemia (STS 590/2000, de 8 abril); e) cuando se trata «ab initio» del reconocimiento fotográfico de un posible delincuente que aún no ha sido concretado en su identidad (STS 1479/1999, de 19 octubre); f) en el registro practicado en el domicilio del acusado cuando todavía no se le imputa delito alguno (STS 847/1999, de 24 mayo, con cita de otras muchas, SSTC de 17 de febrero de 1998, 23 de octubre de 1991, 4 de diciembre de 1992, 17 de marzo de 1993 y 8 de marzo y 7 de diciembre de 1994).

Delimitando las facultades del letrado, la STS 1283/2000, de 12 de julio declara que la pretensión de obtener copia de todo el atestado puede incidir negativamente en la investigación, que en ese momento inicial puede afectar a otras personas u otros delitos. Lo que realmente importa y tiene relevancia constitucional es el conocimiento de la acusación que se formula contra una persona a los efectos del derecho de defensa, siendo suficiente en ese momento... con tener conocimiento de la causa de la detención, delito que se le imputa y lectura de derechos, copia de la declaración y derecho a solicitar una nueva y de hacer las observaciones que estime convenientes y a la entrevista reservada entre el letrado y el detenido... y sin perjuicio de ejercitar los derechos que en la fase instructora propiamente

dicha le otorgan los arts. 118 y 302 LECrim. En todo caso, como expresamente reconocía la Circular 2/1995, de 22 noviembre de la Fiscalía General del Estado, exigencias elementales del derecho de defensa imponen que el letrado y demás partes puedan tomar vista, antes de la audiencia del art. 504 bis.2, de las actuaciones practicadas hasta ese momento (art. 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Tan sólo si ha recaído una declaración judicial de secreto en los términos previstos en el art. 302 decaerá ese derecho.

Por contra, además de la necesaria presencia del Letrado en la declaración del detenido y en las diligencias de reconocimiento de identidad, expresamente mencionadas en el art. 520 LECrim, la STS 2032/2001, de 5 de noviembre (siguiendo el mismo criterio de otras, como las STSS 5 y 16 de mayo de 2000 y 14 de noviembre de 2000) añade la necesidad de asistencia letrada para que un detenido pueda manifestar su consentimiento de que se proceda a la entrada y registro en su domicilio sin que sea precisa la autorización judicial, fundamentándolo en que «las razones...sobre el alcance de la asistencia letrada en las diligencias policiales son perfectamente extensibles al caso que nos ocupa, ya que tal autorización o consentimiento es igual o incluso más trascendente que la propia declaración». Esta misma doctrina se ha aplicado a la necesidad de asistencia letrada para que un detenido pueda manifestar su consentimiento para que se proceda a la apertura en sede policial de correspondencia y paquetes (STS 409/1999, de 8 marzo). Este criterio es seguido por la STS 1061/1999, de 29 de junio que fundamenta esta exigencia en base a que «el consentimiento prestado por el detenido, se halla viciado al no gozar de las necesarias notas de libertad y autonomía que concurren cuando se dan circunstancias de signo distinto... la asistencia de Letrado es, en todo caso, decisiva para la validez de una toma de postura del detenido, que afecte a sus derechos fundamentales y que pueda comprometer seriamente su defensa». Esta resolución llega a establecer que la exigencia de asistencia letrada al detenido «es por tanto extensible y ampliable a toda disposición sobre derechos fundamentales»

#### b) Presencia del Letrado en la instrucción de derechos

La presencia del Letrado en la diligencia de instrucción de derechos en sede policial no puede considerarse como preceptiva. La STS 1098/1999, de 9 de septiembre, con cita de la STS de 22 de noviembre de 1994 declara al respecto que «no se ocasionó vulneración del derecho de defensa ni indefensión... por no hallarse asistidos de Letrados en las diligencias de información de derechos... puesto que la jurisprudencia de esta Sala ha entendido que no es necesaria la presencia de Letrado en tales actos instructorios, lo que es obvio, ya que si los inculcados hubiesen tenido que estar asistidos de abogado en tales diligencias de información, no tendría sentido que en las mismas se les instruyera de su derecho a tal asistencia jurídica».

A los argumentos del TS debemos añadir nosotros que cuando el art. 520 LECrim regula el contenido de la intervención del Letrado y especifica como una de sus facultades la de solicitar, en su caso, que se informe al detenido o preso de los derechos, al introducir el inciso en su caso el legislador parte de que puede haber tenido ya lugar la instrucción de derechos, plena, ajustada a Derecho, válida y eficaz y sin presencia del Letrado. La solicitud de éste habrá de entenderse referida a los supuestos en los que, bien no se haya practicado la instrucción antes de su intervención, bien aun habiéndose practicado, el Letrado entienda que debe realizarse de nuevo porque no se ha hecho correcta o íntegramente o porque el detenido no los ha comprendido en su integridad.

Como primera conclusión, pues, puede sentarse el principio general de que no es necesaria la presencia del Letrado en la diligencia de instrucción de derechos, sin perjuicio de que dentro de sus facultades entre la de promover la repetición de la práctica de la misma.

c) La negativa a declarar del detenido expresada en dependencias policiales

En relación con el punto relativo a si es precisa la asistencia letrada en Comisaría en los supuestos en los que el detenido no quiere declarar, claramente hemos de inclinarnos por la respuesta positiva, toda vez que en el espíritu del art. 17 CE y del art. 520 LECrim late el objetivo de que el detenido esté asistido de Letrado en Comisaría con independencia de que quiera o no declarar.

Conforme a los pronunciamientos del TC y del TS analizados *supra*, la asistencia letrada al detenido está conectada funcionalmente, entre otras, con la finalidad de asegurar, con su presencia personal, que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que la integridad física del mismo sea en todo caso respetada. Esta finalidad concurre por el mero hecho de la detención, con independencia de que el detenido desee o no prestar declaración, teniendo pleno significado aun cuando no vayan a practicarse en sede policial diligencias de investigación.

La mayor parte de las funciones que el art. 520.6 LECrim asigna al Letrado, -solicitar, en su caso, que se informe al detenido o preso de los derechos y que se proceda al reconocimiento médico, solicitar la consignación en el acta de cualquier incidencia- responden a cometidos no conectados con la prestación de declaración, por lo que aun no teniendo lugar ésta, pueden seguir siendo necesarias aquellas.

El nuevo art. 767 LECrim introducido por Ley 38/2002, de 24 octubre refuerza esta tesis, pues expresamente declara que desde la detención... será necesaria la asistencia letrada. La Policía Judicial, el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial recabarán de inmediato del Colegio de Abogados la designación de un abogado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado.

Es, por tanto, la detención y no la diligencia de declaración del detenido, la que impone la necesidad de contar con la asistencia de un Letrado en sede policial.

d) Entrevista reservada del detenido con su Letrado

La Ley 38/2002 zanja una vieja polémica acerca de la capacidad del Letrado para entrevistarse reservadamente con su cliente con anterioridad a su declaración en Comisaría. Los trabajos preparatorios de aquel texto legal reflejan la voluntaria exclusión de lo que en el proyecto se proclamaba de forma expresa, esto es, la posibilidad de esa entrevista previa que ahora, sin embargo, sólo se admite en sede judicial (cfr. art. 775). Pese a todo, todavía subsisten algunas dudas interpretativas que aconsejan algunas precisiones.

En efecto, la STS 1500/2000 de 4 de octubre declara que no se deduce de la ley la existencia de un derecho del Letrado a entrevistarse con sus clientes antes de la toma de declaración en Comisaría, sino después al término de la práctica de la diligencia en que hubiese intervenido. En este mismo sentido, la STS 539/1998 de 11 de mayo declara que en modo

alguno puede confundirse el derecho a la asistencia letrada, previsto y regulado en el art. 520 de la Ley Procesal, con el derecho a una preparación con el Letrado de la declaración a prestar.

Por tanto, es claro que no está reconocido el derecho a una entrevista reservada previa a la declaración policial. Así fue también entendido en la Circular 1/2003, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado.

Tras la práctica de esta diligencia, aunque el detenido se haya acogido a su derecho a no declarar en Comisaría y por tanto, aunque la misma haya quedado frustrada materialmente, debe reconocerse este derecho a la entrevista reservada con el letrado.

El detenido tiene ese derecho a la entrevista reservada porque así se lo reconoce el art. 520 LECrim, que literalmente se refiere a entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido.

La LECrim no hace distinciones sobre el resultado de la toma de declaración como condicionante del derecho o no a la entrevista reservada, debiendo por tanto el intérprete seguir el brocardo recogido por Azón: *si lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. La diligencia de declaración llega a término tanto cuando el detenido declara como cuando éste manifiesta su deseo de no declarar.

Por lo demás, este punto ya fue objeto de la Consulta 4/1985, de 20 de mayo de la Fiscalía General de Estado, que llegó a esta misma conclusión considerando que a los efectos prevenidos en el art. 520, 6, c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el acta en que se recoja la manifestación del detenido de no querer declarar debe considerarse como diligencia practicada, por lo que inmediatamente después de ella puede entrevistarse reservadamente con el letrado designado o nombrado de oficio.

Este mismo criterio también se siguió con anterioridad en la Consulta de la Fiscalía General de Estado 17 de enero de 1983, sobre «Derecho de asistencia letrada al detenido: su vigencia y contenido durante la incomunicación».

Como argumentos que refuerzan los contenidos en las referidas Consultas parece claro que cuando el legislador quiere excluir este derecho a la entrevista reservada (*odiosa sunt restringenda*), lo dice de forma expresa, y así lo hace en relación con el detenido incomunicado (art. 527 LECrim).

Podría contra argumentarse que escudándose en esta interpretación el detenido puede conseguir el objetivo de preparar su declaración antes de prestarla, pues efectivamente, ante el Juzgado de Instrucción ya podrá estar «aleccionado». Sin embargo, una vez cerrado el atestado, el legislador renuncia a impedir esta estrategia defensiva, permitiéndola expresamente tal como se deduce del nuevo art. 775 apartado 2 LECrim, modificado por la Ley 38/2002, de 24 octubre que dispone que «en la primera comparecencia el Juez informará al imputado, en la forma más comprensible, de los hechos que se le imputan... Tanto antes como después de prestar declaración se le permitirá entrevistarse reservadamente con su Abogado, sin perjuicio de lo establecido en el apartado c) del art. 527».

Por tanto, háyase o no prestado declaración en Comisaría, el detenido puede entrevistarse con su Letrado en el Juzgado antes de prestar declaración. En definitiva, el efecto práctico es el de que, clausurada la fase de declaración en sede policial y sea cual sea su resultado, es admitida la entrevista reservada.

En todo caso, debe recordarse que para los supuestos en que sea legalmente procedente con el fin de evitar posibles efectos perturbadores de la entrevista reservada, cabrá acordar la incomunicación, conforme a lo dispuesto en los arts. 509 y 501 LECrim, reformados tras la reciente LO 15/2003, de 25 de noviembre, 520 bis y con los efectos del art. 527 LECrim.

## CONCLUSIONES

Coincidiendo con las conclusiones aportadas por la Fiscalía consultantes, debe afirmarse que:

1º No es preceptiva la presencia del Letrado del detenido en la diligencia de instrucción de derechos en sede policial sin perjuicio de que el mismo pueda promover su repetición.

2º En caso de detención se impone la necesidad de contar con la asistencia de un Letrado en sede policial, aun cuando el detenido haya manifestado su intención de no declarar.

3º El detenido, salvo en los supuestos de incomunicación, puede entrevistarse reservadamente con su Letrado, tras su declaración policial o tras su negativa a declarar debidamente documentada.