

CONSULTA NUM. 4/1985

ASISTENCIA LETRADA AL DETENIDO NO INCOMUNICADO: EL NACIMIENTO DEL DERECHO A LA ENTREVISTA RESERVADA

I

Dos actitudes esencialmente contrapuestas han surgido entre quienes integran la plantilla de esa Fiscalía, ante la interpretación del artículo 520, 6, c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, redactado según la Ley orgánica 14/1983, de 12 de diciembre, por lo que se eleva Consulta con el propósito de lograr un criterio uniforme de actuación dada la trascendencia de la problemática planteada. El precepto en cuestión dice que «la asistencia del Abogado consistirá en entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido». Y el hecho, causa de la Consulta, está redactado así: «Si en el caso de que un detenido se niegue a declarar ante la Policía Judicial y se extienda diligencia de ello con intervención de Abogado, puede entenderse que ha existido una *práctica de diligencia* a que se refiere el párrafo c) del apartado 6 del artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y, en consecuencia, si está facultado el Abogado para entrevistarse reservadamente con el detenido al término de dicha diligencia.»

En línea de síntesis, y en torno al término legal de *diligencia practicada*, legitimador del derecho a la entrevista reservada del Abogado con el detenido, se han empleado argumentos de distinta naturaleza en defensa de las tesis respectivas.

A) Algunos de los componentes de esa Fiscalía piensan que la Ley autoriza al Abogado para entrevistarse reservadamente con el detenido sólo cuando éste haya prestado declaración ante la Policía Judicial. A esta conclusión conducen las consideraciones siguientes:

a) Una interpretación lógica y gramatical del artículo 520, 6, apartados b) y c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

b) La asistencia letrada está encaminada a la tutela de los derechos del detenido, pero en ningún caso puede amparar la obstrucción de la Justicia en cuanto ésta es un bien jurídico superior, por lo que la facultad de entrevistarse del artículo 520, 6, c) debe dilatarse hasta que el detenido quiera declarar o al menos hasta que comparezca ante el Juez y se intente obtener su declaración, pues si persiste en su actitud negativa, el Juez puede acordar su incomunicación para evitar actitudes entorpecedoras de la investigación; y si el Juez acuerda la incomunicación habiéndose permitido antes la entrevista reservada se habría infringido el artículo 527 apartado c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

c) La entrevista del Abogado con el detenido que se niega a declarar ante la Policía Judicial puede constituir un fraude de ley, pues, en ocasiones, a través de aquélla los presuntos delincuentes consultarían previamente con el Abogado sobre lo que conviene declarar y también utilizarían tal vía para transmitir avisos o medios obstaculizados de la investigación.

Como consecuencia, se pretende que la actitud del Ministerio Fiscal debería ser esta: en el supuesto de que el detenido se niegue a declarar ante la Policía Judicial debe oponerse a que el Abogado se entreviste reservadamente con el detenido, pero puesto éste a disposición judicial y una vez que por el Juez se le reciba declaración —aunque se negare a prestarla— el Abogado puede entrevistarse salvo que se acordase la incomunicación.

B) Otros creen que aún en el caso de que el detenido

se niegue a declarar ante la Policía Judicial, es aplicable el artículo 520, 6, c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que reconoce el derecho del Abogado a entrevistarse con el detenido. He aquí las razones de esta otra dirección:

a) La negativa a declarar por parte del detenido debe considerarse como diligencia practicada, y ello tanto si se produce ante la Policía Judicial como ante el Juez, pues es suficiente con que se invite o exhorte a declarar extendiéndose el acta correspondiente después en la que se haga constar tal negativa a declarar.

b) En todos los casos en que el detenido se niegue a declarar debe considerarse que el Letrado no ha intervenido en la declaración, pero sí en la diligencia de declaración, siendo bastante esa presencia física para que surja el derecho reconocido en el artículo 520, 6, c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

c) El fin de la negativa a declarar de quien luego puede entrevistarse con un Letrado no es necesariamente un fraude, porque, después, si se acuerda la prisión del detenido también está en condiciones de recibir visitas y celebrar entrevistas, aunque no reservadas, con su Abogado, y si llega a ser inculcado o procesado, la entrevista tendrá igualmente lugar antes de declarar ante el Tribunal juzgador.

II

Todas las personas tienen derecho a la asistencia de Letrado (artículo 24,2. de la Constitución), y hallándose detenidas se les garantiza, además, esa asistencia en las *diligencias policiales y judiciales* que se practiquen (artículo 17,3 de la Constitución), entre las que, en forma expresa, se encuentran las *diligencias de declaración* (artículo 520, 2, c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según Ley orgánica 14/1983, de 12 de diciembre); pero el detenido asistido, en cualquier momento —también por tanto,

cuando esté presente su Letrado— puede ejercitar su derecho a no declarar (artículos 24,2. de la Constitución y 520,2, a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal); esta situación de hecho negativa es capaz, sin embargo, de originar una *diligencia de declaración*, porque en este término debe incluirse tanto la declaración o manifestación de voluntad del detenido, como el acta redactada tras su comparecencia en la que se haya hecho constar la negativa a declarar. En consecuencia, a los efectos prevenidos en el artículo 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.

III

La anterior conclusión que, en definitiva, es resolutoria de la Consulta, en cuanto afirma que el derecho a la entrevista reservada permanece sin límites aunque no haya mediado una efectiva declaración del detenido, cuenta con precedentes.

— De un lado, la Ley preconstitucional 53/1978, de 4 de diciembre, que modificó, entre otros, el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, disponía en el párrafo cuarto de éste que «Si el detenido o preso se niega a declarar aun en presencia de su Abogado, se consignará tal decisión en las actuaciones. *Tanto si hubiere prestado declaración como si se hubiere negado a declarar, podrá entrevistarse después personalmente con el Abogado siempre que lo desee*».

— De otra parte, está la Consulta de esta Fiscalía General del Estado de 17 de enero de 1983 sobre «Derecho de asistencia letrada al detenido: su vigencia y contenido durante la incomunicación». Entre otras cosas se afirma en ella lo siguiente:

«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 detenido, 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 aquellos 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 puede resolverse en una entrevista personal entre Letrado y asistido en la que el primero podrá asesorar o informar al segundo lo que estime oportuno para su defensa.»*

— Y es, además, la única interpretación que se acomoda al espíritu y a la letra de la Ley orgánica 14/1983, de 12 de diciembre. En efecto, que el detenido no incomunicado —supuesto concreto a que se refiere el núcleo central de la Consulta— debe ser titular del derecho a entrevistarse con el Letrado antes de que haya prestado una efectiva declaración en las diligencias tramitadas, se extrae de las siguientes razones:

El artículo 17.3 de la Constitución garantiza la asistencia de Abogado al detenido «en los términos que la ley establezca», y la ley —la orgánica 14/1983, de 12 de diciembre— establece, refiriéndose al detenido o preso no incomunicado, que forma parte del contenido de este derecho de asistencia la entrevista con Letrado al término de la diligencia practicada con su intervención (artículo 520, 6, c), de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Es notorio que para el detenido o preso incomunicado, el derecho de asistencia tiene un radio menor, pues se elimina de él la entre-

vista con su Abogado al término de la diligencia practicada (artículo 527, c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Pues bien, si el derecho a la asistencia en general con el contenido que se especifica en el artículo 520,2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal nace desde la detención, el derecho específico a la entrevista reservada se origina en un momento posterior: al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido el Letrado (artículo 520, 6, c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Pero ¿qué tipo de diligencias practicadas dan lugar al acto constitutivo del derecho de entrevista reservada? El artículo 17,3 garantiza la asistencia de Abogado al detenido en las *diligencias policiales y judiciales*; conforme al artículo 520, 2, c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el detenido tiene derecho a solicitar la presencia de Abogado para que asista a las *diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto*. Si en todas ellas puede intervenir, el artículo 520, 6, c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con el giro «práctica de la diligencia en que hubiere intervenido» el Abogado, no puede referirse solo a diligencias de declaración del detenido sino a cualesquiera otras que puedan afectarle.

Si nos situamos ahora, como hace la Consulta, en las llamadas *diligencias de declaración* del detenido, debe sostenerse que aunque esta no tuviere lugar en virtud del ejercicio del derecho de no declarar, la diligencia se ha practicado y la entrevista reservada entre Letrado-detenido puede celebrarse. Si diligencias de declaración son las comprendidas en el artículo 520, 2, a) y b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y entre ellas se halla el derecho a no declarar, es diligencia formal de declaración la manifestación de voluntad cuyo contenido sea no querer declarar. Esta proposición se conforma con lo dispuesto en el artículo 520, 6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal regulador del contenido del derecho de asistencia. Efectivamente, conforme al tenor del artículo 520, 6, b), el Abogado una

vez que haya terminado la diligencia en que haya intervenido, puede solicitar de quien la haya practicado (autoridad judicial, funcionario) la declaración del detenido o la ampliación de los extremos que considere convenientes; luego si se le faculta para solicitar la declaración del detenido una vez practicada la diligencia, dicha eventualidad significa que, en tal caso, la diligencia se ha practicado sin declaración, pero como existen también la posibilidad de pedir que se amplíe la declaración, en este supuesto sí habrá precedido declaración. Es claro, pues, que son diligencias de declaración practicadas, tanto las positivas como las negativas, y que en la expresión del artículo 520, 6, c) «diligencia en que hubiere intervenido», a cuyo término puede comenzar la entrevista reservada, se comprenden las hipótesis de diligencias de declaración efectiva y de no declaración.

No se dan los presupuestos del fraude de ley en el acto de autorizar la celebración de la entrevista Letrado-detenido no incomunicado, pues aparte de que no se trata de eludir la aplicación de normas jurídicas imperativas, dado que ese derecho existe completo en un momento anterior —el de la práctica de las diligencias policiales— a aquel en que puede decidirse la incomunicación, si se negara la posibilidad de la entrevista reservada ante una eventual incomunicación posterior realmente no existiría el derecho de asistencia desde el instante en que la ley quiere. No es, pues, exacta esta proposición contraria: como todo detenido puede ser posteriormente incomunicado, los detenidos no tienen derecho a la entrevista reservada antes de ser puestos a disposición de la autoridad judicial.

Por otra parte, el derecho a la entrevista que asiste al detenido antes de que se decida sobre su incomunicación, ni es un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico ni tampoco un acto contrario a él. En todo caso lo prohibido sería la entrevista durante la incomunicación, pero no la entrevista a la que subsiga la incomunicación. Y podría ser acto contrario a ley negar el derecho a la entrevista

durante la detención policial. Mas que cobertura para la frustración de la incomunicación la entrevista reservada es una garantía específica del derecho de asistencia.

En definitiva, dar otro sentido a la norma significaría contribuir a una exégesis más restrictiva y perjudicial para el detenido que la prevista en una Ley preconstitucional y situarse jurídicamente en contra del fin (*ratio normae*) de la Ley orgánica 14/1983, de 12 de diciembre, y de la interpretación amplia que de modo continuado viene haciendo el Tribunal Constitucional de los derechos esenciales de la persona.

Resaltemos, en fin, y muy positivamente, la preocupación que expone el Fiscal que formula la Consulta y que comparte esta Fiscalía, de que, con la extensión dada al derecho de asistencia, en algunos casos puede resultar perjudicado el éxito de la investigación, mas ese riesgo hay que asumirlo por ser una consecuencia de la naturaleza y protección garantizada a todos los derechos reconocidos a la persona, que ante el presunto conflicto con los derechos de la Sociedad se superponen a ellos.

Madrid, 20 de mayo de 1985.

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

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