

ANÁLISIS SOBRE DETERMINADOS ASPECTOS DEL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA AL DETENIDO

Elena López Berberana
José Francisco Ruiz Martínez
Eduardo Catalán Blázquez
Salvador Guerrero Palomares (Coord.)

Sección de Derecho Penal
Ilustre Colegio Abogados de Málaga

Sumario: 1. Estado de la cuestión. 2. El derecho fundamental a la asistencia letrada al detenido. A. La asistencia letrada al detenido como Derecho Humano. Su fundamento. B. Marco normativo en nuestro Ordenamiento Jurídico. C. La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional. D. La jurisprudencia del Tribunal Supremo. E. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. F. Crítica a la distinción entre asistencia letrada al detenido y al imputado o acusado. 3. La entrevista previa. 4. La entrega del atestado o diligencias en dependencias policiales. 5. La intervención del letrado durante la lectura de derechos y la declaración. 6. Consideraciones sobre la función del abogado en dependencias policiales. 7. Desarrollo presente y futuro. 8. Conclusiones.

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN

El presente trabajo analizará dos cuestiones centrales del derecho a la asistencia letrada: (a) si el detenido tiene derecho a que su letrado consulte el atestado y se entreviste con él previamente a prestar declaración en sede policial; y (b) si durante el transcurso de ésta, o con carácter previo, el letrado puede intervenir, aconsejando a su cliente que se acoja a su derecho a no declarar. Con carácter previo, se estudiará el ámbito, naturaleza y contenido del derecho

a la asistencia letrada al detenido como marco general desde el que abordar el análisis de la cuestión.

En la práctica, y salvo excepciones que no resultan representativas, los letrados no tienen acceso al atestado, ni antes ni después de la declaración en sede policial del detenido. Tampoco se les permite mantener una entrevista con anterioridad a la diligencia de declaración.

El argumento utilizado por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Esta-

do para negar ambas posibilidades es que la ley no lo permite, invocando al efecto el tenor del artículo 520.6.c) de la LECrim., que establece en qué consiste la asistencia del abogado en los supuestos de detención, sin que éste prevea la entrega del atestado ni tampoco la posibilidad de entrevista previa. Esta justificación resulta asimismo apoyada desde la FGE (Consultas de 17 de enero de 1983, de 20 de mayo de 1985 o de 18 de diciembre de 2003, así como la Circular 1/2003).

Haciéndose eco de estos argumentos y al objeto de vincular a los funcionarios policiales que instruyen las primeras diligencias, la Comisión Nacional de Policía Judicial ha elaborado un manual donde expresamente y sin ambages se manifiesta que no se puede dar acceso a los letrados a las diligencias realizadas y que tampoco puede permitírseles la entrevista previa. La justificación de ello se encuentra en este lacónico texto:

“El abogado no está facultado para pedir copias de la declaración, acceder al atestado y conocer el contenido de las diligencias, en sede policial, ya que tales pretensiones no están recogidas en el artículo 520 de la LECrim. La intervención del Abogado se divide en tres espacios temporales: 1º. Antes de la declaración, limitada estrictamente a interesarse del funcionario policial que informe al detenido del art. 520.2 de la LECrim. y que se proceda, en su caso, al reconocimiento médico. 2º. Durante la declaración, únicamente interviene al final de ésta, para solicitar la ampliación de los extremos que considere convenientes o la consideración de incidencias. 3º. Cerrada y firmada la declaración, el Abogado podrá entrevistarse reservadamente con el detenido sin que el secreto de esa comunicación, suponga romper las preceptivas medidas de seguridad, vigilancia y custodia. Por tanto, hasta el cierre de la declaración, no hay comunicación alguna entre Letrado y detenido”¹.

Sin embargo, desde diversos sectores del mundo jurídico, sobre todo, desde la abogacía, se ha venido cuestionando este proceder².

Y es que, si bien la ley no prevé expresamente la entrevista previa ni el acceso a la documentación del expediente, tampoco lo prohíbe. Por otra parte, parece evidente que

el derecho a la asistencia letrada al detenido queda muy mermado si el abogado, privado o de oficio, no puede tener conocimiento de las diligencias que obran ya en contra de su cliente y que han motivado la detención (denuncia, declaraciones de testigos, informes policiales), ni puede tampoco conocer la versión de los hechos de su cliente ni asesorarle antes de la declaración policial. La mera presencia del letrado en el interrogatorio únicamente sirve, en realidad, para asegurar que se le leen los derechos —los cuáles difícilmente son comprendidos en toda su amplitud sin una explicación— y para evitar el maltrato psíquico o físico al detenido, sin que parezca lógico que, en un Estado de Derecho, el concepto de “asistencia letrada” deba reducirse a lo anterior.

En todo caso, el actual “estado de cosas” es el referido, habiéndose “petrificado” así una práctica de dudosa constitucionalidad y que, generalmente, ni siquiera es puesta en cuestión por el letrado que asiste a un detenido. En parecido sentido, también sucede usualmente que se proceda a la suspensión de la declaración del detenido cuando el letrado interviene en un modo inconveniente en opinión de la fuerza pública. Ello ha venido apoyado por algunos autores, provenientes del ámbito policial, que aconsejan que, en caso de “*injerencias*” del abogado durante la declaración, “*aunque la ley no lo explicita, la práctica recomienda suspenderla y dar cuenta a la Autoridad Judicial y al Colegio de Abogados y, en su caso, solicitar la presencia de un nuevo letrado*”³, haciéndose eco de lo establecido en el manual de la Comisión Nacional de Policía Judicial anteriormente referido, el cual se manifiesta, expresamente, en esos mismos términos.

2. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA LETRADA AL DETENIDO

A nuestro juicio, el análisis de la cuestión controvertida debe realizarse necesariamente

desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Y, en razón de ello, el elemento angular de este estudio será clarificar cuál es —y cuál debe ser— el alcance del derecho a la asistencia letrada al detenido, examinando si éste se agota en la previsions del artículo 520.6.c) de la LECrim o, si por el contrario, es exigible que se permitan intervenciones del letrado que, aunque no estén expresamente previstas en la ley⁴, si puedan considerarse derivadas del texto constitucional y de los principios garantistas que inspiran nuestro Ordenamiento Jurídico; y todo ello con base en la conocida doctrina del TC según la cual (por todas, STC 21/1981): *“los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre Derechos Humanos, ratificados por España, y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico”*.

A. LA ASISTENCIA LETRADA AL DETENIDO COMO DERECHO HUMANO. SU FUNDAMENTO

El derecho de toda persona a ser asistida por un abogado cuando se la acusa por delito se reconoce, con carácter universal, en el artículo 14.3 b) y d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, al igual que en tratados y convenciones regionales de derechos humanos; entre ellos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 6), la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (artículo 8) y la Convención Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (artículo 7).

El referido derecho no sólo se reconoce en instrumentos convencionales multilaterales, sino en diversos documentos elaborados por las más altas instituciones de carácter internacional.

Así, el “Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas

a cualquier forma de detención o prisión”, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, estipula en el principios undécimo y décimo séptimo que toda persona detenida tendrá derecho a la asistencia de un abogado. El principio 18 establece que el detenido tendrá derecho a comunicarse con su abogado y a consultarlo, con tiempo y medios adecuados para ello, sin demora y sin censura, y en régimen de absoluta confidencialidad, sin que ese derecho pueda suspenderse ni restringirse, salvo en circunstancias excepcionales que serán determinadas por la ley, cuando un juez u otra autoridad lo considere indispensable para mantener la seguridad y el orden.

Por su parte, los “Principios básicos de las Naciones Unidas sobre la función de los abogados” de 1990 consagran también el derecho a la asistencia letrada. El primero de dichos principios reza así: *“Toda persona está facultada para recurrir a la asistencia de un abogado de su elección para que proteja y demuestre sus derechos y lo defienda en todas las fases del procedimiento penal”*. El principio 5 estipula que todas las personas arrestadas, detenidas o acusadas de haber cometido un delito deben ser informadas inmediatamente de su derecho a estar asistidas por un abogado de su elección, y el principio 7 dispone que todas las personas arrestadas o detenidas deben tener acceso a un abogado inmediatamente, y en cualquier caso dentro de las 48 horas siguientes al arresto o a la detención. Con arreglo al principio octavo, a toda persona privada de libertad *“se le facilitarán oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial”*.

Como indica el Manual de Instrucciones para la evaluación de la Justicia Penal en materia de asistencia y defensa letrada de la UNODC (2010), los anteriores instrumentos internacionales reconocen que toda persona que vea sus derechos fundamentales a la libertad y la vida amenazados por el Estado tiene derecho a asistencia letrada para asegurarse de que el

Estado cumple correctamente las responsabilidades y obligaciones que le impone la ley, y que no vulnera los derechos que asisten a la persona durante el proceso.

En cuanto a la asistencia y acceso al letrado de las personas detenidas policialmente, la regla 93 de las *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (Resolution (73) 5*, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, indica que el detenido tendrá derecho, tan pronto como sea detenido, de elegir al letrado que le defienda, y a recibir su consejo legal en vista de su defensa, así como prepararla y recibir asesoramiento confidencial⁵: En la misma línea, la *Recommendation of the Committee of Ministers to member States of the Council of Europe on the European Prison Rules (Rec(2006)2)*, adoptadas el 11 de enero de 2006, en la 952ª reunión de *Ministers' Deputies* del Consejo, establecía que los detenidos o prisioneros tienen derecho a la asistencia letrada y que las autoridades que lo custodian le proveerán de posibilidades razonable para obtener ese asesoramiento, pudiendo consultar con su letrado de confianza sobre cualquier cuestión⁶.

La asistencia letrada es instrumento esencial del sagrado principio de igualdad de armas que debe existir en cualquier proceso penal de un Estado de Derecho. Tal y como FERRAJOLI recordó, en un ordenamiento cuyas “*leyes fuesen tan sencillas que su conocimiento estuviese al alcance de todos los ciudadanos*”, escribió BENTHAM, cada cual podría “*dirigir y defender su causa en justicia, como administra y dirige sus demás negocios*”; sin embargo “*en el reinado de una legislación oscura y complicada*” (como la actual), es necesaria la defensa técnica de un abogado de profesión “*para restablecer la igualdad entre las partes, respecto de la capacidad y para compensar la desventaja inherente a la inferioridad de condición*” del acusado; así, fue precisamente con las reformas ilustradas cuando la defensa técnica, reducida durante siglos por la inquisición a un “*arte baja de intrigas*”, asumió la forma moderna de asistencia obligatoria, si bien las iniciales propuestas de los autores (VOLTAIRE, FILAGIERI, BENTHAM,

PAGANO) para que la presencia del abogado fuese obligatoria en todas las actividades probatorias y trámites del proceso se vieron frustradas en la experiencia procesal decimonónica —en especial, en la fase de instrucción diseñada por el Código Napoleónico de 1808—, en continuidad con una tradición inquisitiva⁷ que, en parte sigue en vigor hoy día, y buena prueba de ello es que aún se esté discutiendo sobre las cuestiones que aborda este informe.

B. MARCO NORMATIVO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Los artículos 17.3 y 24.2 de la CE consagran como derecho fundamental la asistencia letrada al detenido en las diligencias policiales y judiciales en los términos que la ley establezca (art. 17.3 CE) y, en general, a cualquier persona que deba defender sus intereses ante los Tribunales de Justicia (art. 24.2 CE). El artículo 118 de la LECrim establece, entre otras cosas, que el derecho de defensa podrá ejercitarse desde la detención y el 767 que desde ese momento será necesaria la asistencia letrada.

Concretamente, en lo que se refiere a la asistencia al detenido, la L.O. 14/1983, de 12 de diciembre, por la que se desarrolla el artículo 17.3 de la Constitución, en materia de asistencia letrada al detenido y al preso, y modificación de los artículos 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, estableció el contenido de dicha asistencia, en el ordinal 6º del artículo 520, que reza así:

“6. 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 a 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*".

Si bien la referida L.O. desarrolla expresamente el artículo 17.3 CE'78, no hay razón para pensar que su contenido agote el derecho a la asistencia letrada, y ello por cuanto ni el precepto manifiesta que estemos ante un *numerus clausus* ni el alcance de los derechos fundamentales puede determinarse en sentido restrictivo⁸.

Hay, por tanto, que acudir al concepto y contenido del derecho fundamental en cuestión para intentar determinar su ámbito de actuación y aplicación, y para ello, debemos acudir al máximo intérprete de la Carta Magna, el Tribunal Constitucional (art. 1 LOTC), así como a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos suscritos por España e integrantes de nuestro Ordenamiento Jurídico, ex. art. 10.2 de la Constitución, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el propio Tratado de Lisboa y, sobre todo, a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya fuerza vinculante es reconocida en el artículo 46.1 del Convenio de Roma de 1950⁹.

C. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Como se verá, no existe un claro posicionamiento del TC respecto del contenido del derecho fundamental que nos atañe; sin que podamos estar de acuerdo con algunas de las consideraciones que dicho Tribunal realiza al respecto, y que condicionan el ámbito y extensión del derecho.

Dividiremos este apartado en dos sub-epígrafes, coincidentes con los dos rasgos más relevantes que, a nuestro juicio, tiene la postura doctrinal del TC sobre la asistencia letrada al detenido.

En primer lugar, trataremos la diferenciación que el Tribunal realiza entre la asistencia

letrada al detenido y al imputado o acusado y en segundo lugar, veremos qué contenido asigna el TC al primero.

a) La asistencia letrada al detenido (art. 17.3) y al imputado o acusado (art. 24.2)

Para el TC, el derecho a la asistencia letrada tiene dos contenidos distintos: uno, cuando estamos ante la asistencia letrada en las diligencias policiales y judiciales (art. 17.3 CE), comprendida dentro del derecho a la libertad personal; y otro, cuando se habla de la asistencia letrada al imputado o procesado (art. 24.2 CE), incardinada dentro del marco de la tutela judicial efectiva y del derecho al debido proceso.

En este sentido, la STC 196/1987, declaró que:

"El art. 17.3 de la Constitución reconoce este derecho al 'detenido' en las diligencias policiales y judiciales como una de las garantías del derecho a la libertad protegido por el núm. 1 del propio artículo, mientras que el art. 24.2 de la Constitución lo hace en el marco de la tutela judicial efectiva con el significado de garantía del proceso debido, especialmente del penal, según declaran las Sentencias 21/1981, de 15 de junio y 48/1982, de 5 de julio) y, por tanto, en relación con el 'acusado' o 'imputado' [...] En nuestra Constitución, según hemos visto, se reconoce expresamente el derecho tanto al 'detenido' como al 'acusado', pero se hace en distintos preceptos constitucionales garantizadores de derechos fundamentales de naturaleza claramente diferenciada que impiden determinar el contenido esencial del derecho a la asistencia letrada en relación conjunta con ambos preceptos".

La justificación de esta división radica en el distinto "bien jurídico" que cada precepto protege (STC 252/1994) y, como veremos, en la supuesta distinción que también resulta de los textos internacionales y de la jurisprudencia del TEDH.

La consecuencia incuestionable de esta distinción es la *peor condición* de la asistencia letrada al detenido frente a la del acusado. En

efecto, según la doctrina del TC, el contenido esencial del derecho a la asistencia letrada debe ser obtenido al margen de toda conexión con el contenido esencial que a ese derecho le corresponde en relación con el acusado en un proceso penal (STC 196/1987); ello determina, según la STS 252/1994, que:

“La garantía de la libertad personal que subyace al art. 17.3 CE, por tanto y a la luz de la jurisprudencia que se acaba de citar, no alcanza a imponer la asistencia letrada en los términos y con la intensidad propios de un proceso en curso”

Así, por ejemplo, se entiende que mientras que resultaría constitucionalmente inadmisible que no se permita al imputado tener a un abogado de su elección, sí es posible obligar al detenido a tener uno de oficio (supuesto de hecho que es el que, concretamente, resolvió la STC 196/1987).

Como fundamento para esta división, y para la merma de posibilidades de actuación letrada en el ámbito de las diligencias policiales, el TC invoca la doctrina del TEDH y alega, a modo de *excusatio non petita*, que el derecho a la asistencia letrada del detenido tiene un ámbito más amplio en nuestra Constitución que en los tratados internacionales suscritos por España, los cuales, según entiende el TC, también vienen a diferenciar, aunque con algunos matices, el contenido de este derecho, según sea aplicable al detenido o al ya incurso en el proceso penal ante los órganos jurisdiccionales.

En este sentido, explica el TC que el Convenio Europeo de 1950 proclama en su art. 5 el derecho a la libertad, señalando los derechos del detenido, entre los cuales no incluye el de asistencia letrada, y que es en su artículo 6, donde se consagra el derecho al proceso debido o *fair trial*, donde se determinan los derechos del acusado, con mención específica del derecho a ser asistido por un defensor de su elección. El mismo modelo se acoge, sin diferencias sustanciales, según el TC, en los artículos 9 y 14 del Pacto Internacional de 1966, citando en apoyo de su interpretación la propia doctrina

del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, constituida, entre otras, por las Sentencias de 27 de junio de 1966 (caso Neumeister), 27 de febrero de 1980 (caso Deweer), 13 de mayo de 1980 (caso Ártico) y 26 de marzo de 1982 (caso Adolf), en las cuales el reconocimiento del derecho a la asistencia letrada se hace depender de la existencia de un proceso o “acusación”, incardinando este derecho, según el TC, en el artículo 6 y no en el 5 del Convenio.

La doctrina referida ha sido seguida sin fisuras por las sentencias posteriores en las que el TC ha tratado esta materia, como la ya citada 252/1994, o la sentencias 188/1991, 7/2004, o 165/2005, así como por el TS y por las Audiencias Provinciales, incluida la de Málaga¹⁰.

En nuestra opinión, esta doctrina constituye un freno desproporcionado al desarrollo del derecho fundamental que analizamos, debiendo ser modificada, o al menos matizada, según justificaremos en su momento.

b) Contenido del derecho a la asistencia letrada del detenido

Asumiendo a los meros efectos dialécticos la anterior separación conceptual, pasamos a analizar el contenido que otorga el TC al derecho a la asistencia letrada del detenido, y lo hacemos atendiendo en primer término a la doctrina sentada en la STC 11/1981, y continuada por la 37/1987, en relación a la determinación del contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo, y por tanto también de los derechos fundamentales de las personas, que debe venir constituido en cada caso, según la jurisprudencia citada, por el conjunto de facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible, en su contexto histórico, como perteneciente al tipo que se describe y sin los cuales tendría que quedar comprendido en otro, desnaturalizándose. O, visto desde otro ángulo metodológico, aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan

vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De tal modo que se rebasará o desconocerá el contenido esencial de un derecho cuando quede sometido a limitaciones que lo hagan impracticable, lo dificulten más allá de lo razonable o lo despojen de la necesaria protección.

Pues bien, el contenido reconocible del derecho a la asistencia letrada al detenido, según la STC 196/1987 —que es de la que parte la construcción doctrinal del TC sobre este derecho—, es el siguiente:

“responde[r] a la finalidad, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 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 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”.

Añadiendo la STC 252/1994:

“por ello, el especial hincapié de la jurisprudencia citada en señalar la función del Letrado como garante de la integridad física del detenido, y de evitar la autoinculpación por ignorancia de los derechos que le asisten”.

La dación, por parte del letrado que asiste al detenido, del *“debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio”*, ha sido ratificado por posteriores SSTC, como la 221/1997, 29/1999 y 1999/2003.

Lógicamente, lo anterior debemos coherenciarlo con el concepto de persona detenida que el propio TC elabora, según el cual “detenido” es, en principio, el afectado por una medida cautelar de privación de libertad de carácter penal, indicando que *“las garantías exigidas por el art. 17.3 —información al detenido de sus derechos y de las razones de su detención, inexistencia de cualquier obligación de declarar y asistencia letrada— hallan (...) su sentido en*

asegurar la situación de quien, privado de su libertad, se encuentra ante la eventualidad de quedar sometido a un procedimiento penal, procurando así la norma constitucional que aquella situación de sujeción no devenga en ningún caso en productora de la indefensión del afectado” (SSTC 107/1985 o 34/1993).

De todo ello cabe deducir, a nuestro juicio, que el derecho a la asistencia letrada del detenido incluye, además de lo establecido en el artículo 520.6.c) LECrim, lo siguiente:

(a) la garantía o aseguramiento de que los derechos constitucionales del detenido sean respetados. Entre dichos derechos deben incluirse, como mínimo, los previstos en el artículo 17.3 (a ser informada de sus derechos y de las razones de la detención, y a no ser obligada a declarar), sin que existan motivos para descartar la aplicabilidad de todos los demás derechos fundamentales, entre los que se encuentra el de la defensa y la tutela judicial efectiva (que se recoge indirectamente en el artículo 17.4 CE a través del procedimiento del *habeas corpus*);

(b) la garantía o aseguramiento de que no será coaccionado ni maltratado, tanto en lo que se refiere a su dignidad e integridad personal como en lo que se refiere a su libertad de declarar o no ante la policía;

(c) la posibilidad de recibir asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio;

(d) el derecho a comprobar la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración; y todo ello,

(e) con la participación activa del letrado.

Sin embargo, a la hora de concretar el contenido del derecho, la doctrina del TC retrocede.

Así, respecto de la posibilidad de entrevista previa, el referido Tribunal, en la única ocasión que se ha pronunciado sobre ella (auto núm. 23/2006 de 30 enero), inadmitió a trámite una demanda de amparo aduciendo que, si bien la sentencias de ese Tribunal han establecido que,

dentro del contenido del derecho a la asistencia letrada se encuentra el de recibir “*asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio*”, la entrevista previa, concretamente, no forma parte del núcleo esencial del derecho fundamental, por lo que su denegación no produce lesión al mismo:

“Como señala el demandante de amparo, en la STC 199/2003, de 10 de noviembre (RTC 2003, 199), hemos declarado que ‘el derecho del detenido a la asistencia letrada en las diligencias policiales y judiciales, reconocido en el art. 17.3 CE (RCL 1978, 2836) [...] consiste en [...] que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio [...] Pero como también dijimos en la STC 196/1987, de 11 de diciembre, F. 5, el aseguramiento de tales garantías no empece para que el art. 17.3 CE haya habilitado al legislador para establecer los términos concretos del derecho a la asistencia letrada al detenido. A ello responde precisamente el contenido del art. 520.6 LECrim. [...] la interpretación que sugiere el recurrente no sólo va más allá de lo establecido en el indicado precepto, sino que es contraria a lo en él dispuesto no pudiendo sustentarse, por otra parte, en la idea, expuesta en la demanda de amparo, de que al contenido esencial del derecho a la asistencia letrada al detenido pertenece la necesidad de celebración, con carácter previo a la toma de declaración en sede policial, de una entrevista reservada entre el detenido y su Abogado [...] sin que pueda considerarse que la denegación de la posibilidad de una entrevista previa entre el detenido y su Abogado afecte a dicho núcleo esencial”.

No resulta irrazonable afirmar la clara contradicción que existe entre lo manifestado en este auto y en las sentencias anteriormente citadas, a pesar de que dicha discordancia se pretenda revestir de cierta coherencia al cuidarse mucho el Tribunal de afirmar que la entrevista resulte proscrita por el Ordenamiento Jurídico, sino indicando que la misma no forma parte de la esencia del derecho fundamental, y que por tanto, su denegación no supone una lesión de dicho derecho, enarbolando así una casi imperceptible línea divisoria entre contenidos de un derecho fundamental cuya vulneración provocaría el amparo y los que no.

Respecto del acceso al atestado o a las diligencias en dependencias policiales no existe, salvo error, resolución del TC que se pronuncie sobre la cuestión.

D. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo, con base en considerar que el derecho a la asistencia letrada constituye un elemento básico del derecho de defensa que posibilita una efectividad real en la aplicación del principio de igualdad de armas y de contradicción (SSTS núm. 265/2007 de 9 abril. RJ 2007\2258, núm. 1085/2010 de 9 diciembre. RJ 2011\1330), ha acogido la doctrina de las sentencias del TC expuestas en cuanto al contenido teórico de dicho derecho, incluso en resoluciones posteriores a la del auto de 2006 comentado.

En este sentido, por ejemplo, la STS núm. 265/2007 de 9 abril (RJ 2007\2258), o la núm. 1085/2010 de 9 diciembre (RJ 2011\1330), establecen, con cita de las SSTC, que el derecho del detenido a la asistencia letrada en las diligencias policiales tiene como función, entre otras, la de garantizar que el detenido “*tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio*”.

Sin embargo, al igual que el TC, a la hora de proyectar ese derecho a la labor concreta del abogado en dependencias policiales, el TS se repliega.

Así, en la STS 1500/2000, de 4 de octubre, se manifiesta a modo de *obiter dicta* que el letrado puede entrevistarse con su cliente y tener acceso a las diligencias, en sede judicial, “*a diferencia de lo afirmado en relación con las diligencias practicadas en Comisaría*”.

Con anterioridad, la STS núm. 539/1998, de 11 de mayo, indicó que cabe diferenciar la asistencia letrada al detenido con la del imputado o acusado (acogiendo así la doctrina del TC antes enunciada sobre dicha separación), y que la entrevista reservada sólo puede ser posterior a la de-

claración policial, declarando que “en el apartado 6 de dicho art. [se refiere al 520 LECrim], al determinar en qué consistirá la asistencia de Abogado, se establece, en el subapartado c), ‘entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido’, es decir, después de la declaración y no antes, por lo que, en definitiva, habiendo sido dicho coacusado instruido de sus derechos y declarando con todas las garantías procesales al ser presentado en el Juzgado, ninguna infracción se aprecia”.

Más recientemente, el auto núm. 1569/2006, de 21 de junio, entendió inadmisibile el recurso de casación referido a la vulneración del derecho fundamental a la asistencia letrada al detenido fundado en que no se permitió la entrevista previa con el escueto argumento siguiente: “Respecto a la posibilidad del Letrado de mantener una entrevista previa a la declaración del detenido en dependencias policiales, hemos de acudir al contenido del artículo 520.6.c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establece que tal entrevista entre Letrado y detenido procede el término de la declaración”.

En cuanto al acceso al atestado en dependencias policiales el auto del TS núm. 1569/2006 ya citado, entiende que, en ese caso concreto, no se produjo violación del derecho por cuanto el detenido no declaró en sede policial, lo que deja la puerta abierta a que, si la hubiere prestado, sí podría haberse entendido vulnerado el derecho a la asistencia letrada: “la falta de entrega de copia del atestado tampoco incidió en su derecho de defensa, ya que se negó a declarar ante la fuerza policial, precisamente por indicación de su Letrada, y pudo conocer el mismo una vez ya ante la autoridad judicial, que no decretó el secreto de sumario”, si bien dicha resolución invoca una sentencia anterior, la núm. 1283/2000, de 12 de julio, donde se indica 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”, debiendo notarse que tampoco aquí el TS se pronuncia con claridad respecto de la cuestión y que resulta difícil de compartir que la

investigación en sí pueda ser considerada como un valor constitucionalmente protegible frente al derecho fundamental a la asistencia letrada.

E. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Habida cuenta las manifestaciones de nuestro TC respecto a que el Convenio Europeo de Derechos Humanos y su Tribunal entienden que existe una diferenciación entre el contenido de la asistencia letrada al detenido y al imputado o acusado, consideramos necesario comenzar este apartado haciendo referencia a tal cuestión.

En este sentido, si bien es cierto que en el artículo 5 del Convenio no se habla expresamente de la asistencia letrada, también lo es que TEDH ha desarrollado una doctrina que establece que la mención prevista en el artículo 6.3.c) del Convenio, es exigible también en fases anteriores al proceso y, concretamente, en el ámbito de la detención policial; cuestión a la que apunta, aunque posteriormente no obtenga conclusiones de ello, la propia STC 196/1987 cuando indica que: “Es desde luego muy difícil precisar dónde se encuentra la línea que separa los conceptos de ‘detenido’ y ‘acusado’ y ejemplo bien expresivo de ello es la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, anteriormente citada, en la que es claramente apreciable una oscilación que no permite obtener un criterio único en la determinación del momento en que se inicia la ‘acusación’, ni de cuáles son las autoridades que deben intervenir para que ésta se produzca”.

No perdiendo de vista que las sentencias del Tribunal Europeo que cita nuestro TC para apoyar su argumentación (SSTEDH casos Neumeister y Deweer, de 27 de febrero y 13 de mayo de 1980, respectivamente) han dejado de ser *leading cases* en esta materia y que su doctrina ha sido claramente superada a partir de la sentencia del caso Saldud v. Turquía, de 27 de noviembre de 2008, consideramos im-

portante analizar tales citas, pues, aunque *de facto* se hayan convertido en el lugar común para justificar las tesis restrictivas, lo cierto es que una lectura pausada y analítica de su contenido no permite sustentar la división que nuestro TC propugna.

Y así, cabe afirmar que la jurisprudencia del TEDH ha establecido un concepto material de “acusado” que no sólo incluye a aquél que ya está sentado en el banquillo del Juez o ha imputado por un órgano judicial, sino que se extiende —a los efectos del artículo 6 de la Convención—, a cuando se produzca una notificación oficial donde una autoridad sostenga que un individuo ha cometido un delito¹¹. La sentencia del caso Deweer llega incluso a defender que, en las sociedades democráticas, el derecho a un juicio justo determina que haya de estar a ese concepto “material” de acusado, y no a uno meramente formal¹², lo que implica la aplicación de lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio no sólo a las situaciones donde formalmente hay una acusación o un proceso, sino a todas aquellas donde exista materialmente una atribución de responsabilidad penal.

Partiendo de este concepto, la más reciente jurisprudencia del TEDH (la ya citada sentencia Salduz v. Turquía, de 27 de noviembre de 2008 y posteriormente otras, como Shalbenik v. Ucrania, de 19 de febrero de 2009 o Trymbach v. Ucrania, de 12 de enero 2012) han declarado que los derechos contenidos en el artículo 6 de la Convención no sólo deben aplicarse al procedimiento penal estrictamente considerado, sino también a las fases anteriores a dicho proceso¹³, estableciendo expresamente que su contenido exige que el detenido en dependencias policiales sea asistido de letrado¹⁴ y apuntando la especial relevancia que para el debido proceso tienen los estadios pre-procesales¹⁵.

En cuanto al contenido de ese derecho y a pesar de que el TEDH indica —como hace con casi la totalidad de los derechos que reconoce— que la Convención no especifica el

modo en que cada país debe legislar sobre el derecho en cuestión¹⁶, lo cierto es que la ya tan citada sentencia Salduz v. Turquía establece, en su párrafo 54, que la asistencia letrada tiene como objeto, entre otras cosas, asegurar el derecho del acusado a no autoincriminarse, indicando que el temprano acceso al abogado es parte de las garantías respecto de ese derecho, y justificando esta postura en la especial vulnerabilidad del encausado en los primeros momentos de la investigación, que sólo puede ser compensada, según indica la sentencia, con una adecuada asistencia letrada¹⁷.

En este sentido, aparece como muy relevante la sentencia Murray v. Reino Unido, de 8 de febrero de 1996, que defendió la necesidad de asistencia letrada desde los primeros estadios del procedimiento, refiriéndose a las diligencias policiales y, en concreto, al interrogatorio en dichas dependencias, afirmando que: “*In such circumstances Article 6 (art. 6) will normally require that the accused be allowed to benefit from the assistance of a lawyer already at the initial stages of police interrogation*”¹⁸, poniendo ello en relación con la gran relevancia que en el proceso penal tiene el interrogatorio policial¹⁹, e indicando que la denegación del acceso al abogado en las primeras 48 horas del “*police questioning*” provoca una situación donde el derecho de defensa puede verse irremediabilmente perjudicado²⁰. Algunos han visto en esta sentencia un aval definitivo para la justificación de la entrevista previa²¹. Nosotros somos algo más prudentes, entendiendo que, si bien no lo afirma de modo taxativo, de la sentencia se infiere que dicha entrevista es necesaria, pues exige la asistencia letrada desde el inicio del interrogatorio policial, remarcando la necesidad de que el detenido tenga un asesoramiento que le posibilite afrontar con garantías de defensa tan relevante diligencia.

De otro lado, la sentencia del caso Campbell y Fell, de 28 de junio de 1984, sí afirma que difícilmente un abogado puede asistir a un cliente, en los términos del artículo 6.3.c) del Convenio, si no hay consultas previas entre ellos; sin embargo, dicha resolución se refiere

al momento del juicio oral, lo que no impide que podamos equiparar esa situación, vía interpretación extensiva, a la que se produce ante la declaración policial²².

Por su parte, la reciente sentencia de 14 de junio de 2013, caso *Insanov v. Azerbaijan*, (al igual que en la sentencia *Öcalan v. Turkia*, de 22 de abril de 2005,) enfatiza el hecho de que las entrevistas de los detenidos o presos con los letrados deben ser secretas²³, dando por supuesto que deben producirse; si bien, al igual que en la anterior sentencia el pronunciamiento no se refiere al lapso de tiempo comprendido entre la detención y la primera declaración policial, sino a una fase más avanzada del proceso, lo que tampoco empece, por lo anteriormente dicho, que carezca de valor interpretativo alguno, sino más bien todo lo contrario, sirve de guía para adoptar una postura al respecto.

En cuanto a la entrega de las diligencias al letrado o al detenido en sede policial, la doctrina del TEDH apunta, desde luego, a la necesidad de entrega del material inculpatario al detenido y a su letrado, si bien, es lo cierto que no existe un pronunciamiento que clara y terminantemente establezca esa obligación para ese concreto momento procesal. Lo que el TEDH tiene claro es que el derecho al juicio justo requiere, indefectiblemente, que el abogado cuente con todo el acervo inculpatario desde los primeros momentos del proceso, tal y como declaró en el caso *Lamy v. Belgica*, de 30 de marzo de 1989, refiriéndose al momento en que el detenido comparece ante el Juez que decidirá si sigue o no en prisión²⁴. En este mismo sentido, la más reciente sentencias *Foucher v. Francia*, de 18 de marzo de 1997²⁵, *Öcalan v. Turkia*, de 12 de mayo de 2005²⁶, o *Moiseyev v. Rusia*, de 9 de octubre de 2008²⁷.

Para el TEDH, su doctrina respecto el derecho a la asistencia letrada está en línea con los estándares internacionales de derechos humanos, y en particular, con la necesaria protección del acusado (dicho sea en sentido amplio) contra los abusos de las autoridades, contribu-

yendo también la efectividad de este derecho a evitar injusticias y a procurar una verdadera igualdad de armas promovida por el artículo 6 del Convenio²⁸, indicando que este derecho forma parte del derecho a un juicio justo o *fair trial* (*Imbrioscia v. Suiza*, de 24 de noviembre de 1993, *Krombach v. Francia*, de 13 de mayo de 2001, las ya mencionadas *Salduz v. Turquía* y *Shabelnik v. Ucrania*, entre otras)²⁹.

Asimismo, el TEDH tiene reiteradamente declarado que los derechos que se recogen en el Convenio deben ser reales y efectivos y que, en relación con la asistencia letrada, el mero nombramiento de un abogado no colma la amplitud de ese derecho (*Nefedov v. Rusia*, de 13 de marzo de 2013, pr. 36, *Luchaninova v. Ucrania*, de 9 de junio de 2011 o *Kamasinski v. Austria*, de 19 de diciembre de 1989)³⁰.

F. CRÍTICA A LA DISTINCIÓN ENTRE ASISTENCIA LETRADA AL DETENIDO Y AL IMPUTADO O ACUSADO

A nuestro juicio, la distinción establecida por el TC entre la asistencia letrada al detenido y al imputado o acusado es artificial y debe ser revisada por cuanto provoca, entre otros efectos, un entendimiento restrictivo del derecho de asistencia letrada al detenido que no debería tener cabida en un Estado Constitucional de Derecho. Para el Consejo General de la Abogacía (informe nº 5/2011) esta doctrina implica, lisa y llanamente, que “*el detenido no tiene derecho a la defensa*”.

Cierto que la asistencia letrada se incluye en dos preceptos diferentes de nuestra Constitución (art. 17.3 y 24.2 CE), pero ello no tiene por qué suponer que dicho derecho tenga distintos contenidos, ni mucho menos que la asistencia prevista en el artículo 17.3 deba ser de menor intensidad que la del 24.2.

El TC aduce en apoyo de su tesis, en esencia, que nos encontramos ante bienes jurídicos distintos, por un lado, la libertad (art. 17.3) y por otro el juicio justo o debido proceso (art.

24.2), pero no nos explica porque entiende que el segundo es más digno de protección que el primero. En este sentido, incluso parece que debiera ser al revés, y que la protección de ciudadano, cuando se encuentra ante órganos administrativos que no son poder judicial, estando en juego su libertad personal, debiera ser, al menos, igual de potente que cuando se comparece ante órganos judiciales en el seno de un proceso, donde el Juez y el Fiscal deben velar por los derechos fundamentales del imputado y donde rige en plenitud el principio de presunción de inocencia. De otro lado, si el proceso justo es un bien jurídico irrenunciable es porque, entre otras cosas, la ausencia del mismo puede acarrear la pérdida de uno de los bienes más preciados: la libertad. Llama la atención la protección superior que ostenta un bien jurídico que, en buena medida, es trasunto de otro. Que la libertad y el proceso debido son derechos diferentes, codificados en preceptos distintos del TC es evidente. Que el segundo deba tener más protección que el primero, hartó discutible.

Asimismo, el TC utiliza como principal fundamento para su doctrina, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y a la jurisprudencia del TEDH. Sin embargo, a nuestro juicio, el TC no realiza un análisis correcto del particular, y ello, en esencia, porque no tiene en cuenta dos cuestiones relevantes:

(a) Los textos internacionales (en especial, el Convenio Europeo de Derechos Humanos) no pueden ser extrapolados, sin más, a nuestro sistema. La razón técnica —lógicas, sobran— es que dichos textos se sitúan necesariamente en el difícilísimo equilibrio que requiere su vocación de aplicación tanto en países del *common law* como del *civil law*, y sabido es que en los primeros no existe, de ordinario, una fase de instrucción judicial, sino administrativa, llevada a cabo por la policía, mientras que en los segundos, la investigación del delito propiamente dicha se lleva a cabo por el Juez. En este sentido, y aunque a veces se manifieste lo contrario, nuestro sistema —propio del *civil law*— es, en este sentido, mucho más garantis-

ta que el sistema inglés o norteamericano. En el ámbito del *common law*, al confiarse la investigación de los delitos a las fuerzas policiales, dejando fuera, en la práctica generalidad de las diligencias, a la defensa —que debe buscar sus pruebas por su lado—, no se concibe un derecho a la asistencia letrada, a la contradicción, audiencia y, en definitiva, defensa plena, hasta prácticamente el inicio del Juicio Oral³¹. La eventual inclusión en los textos internacionales mencionados de una amplia asistencia letrada en las diligencias policiales determinaría un grave conflicto con las legislaciones de los países del corte acusatorio y seguramente, en su momento, el fracaso de la firma de los Convenios. No podemos, por tanto, traer a colación la instrumental y utilitarista división que realiza el Convenio a nuestro sistema.

(b) El TC no tiene tampoco en cuenta los recientes desarrollos de la doctrina europea que, como hemos visto, entienden que el derecho a la asistencia letrada del artículo 6 es debe ser extrapolado necesariamente a las situaciones que protege el artículo 5 del Convenio.

Como se ha justificado con el análisis de la jurisprudencia del TEDH, no existen dos derechos a la asistencia letrada diferenciados.

En efecto, y contrariamente a lo sostenido por el TC, la aplicación de la doctrina del TEDH viene a superar el tenor literal de los artículos 5 y 6 del Convenio de Roma —motivados por la necesidad de acomodar sus normas a los dos sistemas penales inherentes— y nos debe llevar a rechazar que el derecho a la asistencia letrada al detenido ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tenga en nuestro Ordenamiento Jurídico menos contenido y ámbito que el derecho a la asistencia letrada al imputado o acusado ante los órganos jurisdiccionales.

Al igual que ha hecho el TEDH, entendemos que nuestro TC debería elaborar un concepto material de “imputación” o “acusación”, delimitando un único derecho fundamental a la asistencia letrada y aplicándolo de igual forma a todos los que, de un modo u otro, se

vean sujetos a una investigación o a un proceso penal. Ello resultaría además coherente con los últimos desarrollos legislativos en nuestro proceso penal, de los que cabe colegir que la condición de “imputado” y, como tal, de acreedor del sistema de garantías procesales, no sólo se adquiere por un acto emanado de la autoridad judicial, sino que también se obtiene tras la atribución de un acto punible, antes incluso de la intervención del Juez de Instrucción, en sede policial o ante el Ministerio Fiscal. Cabe afirmar, con base en lo que se verá, que el concepto de imputado ha dejado de ser, en nuestro sistema, un concepto estrictamente procesal para tener también un significado preprocesal³².

Así, desde la reforma introducida por la Ley 53/1978, de 4 de diciembre, de modificación de la LECrim., que modificó el artículo 118 de la LECrim., seguida por la profunda reforma operada la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de octubre, de los Juzgados de lo penal y por la que se modifican diversos preceptos de las Leyes Orgánica del Poder judicial y de Enjuiciamiento Criminal, y sobre todo, por Ley 38/2002, se ha venido a equiparar la imputación judicial con la que realiza la policía judicial o la fiscalía, en el ejercicio de sus competencias. En este sentido, el actual artículo 767 de la LECrim, extiende el derecho defensa “desde la detención o desde que de las actuaciones resultare una imputación de un delito contra persona determinada 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”. Por su parte, el artículo 5.2 del EOMF establece que el Fiscal recibirá declaración al sospechoso, quien habrá de estar asistido de letrado y podrá tomar conocimiento del contenido de las diligencias practicadas.

Nada de lo anterior es, realmente, ajeno a la propia doctrina del TC, que en la STC 44/1985 indicó que el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal reconoce la condición de imputado a toda persona a quien se

le atribuya, más o menos fundadamente, un acto punible, permitiéndole ejercitar el derecho de defensa en su más amplio contenido, actuando en el procedimiento penal cualquiera que éste sea, desde que se le comuniquen inmediatamente la admisión de denuncia o querrela o cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito, o haya sido objeto de detención, o de cualquier otra medida cautelar, o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho. En el mismo sentido, como ya hemos visto, se pronuncia el artículo 767 de la LECrim. Ambos preceptos, el 118 y el 767 están igualando el contenido del derecho a la asistencia letrada, al vincularlo directamente con el derecho de defensa en su más amplio contenido.

En el mismo sentido se pronuncia QUERALT JIMÉNEZ, cuando afirma que el artículo 520.2.c) LECrim reconoce y regula el derecho del detenido a la asistencia letrada, lo está haciendo no sólo para las diligencias judiciales, sino también para las policiales³³.

Más contundente si cabe es BLASCO SOTO, quien afirma que “*la función que realiza el abogado cuando asiste al detenido no puede desvincularse del derecho de asistencia letrada al imputado*”, entendiéndose que, por ello, el letrado debe “1) Tener acceso a todas las diligencias practicadas durante la detención policial”, “2) Derecho a una entrevista reservada con el detenido antes de la declaración, sólo así podrá asesorarle técnicamente” y “3) ...participar activamente en la declaración del detenido”³⁴.

La distinción en que se basa el TC no es válida, por demás, para explicar todas las situaciones que se dan en la práctica, ya que la negación de la entrevista previa y del acceso al atestado antes de la declaración policial se produce también cuando la detención es ordenada por el Juez ex. art. 494 LECrim. Aquí ya hay proceso, ya hay imputación judicial, y sin embargo, las restricciones a la asistencia letrada se mantienen.

Además, entender hoy en día que las diligencias realizadas ante la policía no son pro-

ceso, carece, en nuestra opinión, de sentido. Existe un nutrido cuerpo jurisprudencial que, de hecho, viene a validar como prueba de cargo la declaración inculpatorio en sede policial cuando la misma se ha obtenido con las garantías de la reducida —y prácticamente inútil a los efectos de defensa— asistencia letrada³⁵. Es evidente, a mayor abundamiento, que la detención viene precedida de una atribución de un hecho delictivo por parte de la policía, o incluso, como antes hemos referido, por parte del propio Juez. Pretender desvincular esa situación de detención y las diligencias que a raíz de ella se realizan del concepto de “imputado” o “acusado” es contrario, en nuestra opinión, a cualquier entendimiento racional y real de cómo funciona el sistema penal en nuestro país.

La distinción de contenidos y especialmente una de sus consecuencias, el carácter excluyente y restrictivo de los mismos, provoca además, a nuestro juicio, disfunciones importantes. Tal fue por ejemplo, la solución dada por el TC a un supuesto donde una persona declaró voluntariamente ante la Guardia Civil sin la presencia de abogado (STC 208/2007). El TC estimó que no había vulneración del derecho puesto que dicho sujeto no estaba detenido. A nuestro juicio, el planteamiento no es sostenible. La asistencia letrada no sólo tiene que ver con el derecho a la libertad, sino fundamentalmente, con el derecho a la defensa, que lógicamente, incide, como hemos dicho, en el de la libertad. A este argumento no son ajenos ni el TC ni el TS. En este sentido el auto del Tribunal Supremo de 7 de Febrero de 1996 (RJ 1996/817) (y el de 14 diciembre 2001. JUR 2002\1746) establece: “*La jurisprudencia constitucional (entre otras, STC 341 de 18 noviembre 1993 [RTC 1993\341]) ha manifestado que las garantías exigidas por el artículo 17.3 de la Constitución —información al detenido de sus derechos y de las razones de su detención, inexistencia de obligación de declarar y asistencia letrada— hallan su sentido en asegurar la situación de quien, privado de su libertad, se encuentra ante la eventualidad de quedar sometido a un*

procedimiento penal, procurando así la norma constitucional que aquella situación de sujeción no devenga en ningún caso en productora de la indefensión del afectado”, con lo que se viene a vincular, acertadamente, la asistencia letrada a la defensa, más que a la libertad, que vendrá de suyo, si, ejercitada correctamente la defensa, existen méritos suficientes para que el detenido no sea privado por más tiempo de ella.

3. LA ENTREVISTA PREVIA COMO EXIGENCIA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA LETRADA DEL DETENIDO

Ya hemos visto como tanto el TC como el TS incluyen dentro del contenido a la asistencia letrada al detenido la de asesorar técnicamente al detenido *sobre la conducta a observar en el interrogatorio* (SSTC ya citadas, 196/1987, 252/1994, 221/1997, y SSTC de 9 de abril de 2007 o 9 de diciembre de 2010).

Dados estos pronunciamientos, se hace difícil sostener la improcedencia de la entrevista previa a la toma de declaración policial. Sin ella, simplemente, será imposible que el letrado cumpla con las funciones atribuidas y que el detenido satisfaga su derecho.

Desde ese punto de vista, cabe afirmar que la denegación de dicha entrevista supone una quiebra del derecho fundamental a la asistencia letrada establecido en el marco del derecho fundamental a la libertad del artículo 17 CE⁷⁸.

Ello es asimismo colegible de la doctrina del TEDH antes estudiada. Si uno de los contenidos del derecho a la asistencia letrada al detenido es el procurar la no incriminación (por todas, Sentencia Salduz v. Turquía), será imprescindible que el abogado pueda entrevistarse previamente con el cliente a fin de asesorarle al respecto, explicarle el contenido de ese derecho e incluso aconsejarle no dar de-

terminadas respuestas que pudieran, en efecto, autoinculparle.

Parece obvio que ese asesoramiento sobre la conducta a observar y sobre el derecho a la no autoincriminación no se satisface únicamente con la lectura de derechos a presencia del letrado, lo que además, no siempre es suficiente para que el detenido comprenda, de forma efectiva, los mismos.

En este sentido, lo que resulta obvio para los operadores jurídicos e incluso policiales, no lo es para el ciudadano común. ¿Qué significa exactamente no declarar contra sí mismo? ¿qué consecuencias tiene hacerlo o no hacerlo? ¿es perjudicial o beneficioso? ¿con qué actitud me tratarán las autoridades dependiendo de la opción que escoja? Todas estas preguntas cruzan la mente confusa del detenido y sólo pueden tener respuesta tras una entrevista reservada con el letrado. Sólo con plena información sobre los derechos es posible ejercitarlos con libertad.

Sin embargo, y a pesar de lo anterior, las resoluciones del TS que entienden que la privación de la entrevista no vulnera el derecho en cuestión, y el tan mencionado auto de 2006 del TC, hacen que los anteriores argumentos sean desdénados en la práctica, y ello a pesar de que:

(a) La manifestación realizada en un auto aislado del TC no debe empecer la doctrina contenida de forma unívoca en varias sentencias. De acuerdo con el artículo 86.1 LOTC: “*La decisión del proceso constitucional se producirá en forma de sentencia*”, quedando los autos reservados para las decisiones “*de inadmisión inicial, desistimiento, renuncia y caducidad*”, tal y como expresa también el artículo 86.1 citado. Siendo las sentencias las que deciden el proceso, no cabe extraer doctrina general o posición jurídica de un auto que, además, es único, salvo error en la búsqueda de otros antecedentes³⁶.

(b) Los pronunciamientos del TS, al atacar directamente el contenido de las sentencias del TC antes referidas, no deberían tenerse en

cuenta ni ser aplicables, en aplicación de lo dispuesto en los art 1 de la LOTC y 5 LOPJ.

(c) La ley no prohíbe esa reunión previa. Ciertamente es el artículo 520.6.c) LECrim, no contempla la entrevista previa, pero ello no determina, bajo el punto de vista de ningún criterio interpretativo conocido la conclusión de que la ley prohíba que esa entrevista previa se produzca. De hecho, cuando la ley quiere, expresamente, reducir el contenido de derechos constitucionales, y en concreto, del de la asistencia letrada, así lo hace, tal y como ocurre con el caso de la incomunicación de los detenidos (art. 527 LECrim, avalado por la doctrina del TC, por todas, STC 127/2000).

En efecto, y con independencia de los posicionamientos jurisprudenciales, influidos sin duda por el *status quo* establecido, cualquier operador jurídico imparcial convendrá con nosotros en que, si queremos denominar “asistencia letrada” a la que se presta en dependencias policiales, ésta debe llevar aparejada la posibilidad de esa entrevista previa, tanto por poder asesorar técnicamente al detenido de sus derechos y, en especial, del de guardar silencio, como para poder intervenir activamente en la declaración, realizando preguntas o pidiendo aclaraciones a su cliente sobre los hechos que éste, previamente, le ha relatado.

Lo anterior, está además en coherencia con el principio 18 de Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, ya mencionado en este informe, según el cual la comunicación entre el detenido y su abogado no será objeto de restricción.

La actual situación, en la que el letrado entra *en blanco* en la diligencia de declaración, tanto por no haber tenido acceso al atestado —de lo que hablaremos más tarde— como por no haber podido oír de su cliente su versión de los hechos, ni puede merecer el calificativo de “asistencia letrada”, pues lo único que se garantiza —y no siempre— es que el detenido no sufra, en ese mismo acto, coacción alguna, ni desde luego puede entenderse que cumple

con el contenido que el propio TC otorga a este derecho en las sentencias que antes hemos referido. Es imposible asesorar técnicamente sobre la conducta a observar en el interrogatorio si con anterioridad al mismo se prohíbe la comunicación.

4. LA ENTREGA DEL ATESTADO O DILIGENCIAS EN DEPENDENCIAS POLICIALES COMO EXIGENCIA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA LETRADA

A nuestro juicio, no ha argumento legal ni jurisprudencial que permita sostener la negativa a entregar al letrado —y al propio detenido— copia de diligencias existentes en el momento de la detención.

En este sentido, no existe ley que lo prohíba salvo supuestos de secreto del sumario, ni tampoco jurisprudencia que lo niegue. Salvo error, no hemos encontrado resoluciones del TC que establezcan que no se deba entregar el atestado, y las que existen del TS (por todas, STS 1283/2000, de 12 de julio) no son, como hemos visto, concluyentes, aduciendo únicamente que dicha entrega *puede* ser perjudicial para la investigación, sin que ello se afirme de manera categórica, lo que, de otra parte, resultaría un absurdo, máxime si se sigue manteniendo la imposibilidad de entrevista previa.

Ya hemos visto como, a tenor de los artículos 118 y 767 de la LECrim, el derecho de defensa se instaura desde el momento mismo de la detención. Ello debe ponerse en conexión con lo establecido en el artículo 302 del mismo cuerpo legal que, como es conocido, establece que las partes podrán tomar conocimiento de las actuaciones, a no ser que las mismas se declaren secretas.

El detenido tiene, además, derecho a ser informado de los motivos de la detención, y ello no puede reducirse a una información ver-

bal del agente policial indicando, normalmente, cuál es el *nomen iuris* del delito, pero no su contenido fáctico. Una información cabal incluye, sin duda, el acceso por el detenido y por supuesto por su letrado de la denuncia (en forma de atestado o de denuncia por particular o querrela) que ha dado lugar a la detención, de las posibles declaraciones de testigos que ya se hayan producido, y en general, del resultado de las diligencias que obren ya en el expediente, y que comúnmente se denominan “atestado”; debiendo tenerse en cuenta que el análisis del atestado o de las diligencias existentes es también imprescindible a la hora de valorar la legalidad de la detención y por tanto, la posibilidad de plantear un *habeas corpus*.

¿Cuál es la justificación legal, entonces, de la negativa a que se examinen las diligencias policiales?

A nuestro juicio, ninguna. La negativa policial de entregar copia del expediente, diligencias o atestado no responde a ningún razonamiento sostenible en derecho; sin que pueda darse por buena la mera excusa, cargada de voluntarismo, según la cual, la exhibición de las diligencias puede afectar a las investigaciones o a otras personas implicadas. En este sentido, si la investigación requiere el secreto, ello puede solicitarse del Juez de instrucción, no pudiendo olvidarse las obligaciones que los letrados tienen respecto del conocimiento de hechos que puedan tener por el desempeño de su obligación (secreto profesional), además de las sanciones que pueden conllevar la revelación de datos de un procedimiento (art. 301 LECrim).

De nuevo, además, se choca con argumentos de puro sentido común, que atacan la coherencia de todo nuestro sistema: mientras que en sede judicial e incluso ante la investigación previa del Ministerio Fiscal, el imputado o sospechoso, respectivamente, tendrá acceso a las actuaciones, ante la policía no, preponderando así el rol de ésta respecto de aquellos. Ciertamente, la explicación de porqué esto sigue siendo así no puede más que venir desde

las reminiscencias de procesos inquisitoriales y pre-democráticos propios de otros sistemas políticos.

5. LA INTERVENCIÓN DEL LETRADO DURANTE LA LECTURA DE DERECHOS Y LA DECLARACIÓN

Visto lo concerniente a la entrevista previa y a la entrega de las diligencias, cabe detenerse en otro de los puntos problemáticos de la asistencia letrada al detenido, cual es el ámbito y posibilidades efectivas de intervención del letrado durante la lectura de derecho y la declaración. Sucede a menudo en la práctica, como aconteció en el supuesto que dio lugar a la queja de la que trae causa este informe, que el letrado pretende aconsejar a su cliente que no declare ante la policía. Ante ello, se producen situaciones tensas que llegan incluso a determinar que por parte de la policía se suspenda la declaración y se impida al letrado continuar asistiendo al detenido.

Así, en los “Criterios para la práctica de diligencias por la policía Judicial y sobre los Juicios rápidos” editada por la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior para 2009, se establece que en caso de injerencias del abogado, antes o durante la declaración, y aunque la Ley no lo explícita, la práctica recomienda suspenderla y dar cuenta a la Autoridad judicial y al Colegio de Abogados y, en su caso, solicitar la presencia de nuevo letrado.

Se nos plantean dos cuestiones: (a) ¿Puede el letrado aconsejar a su cliente sobre si debe o no declarar?; (b) ¿Puede la fuerza actuante apartar al letrado de la asistencia a su representado?

(a) En cuanto a la primera de ellas, la respuesta a estas preguntas no las encontramos en la ley. La LECrim no regula la declaración policial del detenido o del imputado no detenido. Tampoco regula la declaración de impu-

tado. Por ello, a ambas declaraciones hay que aplicar supletoriamente lo dispuesto para la declaración del procesado en el proceso ordinario por delitos graves, arts. 385 y siguientes de la LECrim. Ni se permite ni se prohíbe la comunicación entre el letrado y el procesado durante la toma de declaración, ni tampoco que se emitan consejos orales y sobre la marcha respecto de si el interrogado debe o no debe contestar.

A nuestro juicio, del análisis de la jurisprudencia del TC, TS y TEDH antes indicada, resulta perfectamente factible realizar esta actuación, tanto en el momento de la lectura de derechos como en el momento de la declaración.

En este sentido, debe tenerse en cuenta, como indica CALERO MARTINEZ³⁷ que, en todo caso, el juego del artículo 520.6.c) respecto de la entrevista reservada con carácter posterior a la declaración no impide que con anterioridad a ella o, añadimos nosotros, durante la misma, el letrado comunique no reservada, sino públicamente, con su cliente para aconsejarle respecto de la conducta a seguir:

“el argumento legal se basa en interpretación del 520.6LECRIM que incurre en el error de equiparar conceptos distintos, como son ‘entrevista reservada’ y ‘cualquier forma de comunicación’. Si lo que establece ese artículo es que después de la declaración policial el abogado puede tener una ‘entrevista reservada’, lo que podrá deducirse —sensu contrario— es que antes de que declare ante la policía, el abogado y el detenido no podrán tener precisamente eso, una ‘entrevista reservada’. Es decir, podrán tener toda relación, contacto o comunicación pública que estimen necesaria y que no perturbe el desarrollo de la diligencia, siempre que no pretenda impedir a los presentes conocer lo que le dice o le aconseja. Cuando el letrado solicita en comisaría comentar, sugerir o aconsejar al detenido a quien asiste, en presencia del policía o policías actuantes que no declare, no pide llevar a efecto una ‘entrevista reservada’ sino, simplemente, poder hablar con su cliente en público, ante todos los presentes (no reservadamente) para cumplir con su obligación de ‘asistir’ y no solo ‘acompañar’ al detenido”.

Según este razonamiento, que compartimos, no es dable negar la posibilidad de dar, públicamente, el consejo de no declarar con base en el artículo 520.6.c), pues el mismo se refiere a una entrevista “reservada”; estando justificada una aplicación lo más extensiva posible del derecho de defensa y de asistencia letrada, en el que, obviamente, podría englobarse la posibilidad de aconsejar al cliente sobre si declarar o no. De nuevo, debemos recordar la doctrina del TC que indica que el derecho a la asistencia letrada de detenido tiene por objeto, entre otras cuestiones asesorar técnicamente al detenido *sobre la conducta a observar en el interrogatorio*, y la del TEDH que va en el mismo sentido (Murray vs. UK o Salduz vs. Turquía, por todas).

(b) Respecto a la legalidad de que la autoridad policial pueda suspender la declaración e incluso impedir al letrado asistir a su cliente, llamando a otro, cabe decir que dicha actuación no tiene ningún sustento legal, vulnerando claramente el derecho fundamental a la libre elección de abogado, y pudiendo constituir, incluso, una actuación delictiva, prevista en el artículo 537 del CP, siendo evidente que un protocolo interno no puede empecer los derechos constitucionales de los individuos.

6. CONSIDERACIONES SOBRE LA FUNCIÓN DEL ABOGADO EN DEPENDENCIAS POLICIALES

A este respecto, conviene salir del paso, no sólo cómo abogados, sino como juristas, de los ataques tácitos a la profesionalidad de los letrados que, en alguna ocasión, se han realizado por parte de algún órgano del Estado, como la FGE o el propio TS, cuando se indica que una de las razones para que los letrados no se entrevisten con el cliente antes de la declaración o tomen conocimiento del atestado, es el riesgo de que se frustre el fin policial de la declaración³⁸ o que se vaya a “*perjudicar la in-*

vestigación”³⁹, concepción ésta que, en palabras de CALERO MARTÍNEZ, que suscribimos, “*se enmarca en una concepción de la actividad policial y del proceso penal en general, más propia de una cultura jurídica preconstitucional que considera las garantías procesales y el derecho de defensa como obstáculos y no como fundamentos del Juicio Justo*”.

Da la impresión, analizando estos argumentos, que algunos órganos públicos se dejan llevar de dicha concepción, más propia de la opinión pública lega en derecho que de la opinión jurídicamente formada, asimilando al abogado con el supuesto delincuente y entendiendo la labor de defensa como algo intrínsecamente perjudicial para la justicia, concepción que existe, más o menos extendida, no sólo en España, sino en todo el planeta, tal y como expone el Manual de Instrucciones para la evaluación de la Justicia Penal en materia de asistencia y defensa letrada de la UNODC (2010): “*como los abogados defensores representan a personas acusadas de delitos, la opinión pública tiende a asociarlos con ese comportamiento negativo, y no con la protección de los derechos a la libertad y la justicia, incluso en aquellos casos en los que queda demostrado que ciudadanos inocentes habían sido acusados erróneamente*”.

En nuestro sistema penal, es la acusación la que tiene que formular los cargos y aportar las pruebas incriminatorias, no la defensa. El acusado hace tiempo que dejó de ser objeto de la prueba para ser sujeto del proceso penal. Con este trascendental cambio se produjo la eliminación de la tortura, para arrancar una confesión que, ya de por sí, era suficiente para una condena⁴⁰. Desde este punto de vista, nada de lo que un letrado pueda aconsejar a su cliente en la entrevista previa a la declaración policial puede ser censurado jurídicamente, a menos, claro está, que con ello se esté cometiendo alguno de los delitos previstos y penados en los artículos 464.1 o 467.2 del CP, o cualquier otro.

El argumento decae, de forma definitiva, cuando, aplicando correctamente los principios democráticos del Estado de Derecho, se

permite la entrevista del letrado previa a la declaración judicial con el detenido que se ha negado a declarar en Comisaría. ¿Es que en ese trámite no puede influirse también *negativamente* en el imputado, a los efectos de la investigación? ¿Cuál sería la diferencia?

A estos efectos resulta fundamental dar a conocer qué significa ser abogado y cuál es su función. El abogado dentro de un proceso judicial no es más que un cooperador de la Administración de Justicia, al igual que el representante del Ministerio Público o cualquier otro operador jurídico, y por tanto contribuye a que el engranaje de la justicia sea el más adecuado posible. Su interés primordial no es otro que el correcto funcionamiento de la Administración al repercutir directamente en el justiciable, siendo por tanto una pieza (básica) dentro del conglomerado jurídico en el que todos nos enmarcamos.

En cuanto a ese deber de colaboración con la Administración de Justicia al que nos hemos referido, queda reflejado con meridiana claridad en el Estatuto General de la Abogacía Española en su artículo 30, que literalmente sostiene que: *“El deber fundamental del abogado, como participe en la función pública de la Administración de Justicia, es cooperar a ella asesorando, conciliando y defendiendo en derecho los intereses que le sean confiados. En ningún caso la tutela de tales intereses puede justificar la desviación del fin supremo de Justicia a que la abogacía se halla vinculada”*.

El deber del abogado es, por tanto, cooperar con la Justicia y defender en derecho los intereses de sus clientes que le son conferidos; intereses que en el marco del derecho penal y más concretamente cuando los clientes son privados de libertad tras ser detenidos, el papel del abogado alcanza una especial relevancia por los bienes jurídicos que entran en juego.

Como se recogía en el fundamento jurídico segundo del Auto 255/2007 de fecha 25/05/2007 del Tribunal Constitucional *“...en el proceso penal —lo que no es este caso—, el derecho de asistencia letrada tiene una especial*

proyección por dos motivos; uno, la complejidad técnica de las cuestiones jurídicas que en él se debaten, y dos, la relevancia de los bienes jurídicos que pueden verse afectados (SSTC 233/1998, de 1 de diciembre, FJ 3; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 3). En esta línea hemos afirmado que el mandato legal de defensa por medio de Abogado en el proceso penal es una garantía de un correcto desenvolvimiento del mismo, que pretende asegurar, en particular, la ausencia de coacciones durante el interrogatorio policial y, en general, la igualdad de las partes en el juicio oral, siendo ello lo que justifica que la asistencia letrada “ha de ser proporcionada en determinadas condiciones por los poderes públicos, por lo que la designación de tales profesionales se torna en una obligación jurídico-constitucional que incumbe singularmente a los órganos judiciales (SSTC 47/1987, 139/1987 y 135/1991)” (STC 132/1992, FJ 2)”.

Dicho todo lo cual, e incidiendo en el papel del abogado en dependencias policiales, estamos en el convencimiento de que su actuación no debería ser de un mero “convitado de piedra”, viendo vedada la posibilidad de conocer lo instruido hasta ese momento por la fuerza policial actuante, porque además de por todas las demás cuestiones desplegadas en punto anteriores, nuestra propia Ley Orgánica del Poder Judicial se recoge en el artículo 546.1, que: *“Es obligación de los poderes públicos garantizar la defensa y la asistencia de abogado, en los términos establecidos en la Constitución y en las leyes”*; y una efectiva asistencia letrada no puede llevarse a cabo en plenitud de los derechos que asisten al detenido, sin una entrevista previa a la declaración policial con su letrado y sin el conocimiento de las diligencias que conformen el atestado policial en ese momento.

Como decíamos cuando hablábamos de la entrevista previa, el derecho de defensa en su amplio sentido y la asistencia letrada al detenido son funciones que, si bien se desarrollan por profesionales libres y privados, tienen una clara naturaleza y proyección pública. Cabe hablar, por tanto, de la función pública del abogado cuando desarrolla estas tareas, con

las que coadyuvan al mejor ejercicio de la función jurisdiccional a cargo de los Tribunales⁴¹ e incluso, porqué no, de la función policial de investigación del delito. Sólo desde un entendimiento errático de la importancia del derecho de defensa puede considerarse que la labor del abogado defensor implica una obstrucción de los deberes policiales y judiciales de investigación y persecución de los delitos. Además y aunque así fuera, ese posible “riesgo” resulta perfectamente asumible por nuestro Estado de Derecho, tal y como afirmaba la Consulta de la FGE 4/1985, de 20 de mayo: “*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*”.

En todo caso, estas consideraciones parten de la base axiológica de considerar al imputado como fuente de prueba acusatoria en sí misma, cuando resulta reconocido por nuestra Constitución y todos los textos legales internacionales en materia de derechos humanos, que el imputado tiene derecho a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a no aportar pruebas que faciliten su condena. No cabe por tanto denegar el acceso del letrado a las diligencias bajo el vetusto argumento de que puede *perjudicarse* la investigación.

7. DESARROLLO PRESENTE Y FUTURO

Con independencia de todo lo expuesto, lo cierto es que la discusión sobre el contenido del derecho a la asistencia letrada del detenido y, en particular, sobre la posibilidad de la entrevista previa y el acceso al atestado o diligencias que dieron lugar a la detención, tiene poco recorrido temporal, debido a la normativa comunitaria ya aprobada y de próxima entrada en vigor en España.

En este sentido, tanto la propia Comisión como el Consejo europeo, pusieron ya hace años de manifiesto su inequívoca voluntad de conformar un estándar normativo que garantice uniformemente los derechos de sospechosos o acusados, dictando la Resolución del Consejo, de 30 de noviembre de 2009⁴², sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales, que literalmente indica en su apartado 2 que “*el Convenio y sus Protocolos, según los ha interpretado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, son una base importante para que cada Estado miembro tenga confianza en los sistemas de justicia penal de los demás Estados miembros y para reforzar dicha confianza. Al mismo tiempo, la Unión Europea dispone de un margen de acción adicional para velar por la aplicación y el respeto plenos de las normas del Convenio, y, en su caso, garantizar la aplicación coherente de las normas aplicables y elevar el nivel existente*”, y en su apartado 3 que “*La Unión Europea ha establecido con éxito un espacio de libre circulación y residencia, del cual los ciudadanos se benefician al viajar, estudiar y trabajar cada vez más en países distintos de su país de residencia. Sin embargo, la supresión de las fronteras interiores y el creciente ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia han conducido, como consecuencia inevitable, a un aumento del número de personas que se ven involucradas en procesos penales en un Estado miembro distinto del de residencia. En esas situaciones, los derechos procesales de los sospechosos o los acusados tienen una importancia especial a la hora de salvaguardar el derecho a un juicio justo*”.

Como consecuencia directa de dicha resolución, la directiva 2013/13/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa a la información en los procesos penales, ha establecido con total y absoluta claridad que cuando una persona sea objeto de detención o privación de libertad en cualquier fase del proceso penal habrá de recibir los documentos que obren en poder de la autoridad necesarios para poder impugnar la legalidad de la detención y tener acceso, ya sea personalmente o a través de

su abogado, a la totalidad del material probatorio que se tenga, ya sea a su favor o en su contra, con la antelación necesaria para que pueda ejercitarse una defensa efectiva y de forma gratuita (art. 7 de la Directiva).

Por otro lado, la Directiva (2013/48/UE, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales), atiende expresamente a la otra cuestión que se plantea, fijando inequívocamente que, no sólo el acusado, sino incluso el mero sospechoso, habrán de tener derecho a entrevistarse en privado con el letrado que lo represente incluso con anterioridad a que sea interrogado por la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad o autoridades judiciales, tal y como lo establece el artículo 3.3.a) de dicha norma, donde se indica que *“los Estados miembros velarán por que el sospechoso o acusado tenga derecho a entrevistarse en privado y a comunicarse con el letrado que lo represente, inclusive con anterioridad a que sea interrogado por la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad o autoridades judiciales”*.

Estas dos directivas habrán de ser transpuestas al derecho interno español en el periodo que las mismas prevén: el 4 de junio de 2013, la directiva de información, y el 7 de noviembre de 2016, la directiva de la asistencia letrada. En defecto de ello y sin perjuicio de las responsabilidades en que incurriría el estado español por incumplimiento, pasarán a ser directamente aplicables y podrán ser esgrimidas por los particulares en las relaciones que mantengan con las administraciones públicas. (SSTJCE 148/78 de 1979, asunto Ratti y 8/81 de 1982, asunto Becker), sin que deba perderse de vista el valor interpretativo que esta nueva normativa ha de tener en nuestra propia legislación.

Debe señalarse, para concluir a este respecto, que el legislador español no es ajeno ni a la evolución doctrinal que hemos analizado ni a las normas europeas que convierten esa doctrina en derecho positivo, por lo que los dos últimos grandes anteproyectos de reforma de la LECrim publicados (la impulsada durante el

último gobierno del Partido Socialista Obrero Español⁴³ y el Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal⁴⁴ promovido por el actual gobierno del Partido Popular) contemplan, con mayor o menor fortuna, los derechos que venimos propugnando.

8. CONCLUSIONES

Primera: Debe superarse la distinción entre la asistencia letrada al detenido y al imputado o acusado, aunando los contenidos del derecho fundamental a la asistencia letrada con fundamento en el derecho de defensa.

Segunda: El derecho fundamental del detenido a la asistencia letrada como expresión del sagrado derecho de defensa, debe incluir la posibilidad de una entrevista reservada entre el detenido y su abogado antes de la declaración policial, e igualmente debe incluir el acceso al atestado o, si éste aún no está cumplimentado, a los documentos donde se proyecten las diligencias practicadas que obren en el expediente policial. Cuando menos, se debe permitir la comunicación pública entre abogado y cliente al objeto de que el letrado le aconseje sobre si prestar o no declaración.

Tercera: De la interpretación conjunta de las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como de la legislación comunitaria, se deriva la incompatibilidad de la práctica actual con los derechos fundamentales a la defensa y a la asistencia letrada, que en ningún caso pueden ser interpretados de forma restrictiva.

Cuarta: La práctica policial de impedir la entrevista previa y de negar al letrado la entrega del atestado, quedarán indudablemente fuera de la legalidad, en el momento en el que sean definitivamente vinculantes, ya sea por transposición o por el transcurso del tiempo para ello, las Directivas de Información en los Procesos Penales y de Acceso al Abogado.

NOTAS

1. Este texto puede consultarse en la dirección electrónica: www.seguridadpublica.es/2011/01/manual-criterios-para-la-practica-de-diligencias-por-la-policia-judicial%E2%80%9D-de-la-comision-nacional-de-policia-judicial/
2. Recientemente, en el Informe nº 5/2011 del Consejo General de la Abogacía Española, sobre el derecho a la asistencia letrada al detenido (art. 17.3 Ce), su relación con el derecho de defensa (art. 24.2 Ce) y posibilidades para su reforzamiento.
3. Martín Ancin, F, y Álvarez Rodríguez, J.R., *Metodología del atestado policial*, Madrid, 2011, pág. 250.
4. Nótese que la entrevista previa sí está expresamente establecida cuando el detenido es un menor (art. 22.1.b de la ley de responsabilidad penal del menor).
5. Establece el citado documento que: “*An untried prisoner shall be entitled, as soon as he is imprisoned, to choose his legal representation ... and to receive visits from his legal adviser with a view to his defence and to prepare and hand to him and to receive, confidential instructions. At his request, he shall be given all necessary facilities for this purpose [...] Interviews between the prisoner and his legal adviser may be within sight but not within hearing, either direct or indirect, of a police or institution official*”.
6. En este sentido, la Recomendación indica que: “*All prisoners are entitled to legal advice, and the prison authorities shall provide them with reasonable facilities for gaining access to such advice. Prisoners may consult on any legal matter with a legal adviser of their own choice and at their own expense*”.
7. Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 2005, pág. 614.
8. Por todas, SSTC 81/1983 y 254/1988, que indica que: “*la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo, de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos*”.
9. Sobre el TEDH, su naturaleza, composición y funciones, véase, Guerrero Palomares, S., *La imparcialidad objetiva del Juez Penal*, Pamplona, 2009, pág. 41 y ss.; o Morte Gómez, C., *El procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los requisitos de admisibilidad de la demanda*, Valencia, 2004.
10. En sentencia de la Secc. 2ª, nº 617/2011 de 10 noviembre.
11. Deweer, pr. 46: “*The “charge” could, for the purposes of Article 6 par. 1 (art. 6-1), be defined as the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence*”.
12. Deweer, pr. 44: “*...the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial (see especially the above-mentioned Airey judgment, págs. 12-13, par. 24) prompts the Court to prefer a “substantive”, rather than a “formal”, conception of the “charge” contemplated by Article 6 par. 1 (art. 6-1). The Court is compelled to look behind the appearances and investigate the realities of the procedure in question*”. En el mismo sentido, el pr. 52 de la reciente sentencia Shabelnik v. Ucrania, de 19 de febrero de 2009.
13. Salduz, pr. 50: “*The Court reiterates that, even if the primary purpose of Article 6 of the Convention, as far as criminal proceedings are concerned, is to ensure a fair trial by a “tribunal” competent to determine “any criminal charge”, it does not follow that the Article has no application to pre-trial proceedings*”.
14. Salduz, pr. 52: “*National laws may attach consequences to the attitude of an accused at the initial stages of police interrogation which are decisive for the prospects of the defence in any subsequent criminal proceedings. In such circumstances, Article 6 will normally require that the accused be allowed to benefit from the assistance of a lawyer already at the initial stages of police interrogation*”; y pr. 55: “*the Court finds that in order for the right to a fair trial to remain sufficiently “practical and effective” (see paragraph 51 above), Article 6 § 1 requires that, as a rule, access to a lawyer should be provided as from the first interrogation of a suspect by the police, unless it is demonstrated in the light of the particular circumstances of each case that there are compelling reasons to restrict this right*”; recientemente, también, sentencia Kaçiu y Kotorri v. Albania, de 25 de junio de 2013, pr. 114.

15. Salduz, pr. 54: “In this respect, the Court underlines the importance of the investigation stage for the preparation of the criminal proceedings, as the evidence obtained during this stage determines the framework in which the offence charged will be considered at the trial (see *Can v. Austria*, no. 9300/81, Commission’s report of 12 July 1984, § 50, Series A no. 96)”.

16. Por ejemplo, en la reciente sentencia *Nefedov c Rusia*, de 13 de marzo de 2103, pr. 36: “*Article 6 § 3 (c) does not specify the manner of exercising this right*”.

17. Salduz, pr. 54: “...an accused often finds himself in a particularly vulnerable position at that stage of the proceedings [...]. In most cases, this particular vulnerability can only be properly compensated for by the assistance of a lawyer whose task it is, among other things, to help to ensure respect of the right of an accused not to incriminate himself. [...] Early access to a lawyer is part of the procedural safeguards to which the Court will have particular regard when examining whether a procedure has extinguished the very essence of the privilege against self-incrimination (see, *mutatis mutandis*, *Jalloh*, cited above, § 101)”.

18. Murray, pr. 63: *National laws may attach consequences to the attitude of an accused at the initial stages of police interrogation which are decisive for the prospects of the defence in any subsequent criminal proceedings. In such circumstances Article 6 (art. 6) will normally require that the accused be allowed to benefit from the assistance of a lawyer already at the initial stages of police interrogation. However, this right, which is not explicitly set out in the Convention, may be subject to restrictions for good cause...*”

19. Murray, pr. 66: “*The Court is of the opinion that the scheme contained in the Order is such that it is of paramount importance for the rights of the defence that an accused has access to a lawyer at the initial stages of police interrogation. It observes in this context that, under the Order, at the beginning of police interrogation, an accused is confronted with a fundamental dilemma relating to his defence. If he chooses to remain silent, adverse inferences may be drawn against him in accordance with the provisions of the Order. On the other hand, if the accused opts to break his silence during the course of interrogation, he runs the risk of prejudicing his defence without necessarily removing the possibility of inferences being drawn against him*”.

20. Murray, pr. 66: “*To deny access to a lawyer for the first 48 hours of police questioning, in a situation where the rights of the defence may well be irretrievably prejudiced, is - whatever the justification for such denial - incompatible with the rights of the accused under Article 6 (art. 6)*”.

21. Elizalde Purroy, I., “Novedades respecto al derecho a la entrevista reservada entre abogado y detenido antes de la declaración en sede policial”, *Legaltoday*, 24 de agosto de 2011, versión electrónica; o en la Segunda Ponencia: La Asistencia al Detenido desde la óptica del Abogado, Granada, junio de 2008 (González Palmero), disponible en http://www.icamalaga.es/portaMalaga/printPortal.do?urlPagina=/S015006008004004/1242132053513_es_ES.html.

22. Campbell y Fell, pr.: “99. *As regards sub-paragraph (c) of Article 6 para. 3 (art. 6-3-c), it is true that Mr. Campbell elected not to attend the Board’s hearing, but the Convention requires that a “person charged with a criminal offence who does not wish to defend himself in person must be able to have recourse to legal assistance of his own choosing” (see the Pakelli judgment of 25 April 1983, Series A no. 64, pág. 15, para. 31). Moreover, a lawyer could scarcely “assist” his client - in terms of sub-paragraph (c) (art. 6-3-c) - unless there had been some previous consultation between them. This latter consideration leads the Court to the conclusion that the “facilities” contemplated by sub-paragraph (b) (art. 6-3-b) were not afforded*”.

23. Insanov, pr. 165: “*An accused’s right to communicate with his legal representative out of the hearing of third parties is part of the basic requirements of a fair trial in a democratic society, and follows from Article 6 § 3 (c) of the Convention. If a lawyer were unable to confer with his client and receive confidential instructions from him without such surveillance, his assistance would lose much of its usefulness, whereas the Convention is intended to guarantee rights that are practical and effective (see *S. v. Switzerland*, 28 November 1991, § 48, Series A no. 220, and *Öcalan v. Turkey [GC]*, no.46221/99, § 133, ECHR 2005IV)*”.

24. Lamy, pr. 29: “*Like the Commission, the Court notes that during the first thirty days of custody the applicant’s counsel was, in accordance with the law as judicially interpreted, unable to inspect anything in the file, and in particular the reports made by the investigating judge and the Verviers police. This applied especially on the occasion of the applicant’s first appearance before the chambre du conseil, which had to rule on the confirmation of the arrest warrant (see paragraphs 10-11 above). The applicant’s counsel did not have the opportunity of effectively challenging the statements or views which the prosecution based on these documents. Access to these documents was essential for the applicant at this crucial stage in*

the proceedings, when the court had to decide whether to remand him in custody or to release him. Such access would, in particular, have enabled counsel for Mr Lamy to address the court on the matter of the co-defendants' statements and attitude (see paragraph 18 above). In the Court's view, it was therefore essential to inspect the documents in question in order to challenge the lawfulness of the arrest warrant effectively"

25. Foucher, pr. 36: "The Court, like the Commission, therefore considers that it was important for the applicant to have access to his case file and to obtain a copy of the documents it contained in order to be able to challenge the official report concerning him [...] As he had not had such access, the applicant had been unable to prepare an adequate defence and had not been afforded equality of arms, contrary to the requirements of Article 6 para. 1 of the Convention taken together with Article 6 para. 3 (art. 6-3+6-1)".

26. Öcalan, pr. 144: "The Court therefore holds that the fact that the applicant was not given proper access to any documents in the case file other than the bill of indictment also served to compound the difficulties encountered in the preparation of his defence", y pr. 148: "Accordingly, the applicant's trial was unfair for the following reasons: he had no assistance from his lawyers during questioning in police custody; he was unable to communicate with his lawyers out of the hearing of third parties; he was unable to gain direct access to the case file until a very late stage in the proceedings; restrictions were imposed on the number and length of his lawyers' visits; and, lastly, his lawyers were given proper access to the case file belatedly".

27. Moiseyev, pr. 218: "The Court therefore holds that the fact that the applicant and his defence team were not given appropriate access to the documents in the case file and were also restricted in the use of their notes, served to compound the difficulties encountered in the preparation of his defence".

28. Salduz, pr. 53: "These principles, outlined in paragraph 52 above, are also in line with the generally recognised international human rights standards (see paragraphs 3742 above) which are at the core of the concept of a fair trial and whose rationale relates in particular to the protection of the accused against abusive coercion on the part of the authorities. They also contribute to the prevention of miscarriages of justice and the fulfilment of the aims of Article 6, notably equality of arms between the investigating or prosecuting authorities and the accused".

29. Salduz, pr. 50: "...As the Court has already held in its previous judgments, the right set out in Article 6 § 3 (c) of the Convention is one element, among others, of the concept of a fair trial in criminal proceedings contained in Article 6 § 1 (see *Imbrioscia*, cited above, § 37, and *Brennan*, cited above, § 45)", y pr. 51: "The Court further reiterates that although not absolute, the right of everyone charged with a criminal offence to be effectively defended by a lawyer, assigned officially if need be, is one of the fundamental features of a fair trial (see *Poitrinol v. France*, 23 November 1993, § 34, Series A no. 277A, and *Demebukov v. Bulgaria*, no. 68020/01, § 50, 28 February 2008)".

30. Luchaninova v. Ucrania, de 9 de junio de 2011, pr. 63: "the mere nomination of a lawyer by the authorities does not ensure effective assistance".

31. Guerrero Palomares, S., *El principio acusatorio*, Thomson-Aranzadi, 2009, pág. 133 y ss.

32. Bonilla Jiménez, P.M., "La asistencia letrada al imputado policial por delito", *Noticias Jurídicas*, octubre 2011, versión electrónica.

33. Queralt, J.J., *Asistencia letrada al detenido*, Vizcaya, 1991, pág. 24.

34. Blasco Soto, C., "El derecho de asistencia letrada en la instrucción del proceso penal", *Revista Jurídica de Castilla-León*, nº 14, enero 2008, versión electrónica.

35. Pleno no jurisdiccional celebrado el 28 de noviembre de 2006 por la Sala Segunda del Tribunal y en el que se acordó que "las declaraciones válidamente prestadas ante la Policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia". Acuerdo que fue inmediatamente seguido por la STS nº 1215/2006, de 4 de diciembre.

36. Alguna Audiencia Provincial ha hecho uso ya del contenido de dicho auto para denegar la existencia de vulneración del derecho de defensa por la negativa a la entrevista previa (AP Jaén, nº 180/2006 de 4 diciembre. —JUR 2007\163573—).

37. Calero Jiménez, J.M., ¿Puede el abogado que asiste a un detenido en una comisaría recomendarle que se acoja a su derecho a no declarar?, en <http://azaustre.es/Articuloasistenciaabogadodeclaracion.pdf>.

38. En este sentido parece que el TS emplea el vocablo “preparar”, cuando en su STS nº 1500/2000, de 4 de octubre, citando otra de 11 de mayo de 1998, manifiesta que: *“no 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”*.

39. El Ministerio Fiscal ante el TC informó en contra de la admisión a trámite del amparo, en el marco del proceso constitucional que dio lugar al comentado auto 23/2006, alegando, entre otras cosas, que: *“la denegación de la posibilidad de una entrevista previa entre este último y su Abogado [...] viniendo justificada, por otra parte, por la necesidad de mantener un cierto ámbito de autonomía en el desarrollo de las iniciales pesquisas policiales a fin de que no pueda perjudicarse su buena marcha en prosecución del legítimo derecho de la sociedad a la persecución de los delitos”*. Parecidos argumentos se contienen en la Consulta 2/2003, de 18 de diciembre, sobre determinados aspectos de la asistencia letrada al detenido.

40. Ello se pone de manifiesto con claridad en el tenor literal del artículo 406 de la LECrim y en diversa jurisprudencia del TS, entre la que cabe destacar la STS de 20 de enero de 1989 que declarara que *“la confesión del encausado no se considera ya como en tiempos pasados la reina de las pruebas (probatio probantissima), de modo que cuando era el alma del proceso o sistema inquisitivo se buscaba como única, esencial y necesaria prueba y no se vacilaba en recurrir al tormento para obtenerla”*.

41. Cuenca García, M.J., *La función de los abogados y procuradores y los intereses de los clientes*, Cizur Menor, 2006, pág. 93.

42. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:295:0001:0003:ES:PDF>

43. En la que el artículo 33, rubricado “Derechos de la persona investigada”, disponía que *“1. En los términos establecidos en esta ley, toda persona sometida a investigación tiene derecho a: [...] b) Conocer las diligencias de investigación practicadas y las que desde el momento de la primera comparecencia se realicen.[...] d) Entrevistarse reservadamente con su abogado antes y después de cualquier declaración, incluida la que preste en sede policial”*.

44. En cuyo artículo 7.3 se hace constar que: *“El derecho de defensa comprende la asistencia letrada de un Abogado de confianza de libre designación o, en su defecto, de un Abogado de oficio, con el que podrá comunicarse y entrevistarse reservadamente en cualquier momento del proceso y que estará presente en todas sus declaraciones”*, lo que se reafirma en el artículo 263.3: *“Tanto antes como después de prestar declaración, el encausado podrá entrevistarse con su Abogado, consultar las actuaciones procesales y diligencias de investigación y obtener copia de las mismas, sin perjuicio de lo establecido para los casos de incomunicación y secreto de las actuaciones”*.