

ASISTENCIA LETRADA AL DETENIDO

Prof. Dr. D. JOAN J. QUERALT

Catedrático de Derecho Penal.
Letrado del Tribunal Constitucional.

I. Planteamiento

La asistencia letrada al detenido es un derecho, ahora constitucional, del que toda persona que se encuentre en España goza (artículos 17.1 CE y 520.2 LECr).

Su propio devenir práctico no estuvo exento, al principio, de dificultades de rodaje. Las causas, ya superadas, no interesan ahora. Sólo es necesario resaltar un hecho que está presente a lo largo de las presentes notas: la existencia de **asistencia letrada al detenido supone un cambio cualitativo** tanto de la posición del inculpado, siquiera inicial e indiciariamente, en nuestro proceso penal, como obliga a un replanteamiento de la misma estructura y funcionamiento procesal. En efecto, el inculpado es un sujeto activo en la tramitación de la causa, dado que su posición está arropada de un conjunto de derechos y garantías lo suficientemente amplios como para hacer valer su derecho a la integridad física y jurídica y a la presunción de inocencia, de la que sólo la prueba lícita de cargo le podrá descabalar. Por otro lado, sea cual fuere la regulación concreta de nuestro procedimiento, la Constitución, recogiendo los aspectos más cabales y progresivos de la ya más que centenaria LECr, potencia la oralidad, la contradicción y la bilateralidad, también en las fases iniciales del proceso, **proceso que da comienzo, funcionalmente, con la detención preventiva**. Los vestigios inquisitoriales, consecuencia de una cultura jurídica precientífica y no racionalista, vestigios que formalmente pertenecen al Ancien Régime, pueden ser —son— ahora definitivamente expulsados de nuestra práctica.

1. Efectos de la asistencia letrada.

La presencia de letrado en las actuaciones, para lo que aquí interesa, policiales, además de garantizar la integridad física y jurídica del detenido, se está dando carta de naturaleza a lo que de dichas diligencias se derive. Dicho de otro modo, la presencia de letrado permite que se vayan **preconstituyendo una serie de pruebas**. Así es; por un lado, aquellas que van a ser de difícil o imposible reproducción en el acto del juicio oral (el reconocimiento por el turista desvalijado que vuelve o volverá de inmediato a su país de residencia, o el testimonio de la víctima moribunda que dice reconocer a su agresor, por ejemplo). De otro, nos hallamos ante las no infrecuentes negativas del acusado en el acto del juicio oral de haber dicho lo que, a presencia de letrado, consta documentalmente qué dijo. En ambos supuestos, salta a la vista que si existieron irregularidades en la confección de todas esas diligencias y el letrado no las impugnó, ya fuere ante la propia policía judicial antes de firmar el atestado o la documentación de aquéllas, ya sin solución de continuidad ante el Juzgado de Guardia, la diligencia precitada puede pesar como una losa sobre la defensa del acusado. Alegar todos los vicios posibles, sólo en el acto del juicio oral, cuando han existido momentos anteriores oportunos para sembrar legítimamente de duda la idoneidad como futura prueba de cargo de las irregulares diligencias, es confiar más en la benevolencia o credulidad de los juzgadores que desarrollar una auténtica función defensora del representado, lo sea a título de libre designación o lo sea por haber correspondido tal defensa por el turno de oficio.

II. Ambito de actuación de la asistencia letrada al detenido

Esta actividad profesional se centra en prestar asistencia jurídica a aquellas personas que han sido detenidas preventivamente. La detención preventiva constituye el ámbito en que se mueve esta modalidad de asistencia letrada y lo hace tanto desde el punto de vista objetivo (qué es la detención preventiva) como temporal (cuándo empieza y cuándo acaba la detención preventiva). Sintéticamente se da respuesta a estas cuestiones en las líneas que siguen.

1. Detención preventiva.

A la vista de la redacción del artículo 17.2 CE que establece que los detenidos preventivamente serán puestos o en libertad o a disposición de la autoridad judicial, ha de concluirse que **la detención preventiva es aquella privación cautelar de libertad ambulatoria que tiene su base en un hecho punible**.

El presupuesto, pues, de la detención es un hecho punible. Por tal ha de entenderse, tal como ya he expuesto en otros lugares, lo que en el Código Penal se entiende por hecho o infracción, es decir, un comportamiento típico y antijurídico. De este modo no se requieren las notas de culpabilidad ni de penalidad; así, los menores u otros inimputables deben ser detenidos si han cometido presuntamente un hecho calificado en las leyes penales como delito.

Por otro lado, los hechos punibles están catalogados, es decir, tipificados, en el Código Penal y las demás leyes penales. De este modo, baste recordar que de los artículos 3 y 12 CP se extraen todas las posibles figuras delictivas. El primero de dichos preceptos nos recuerda que son punibles los delitos consumados, la frustración, la tentativa, la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir; quedan fuera, de esta suerte, otros actos preparatorios y el fuero interno. De estas figuras son, de acuerdo al artículo 12 CP, responsables sus autores, los cómplices y los encubridores, o dicho más técnicamente, los autores y los partícipes. Cambiando, pues, estas figuras de intervención en el hecho y quienes sean responsables con cada una de las tipificaciones de la Parte Especial de las Leyes penales obtendremos los hechos punibles que habilitan a la práctica (obligada —artículo 359 CP—) de la detención preventiva.

De este modo, y esto es significativo, poco importará que el delito, a los exclusivos efectos de la detención, sea flagrante o supuesto. Si es flagrante, es decir, es un delito cuya comisión se percibe sensorialmente y no sólo intelectivamente, procede la detención sin más. Si el delito es sospechado, procederá la detención si existen motivos racionalmente bastantes que, junto a otros requisitos que veremos más abajo, impongan tal actuación (artículo 492, 4.º LECr).

2. Función de la detención preventiva.

Junto a la verificación de que indiciariamente se dan los requisitos anteriores, el letrado

asistente deberá verificar uno más, y no por citarlo en último lugar en este apartado sistemático tiene menor entidad. Se trata de que la detención preventiva, en tanto que medida cautelar y temporalmente limitada, cuya finalidad es poner a disposición de la autoridad judicial la persona del detenido o detenidos, **no es generada automáticamente por estar en presencia de un hecho punible**, sino que dependerá de ciertas características del ilícito y del presunto delincuente. Veamos los diversos supuestos.

a) Faltas.

Así es: en primer término, nos encontramos con las faltas para las que rige, de acuerdo al artículo 495 LECr, el criterio de no detención. En efecto, como consecuencia del principio de proporcionalidad, siempre que el sujeto tenga domicilio conocido o preste fianza bastante a juicio de la autoridad de policía judicial que le pretenda detener, no procederá en modo alguno la privación, siquiera cautelar, de libertad del sujeto.

Examinemos los requisitos.

Por **domicilio** conocido ha de entenderse domicilio que se pueda conocer o que resulte acreditable razonablemente por el sujeto que vaya a ser detenido. Como es imposible que los agentes policiales conozcan a todos los sujetos que se hallan en el territorio nacional y que, además, conozcan su domicilio vigente, habrá que estar a lo que digan sus documentos de identidad (DNI, Pasaporte, permiso de trabajo o de residencia, permiso de conducir, licencia de armas, cartilla de la seguridad social, acreditaciones profesionales públicas o privadas, tarjetas de crédito...) y la fiabilidad que presenten estos u otros indicios (declaraciones de sus acompañantes, documentación del vehículo alquilado, por ejemplo). No pudiendo establecer el domicilio al instante, puede acudir a la segunda modalidad legal optativa de la detención: la fianza bastante. Aunque sistemáticamente (artículo 529 II LECr) por fianza debe entenderse el depósito de una cantidad de dinero —nunca, al día de la fecha, superior a las 100.000 pesetas (artículo 28 CP)— o símbolo análogo por idéntico valor, atendido que se trata de seguir en libertad, nada impediría que se entendiera por fianza, también la caución de conducta prestada por un tercero, en el sentido de hacerse responsable de la comparecencia del sujeto ante la autoridad judicial cuando fuera llamado, pues ese y no otro es el fin tanto de la detención como de la fianza.

b) Delitos menos graves.

Tampoco procede la detención si el delito del que es imputado el sujeto tiene pena no superior a prisión mayor (artículo 492, 3.º LECr). Dado que estamos ante una medida cautelar y dado que la libertad es piedra angular del ordenamiento jurídico (artículo 1.1 CE) para proceder a la detención de un sujeto al que se le imputa un delito, llamémosle, menos grave, se requiere que, siquiera indiciariamente, el agente de policía judicial efectúe un juicio de probabilidad respecto a si el sujeto se sustraerá o no a la acción de la justicia. En todos estos casos en los que la pena privativa de libertad en juego —y no digamos cuando se trata de pecuniarias, con su límite de responsabilidad personal subsidiaria de hasta seis meses, y de las privativas o limitativas de derechos— no supera los seis años, el legislador, prudentemente, ha optado por un difícil, pero necesario, equilibrio, entre la libertad y cierta concepción de la seguridad. Para ello pone en manos de los agentes el discernir el peligro de sustracción a la acción de la justicia por parte del deteniente. La ley, quizá debiendo haberlo hecho —como si lo hace, en cambio, para la prisión provisional—, no ofrece baremo alguno en el que apoyarse. Ello no comporta que la decisión no esté sujeta al control de razonabilidad; así, cuanto menor sea la gravedad material del hecho imputado —material en cuanto a los posibles efectos afflictivos de una eventual pena— y mayor sea el arraigo del sujeto, menor será el peligro de sustracción a la acción de la justicia; así, si consta que el sujeto tiene empleo estable, que tiene familia y que atiende regularmente sus obligaciones familiares, que ha observado una conducta convivencial, por lo general, correcta, o que, aunque deba ausentarse por sus ocupaciones, está en todo momento localizable —un viajante de comercio, un camionero, por ejemplo—, la detención no procederá. Es más, de darse estos requisitos y acordarse la detención, el letrado deberá instar la inmediata puesta en libertad, ante la policía judicial y ante el Juez, reservando para el detenido las acciones a que en Derecho hubiera lugar. Ello se debe a que detener por un delito menos grave, sin que se haya verificado este juicio de pronóstico de sustracción a la acción de la justicia engendra un delito de **detenciones** ilegales (STS 6.10.1989), puesto que está ausente, por no verificado, un elemento: el peligro razonable de no personación ante el Juez del detenido cuando sea llamado.

c) Delitos graves.

Finalmente, cuando la infracción es grave, es decir, cuando la penalidad asignada supera la barrera de los seis años y un día, la detención preventiva se impone sin ningún género de excepciones (artículo 492, 4.ª LECr). El temor legal a que el sujeto no comparezca al llamamiento judicial opera iuris et de iure, al menos, en esta fase inicial, modulándose este temor en fases posteriores, o sea, a la hora de acordar el Juez la libertad provisional. Sin que debamos entrar aquí en esta última cuestión, lo que sí ha de destacarse es que para el legislador los presupuestos de ambas medidas cautelares no son idénticos, desempeñando la oportunidad y la conveniencia (la alarma social, por ejemplo) a la hora de acordar el ingreso en prisión un papel preponderante, junto, lógicamente a la gravedad de la imputación, imputación que en tal fase, cuando se ordena el ingreso en prisión, es judicial.

III. Contenido de la asistencia letrada al detenido (I): cuestiones previas

El artículo 17.3 CE refiere que la asistencia letrada se prestará en los términos que digan las leyes. La ley que ordena el contenido de este derecho es, esencialmente, el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

De la lectura y análisis cabe desprender tres grandes áreas de prestación de asistencia letrada al que se encuentra sometido al trance de la detención preventiva: cerciorarse el letrado que se han respetado los derechos del detenido, precisar el contenido de las actas en que consten las diligencias en que como abogado haya asistido y, por último, a entrevistarse reservadamente con el detenido (artículo 520.6 LECr).

Antes de entrar a la exposición de los aspectos acabados de reseñar, conviene hacer mención de, por lo menos, dos requisitos previos a toda intervención del letrado, a saber: la cuestión del intérprete y la de la toma de conocimiento del atestado.

1. Derecho al intérprete.

La asistencia letrada, prevista en los artículos 6.3 c) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH) y 24.2 CE, tal como lo ha establecido el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo (en adelante, TEDH) en los casos Artiko —13-5-1980—, Pakelli —25-4-

1983—, Goddi —9-4-1984—, Can —30-9-1985—, y lo ha reiterado el Tribunal Constitucional (STC 37/1988, f. j. 6), ha de ser **real y efectiva**. Por ello, es presupuesto básico de estas notas que exista posibilidad de comunicación entre detenido y abogado (STC 71/1988, f. j. 4). Tal comunicación no puede tener lugar si el interesado manifiesta o demuestra no entender el castellano u otro idioma oficial en el que se realicen las actuaciones o resulta ser un impedido sensorial (STC 30/1989, f. j. 3). En ambos supuestos, se hace necesario el concurso de un intérprete, incluso para aquellos sujetos que, aun siendo españoles, no entiendan el castellano (STC 74/1987, f. j. 3).

La aún vigente regulación de la LECr en materia de intérpretes ha sido atemperada tanto por la LOPJ (artículo 231.5) como por la LO 7/1988 (artículo 785, primera). En efecto, en aras de una mayor celeridad y —seguramente— en atención a un mayor número de personas que conocen idiomas extranjeros, no es necesario exigir que el detenido sea asistido por un intérprete con título oficial (artículos 440 y 441 LECr); bastará con que se trate de una persona que diga conocer el idioma o lenguaje en cuestión y que preste promesa o juramento de desempeñar su función lealmente. Esta función de intérprete no puede ser llevada a cabo por funcionario de la policía judicial alguno; aunque, por descontado, puede ejercer tal función cualquier otro funcionario no policial, sea de carrera o eventual, y con independencia de su régimen de adscripción a la función pública. La razón de tal exclusión ha de buscarse en el mantenimiento de la imparcialidad que debe presidir la investigación criminal (artículo 2 LECr).

Discutible, por estrictas razones de oportunidad y conveniencia al derecho de defensa, es la cuestión relativa a si el propio letrado asistente, conocedor del idioma en cuestión, puede, previos los trámites legales, ejercer como intérprete. En principio, desde la perspectiva de la oportunidad, la respuesta debería ser negativa, aunque en el caso concreto pudieran primar otras consideraciones, tales como la celeridad, la naturaleza del delito imputado (accidente de tráfico, por ejemplo). Lo mismo cabe decir de la interpretación cuando se trate de un sordo o sordomudo.

En todo caso, ha de cuidarse de que las **preguntas y respuestas** que se efectúen al y por el detenido **consten debidamente documentadas en el idioma del detenido**, además de en la versión castellana (artículo 440 III LECr). De este modo, las eventuales divergencias respecto del contenido de las manifestaciones

en ambos idiomas pueden ser llevadas al plenario y solicitar, entonces sí, su estudio por un intérprete jurado.

2. Acceso al atestado o las diligencias ya practicadas.

Este es un tema igualmente previo a la asistencia letrada propiamente dicha, si por tal se entiende la regulación enunciada contenida en el artículo 520.6 LECr. Últimamente este ha sido un tema que, incluso se ha suscitado judicialmente, y los tribunales han dado la razón a los letrados que, para asistir en condiciones a sus clientes, entendían que era necesario tomar conocimiento previo de las diligencias practicadas o del atestado ya remitido al Juez.

Ciertamente la solución a esta cuestión viene dada por una interpretación sistemática de la regulación de la asistencia letrada. Por un lado, el artículo 520.2 c) LECr, al reconocer y regular el derecho del detenido a la asistencia letrada, reconoce este derecho para que tal asistencia lo sea en las **diligencias policiales** y judiciales, tal como establece el artículo 17.3 CE. Es decir, la asistencia lo es para unas actuaciones oficiales concretas —después veremos cuáles y cómo—; al finalizar la práctica de estas diligencias el letrado puede efectuar una serie de precisiones, ya sea solicitando la ampliación de declaraciones, ya sea haciendo constar en acta las irregularidades que haya advertido. Ciertamente para poder efectuar esas precisiones, el letrado debe poder conocer previamente cuáles son los hechos que se imputan, no su mera calificación jurídica y qué actividad investigatoria en contra de su representado se ha desplegado.

Ello es así, por dos nuevos motivos: i) porque no puede conocer del propio detenido los hechos y su versión o interpretación, sino hasta cuándo finalizan las diligencias [artículo 520.6 c) LECr]; e ii) porque, recuérdese una vez más, las actuaciones no han sido declaradas secretas —y no lo han sido, porque tal en esta fase de la investigación no cabe—. Ni tan siquiera este acceso puede restringirse cuando, por las razones que fueren, el detenido se halle incomunicado (artículo 527 LECr).

De esta suerte, al tomar el letrado asistente conocimiento de lo actuado hasta su personación en la dependencia policial, podrá encauzar su intervención en las diligencias en que haya de intervenir y complementar o impugnar las ya practicadas. Piénsese, por ejemplo, en un supuesto de presunta conducción bajo la influencia de sustancias alcohólicas, en el que, en el atestado, no consta más que la negativa del

detenido a someterse a la prueba alcoholométrica por expiración o que no conste que se le haya ofrecido al detenido la posibilidad reglamentaria de una segunda medición o la prueba de extracción de sangre, siendo ésta como es una prueba constitucionalmente aceptada por ser factible su reproducción en el acto del juicio oral (así, desde STC 100/1985); o recréese el supuesto en que, ante un atraco, sólo es detenido un tercer sujeto, cuya descripción no coincide con la que han declarado las víctimas y testigos del suceso. De estos extremos debe quedar necesariamente impuesto el letrado con anterioridad a iniciar su actividad, precisamente para que ésta resulte real y efectiva; o lo que es lo mismo: **el letrado asistente al detenido no es ningún convidado de piedra.**

3. El tiempo de personación en la dependencia policial.

Junto a los dos prerrequisitos anteriores, existe un tercero consistente en el tiempo legal en el que debe prestarse la asistencia letrada.

De acuerdo al apartado 4 del artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de modo no muy claro, puesto que se entremezclan supuestos diversos (letrado de libre designación y de oficio, junto con la renuncia, al parecer del primero, lo que motiva una designación de otro, pero, en esta ocasión, por el turno de oficio), se establece para la personación letrada en la dependencia policial-judicial un término de ocho horas. Esta regulación deja clara una cuestión y plantea dos cuestiones que no quedan claramente resueltas por la normativa vigente. Así:

a) Intervención obligatoria del Colegio de Abogados.

El legislador ha querido que, aun siendo el letrado designado de libre elección del detenido, su designación no se participe directamente al mismo, sino por intermedio del Colegio de Abogados en cuya jurisdicción se halla el centro de detención. De este modo se asegura la constancia de la efectiva comunicación policial, dado que la ley requiere que tal se haga en forma que permita tal **fehaciencia**, fehaciencia que se asegura, dado que el Colegio de Abogados es una corporación de Derecho público, de reconocimiento constitucional (artículo 36 CE).

b) Momento de la asistencia letrada.

La ley calla respecto del momento en que deba ponerse en marcha por parte de la policía

judicial el mecanismo que permita la comparecencia de un letrado que asista al detenido. Teóricamente, dado que la detención puede prolongarse hasta 72 horas, y la comparecencia del letrado puede suponer una dilación de hasta ocho horas, a la vista de la naturaleza de los hechos imputados, podría calcularse el tiempo del interrogatorio al que aquél debe ser sometido y, en consecuencia, podría mantenerse a una persona detenida preventivamente hasta, por ejemplo, 60 horas sin asistencia letrada y sin, lógicamente, haber tal sujeto participado en ninguna diligencia policial. Con independencia de otras posibles valoraciones, lo cierto es que **esta dilatación en la comparecencia del letrado** en el centro de detención no parece posible.

En primer término, si bien es cierto que la ley no fija un tope máximo de tiempo para que por la policía judicial se ponga en marcha el mecanismo que nos ocupa, lo cierto es que cabe interpretar que, **cuando la ley no fija términos, se entiende que la actuación lo ha de ser sin dilación**, o sea, de modo inmediato. Esta interpretación viene avalada por tres argumentos normativos que, si bien son de diversa índole, convergen en una misma finalidad: la **indemnidad de la posición jurídica** del ciudadano detenido.

aa) Planteamiento constitucional.

El término máximo de detención son 72 horas. El artículo 17.2 CE establece este límite máximo en función de las necesidades de la investigación, lo cual quiere decir que tal lapso no es necesario agotarlo, siendo, abiertamente ilícito y generador de responsabilidad la dilatación injustificada de hasta 72 horas de detención. La Constitución parte del principio de **proporcionalidad** y, por tanto, pretende ocasionar el menor daño posible en el patrimonio jurídico de los ciudadanos.

bb) El principio de proporcionalidad en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Este principio está recogido en el artículo 528 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el período de detención, y en el artículo 520.1 en relación a la **forma** en que tal actuación ha de practicarse. No parece extravagante, sino, al contrario, una conclusión forzosa, que aun teniendo que infringir a un ciudadano la medida cautelar de la detención, una forma ciertamente menos gravosa, es la de, entre otras cosas, proceder lo antes posible a su interrogatorio

e identificación, actuaciones en las que deberá estar presente un abogado.

Puesto que la detención preventiva no es un adelanto de la pena ni, por tanto, cabe atribuirle carácter aflictivo y no responde a criterios de prevención, general o especial, el **principio de proporcionalidad**, positivamente codificado para esta ocasión por demás, requiere que **la asistencia letrada se preste lo más pronto posible**.

cc) La puesta en conocimiento judicial.

De acuerdo, por un lado, genéricamente al artículo 284 LECr y, por otro, específicamente, al artículo 295 I y III LECr, la policía judicial viene obligada, bajo sanciones ciertamente ridículas de no entenderse que está en juego algo más que la especial y singular responsabilidad disciplinaria que regula exclusiva y excluyentemente la LECr a estos precisos efectos, a comunicar a la autoridad judicial y al Ministerio Fiscal de modo inmediato, es decir, sin dilación de ninguna clase, las diligencias que hubieran practicado. A esta conclusión obliga la interpretación sistemática de los apartados III y I de la disposición procesal citada en último lugar. Dejando ahora de lado los casos de fuerza mayor, cuya previsión per se es innecesaria, lo cierto es que constituye una garantía para el ciudadano, garantía ínsita en la Ley de Alonso Martínez desde 1882, el que se comunique de modo inmediato al Juez y al Ministerio Fiscal las diligencias practicadas. Cuando éstas sean, como es aquí el caso, constitutivas de una medida grave, la necesidad es aún más imperiosa, entrado limitadísimo en juego el apartado primero del artículo 295 LECr. En el oficio de remisión al Juez y al Ministerio Fiscal, además de hacer constar la descripción de los hechos, actuaciones practicadas y nombre de implicados y testigos, **debe constar**, porque se trata también de una diligencia, **cuando se ha puesto en conocimiento del Colegio de Abogados el hecho de la detención** para que por esta Corporación pueda nombrarse el letrado correspondiente.

Se haga así o no, y con independencia de otras consideraciones, lo cierto es que, al dársele cuenta al letrado asistente de esta y de las demás diligencias, el abogado podrá controlar el efectivo tiempo de privación de libertad —confrontándolo, en su caso, con la documentación obrante en poder del Juzgado de Guardia o de Instrucción, si a ello fuere menester.

De todo lo antedicho se desprende, quizá no con la claridad exigible al legislador en cuestiones de procedimiento tan decisivas como las presentes, que **no es compatible con nuestro Derecho el que exista el arresto policial**, ajeno a todo control, judicial o del letrado que constitucionalmente debe prestar su asistencia al detenido. Por tanto, la llamada al Colegio de Abogados para que un letrado, ya sea de libre elección, ya sea de oficio, se persone en el centro que se indica en la comunicación, ha de entenderse que ha de efectuarse **sin solución de continuidad al ingreso del detenido** en el citado centro.

dd) El artículo 386 LECr.

Lo dicho hasta ahora podría desbaratarse si se tuviera en cuenta que el artículo 386 LECr establece que el interrogatorio del procesado, si está detenido, ha de efectuarse dentro de las primeras veinticuatro horas de su detención, término prorrogable, en caso de fuerza mayor, otras cuarenta y ocho horas. A la vista de que, no sin fundamento, la práctica extiende a la actuación policial la regulación de las diligencias judiciales en fase de instrucción, pudiera concluirse que, en este caso, también puede trasladarse in toto sin mayor problema tal regulación a nuestro tema.

Como regla general ha de recordarse que la función policial y la judicial responden a objetivos y finalidades diversas, aunque la causa última sea la misma: la lucha contra la delincuencia. Pero no ha de olvidarse que ni el status jurídico judicial y policial son análogos ni pueden emparejarse ni el juego que desarrollan las garantías ciudadanas en una y otra esfera es idéntico, dado que se actúa en fases procesales diversas. En líneas generales, a la celeridad policial se contraponen cierto reposo judicial, puesto que no es lo mismo responder ante una situación fáctica que ante una elaboración jurídica de los hechos, que es, precisamente, la que efectúan la policía judicial. Dada la premura e inmediatez material, que priva de otras ponderaciones y perspectivas la actuación policial, resulta que la intervención del letrado, prestando asistencia al detenido, tiene que ser tan célebre como es la actuación policial. Y, por ello, no cabe entender que su presencia pueda ser diferida por necesidad de la investigación, máxime cuando, en todo caso, **el artículo 386 LECr más que una medida aplicable en sede policial es una excepción al principio de inmediatez sólo en sede judicial.**

ee) Consecuencia.

De lo dicho ha de retenerse como conclusión que el mecanismo de la asistencia letrada ha de ponerse en marcha por la policía judicial —o, en su caso, por el Juez o el Ministerio Fiscal— tan pronto el detenido se halla en poder de quien haya practicado la detención. Ello tiene como consecuencia necesaria que la personación del letrado en las dependencias en las que se encuentre el interesado no podrá tener lugar mucho más allá, como máximo, de las ocho horas a contar desde el momento mismo de la detención. **De esta suerte, los términos máximos de la permanencia de un sujeto en prevención y los de la personación del letrado para asistirle se inician en el mismo momento: en el momento en que el sujeto es privado de su libertad ambulatoria.**

c) No personación del letrado.

De acuerdo a la regulación del artículo 520.4, II LECr, en caso de inasistencia del letrado que resulte injustificada podrá practicarse la declaración y/o reconocimiento del detenido, si éste lo consintiere.

Esta dicción legal plantea una serie de problemas que vamos a analizar a continuación.

aa) No personación injustificada del letrado.

El letrado ciertamente, incumpliendo o no sus deberes profesionales (artículos 57.3 y 59, Estatuto General de la Abogacía) puede no personarse en las dependencias policiales para la asistencia que se le ha requerido dentro del término legal fijado.

Para lo que aquí interesa, **esta inasistencia debe ser analizada con independencia de si es justificada o no, a la luz de quien entiende que tal inasistencia no está justificada** y qué efectos tiene tal consideración sobre los derechos del detenido y, lo que es aún más decisivo, los efectos prácticos que de ello puedan derivarse procesalmente en el futuro de la causa que con la detención se va a iniciar.

A la luz de la letra del artículo 520.4, II LECr, quien debe decidir si la no asistencia del abogado para prestar la asistencia requerida es justificada o no es el **funcionario de policía judicial** que instruya las diligencias pertinentes —o, en su caso, el Juez o el Ministerio Fiscal—. Poco importa aquí que lo decida motu proprio o que acuda al consejo de sus superiores, lo cierto es que él es quien corre con la responsabilidad de efectuar tal valoración.

Ciertamente, el objetivo de tal valoración es obtener una declaración o reconocimiento del detenido, pues de lo contrario no se llevaría a cabo tal valoración y no se obraría en consecuencia. De ello cabe derivar, sin necesidad de entrar a indagar sobre la no muy exacta correlación entre este precepto y el artículo 17 CE, que **las diligencias que se lleven a cabo con el detenido sin la preceptiva asistencia letrada no podrán generar el efecto preconstitutivo** que tal asistencia si como sabemos. La única explicación posible a esta normativa estriba en permitir que no cesen las investigaciones, si el detenido lo desea. Llegados a este punto, no es necesario entrar en el tema de la renunciabilidad de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta que la asistencia letrada es un derecho fundamental y, por tanto, en principio, a falta de previsión constitucional expresa en contrario, irrenunciable.

De lo que se trata es de resaltar un aspecto diferente. Se trata de reiterar que, si bien la declaración y reconocimiento sin asistencia letrada pueden tenerse como irreprochables legalmente, ante la inasistencia injustificada del letrado, tales diligencias se integrarán como un elemento más del atestado sin sobrepasar el carácter legal de denuncia (artículo 297 LECr), tal como tuvo que recordar, y desde entonces ha mantenido inalterable doctrina el Tribunal Constitucional desde su STC 31/1981. Esta declaración, sin asistencia letrada, deberá como mínimo ser ratificada a presencia judicial y con asistencia letrada para tener algún tipo de valor en el devenir procesal. Dicho de otro modo: la falta de asistencia letrada, sea ésta debida a una causa justificada o no, no preconstituye prueba alguna.

bb) No asistencia letrada en materia de delitos relativos a la seguridad del tráfico.

Por su parte el ordinal siguiente del artículo 520, es decir, el apartado 5, contiene una posibilidad expresa de renuncia cuando el detenido lo sea exclusivamente por delitos relativos a la seguridad del tráfico, es decir, exclusivamente las infracciones contempladas en los actuales artículos 340 bis a), a 340 bis d) CP.

A lo ya dicho en cuanto a los efectos de la inasistencia del letrado, sólo cabe añadir mayor abundamiento. De la renuncia al ejercicio de tal derecho —y sin entrar, de nuevo, sobre la corrección constitucional de esta previsión del Derecho ordinario— no puede derivarse efecto

nocivo alguno para el detenido: las diligencias en las que participe carecerán de todo carácter preconstituido, y formarán parte, a todos, pero a esos solos efectos del atestado.

IV. Contenido de la asistencia letrada (II): verificación de derechos, la asistencia a las diligencias, la entrevista reservada

Fijados los aspectos anteriores procede entrar ya de lleno en el contenido de la prestación de la asistencia letrada. Esta, como queda enunciado, consiste, en primer término, de acuerdo al artículo 520.6 LECr, en la verificación por parte de letrado de que se le han respetado al detenido sus derechos constitucionales y legales; en segundo término, el letrado en defensa del detenido tiene la facultad de hacer completar las diligencias practicadas y, en tercer lugar, y precisamente por este orden, el detenido y el abogado pueden entrevistarse reservadamente. Concluiremos este apartado con una nueva cuestión: se planteará si las diligencias a las que, como derecho fundamental del detenido, ha de asistir el letrado técnicamente son sólo las de la declaración de aquél y su eventual reconocimiento de identidad.

1. Verificación de derechos.

Los derechos del detenido son de dos clases, a saber: los que tienen una expresa y directa configuración constitucional y aquellos otros que están establecidos por voluntad de legislador, para mejor servir a aquéllos, pero que dependen, en principio, de su exclusiva voluntad en tanto que legislador garantista, es decir, de legislador en un Estado social y democrático de Derecho.

Entre los primeros derechos, es decir, los de **índole constitucional**, se encuentran el derecho a ser informado de los motivos de la detención, a permanecer callado, a no declarar contra sí mismo y a la asistencia letrada, además de la garantía del tiempo máximo de detención. Entre los **derechos de configuración legal** encontramos el derecho a comunicar la detención, el derecho al reconocimiento por parte del médico forense y derecho al intérprete. La ley hace referencia a otros derechos relativos al intérprete para los extranjeros, a la detención de extranjeros, de menores y otros incapaces; estas peculiaridades serán analizadas, como supuestos especiales infra V. Por tanto, aquí nos limitaremos a los derechos enunciados.

a) Derechos constitucionales del detenido.

aa) Derecho a ser informado de la imputación.

En primer lugar, en el acto de la detención se informará al detenido "de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de sus derechos y de las razones de su detención" (artículos 17.3 y 520.2 CE).

Desde una perspectiva lógica el detenido debe ser informado primero, en el momento de proceder a la detención, del hecho que se le imputa y de los derechos que le asisten: ésta es la regulación positiva en el artículo 520.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El hecho debe ser concreto y no genérico; tiene que señalarse también el grado de participación en que se le considera incurso. Como sabemos, si ello es razonablemente sustentable en el momento de la detención por la información de que dispone la Policía, poco importa que las investigaciones posteriores, policiales o judiciales, demuestren lo contrario o descubran algo distinto, incluso si se llega al convencimiento de la inocencia del sujeto en cuestión.

La obligatoriedad de tal información se apoya en una razón importante: en un Estado no autoritario se considera necesario que todo sujeto pueda preparar su defensa ante una acusación de los poderes públicos, que son siempre más fuertes que él; y se le otorga esa posibilidad aun sabiendo que el detenido puede fallar a la verdad. En todo caso, forma parte de su derecho de defensa.

bb) Derecho a permanecer callado.

El siguiente derecho es el de permanecer callado, como disponen los artículos 17.4 CE y 520.2 a) y b) LECr. Este derecho a no declarar supone también el de no declarar contra sí mismo ni declararse culpable [artículos 24.2 CE y 520.2 b) LECr]. No se olvide que la confesión del presunto culpable no exime al Juez de investigar los hechos (artículo 406 LECr).

cc) Derecho a no ser obligado a declarar.

El derecho a permanecer callado impone a la Policía el deber de no obligar a declarar, pero se puede invitar a declarar al detenido, dados unos requisitos legales a los que más abajo pasaremos revista. El derecho a permanecer callado y a no ser compelido a declarar era ya reconocido por la LECr, pero sólo ante el Juez (artículo 392). El detenido tiene derecho, declare

o no declare, a comunicarse personalmente con su abogado, una vez finalizado el (infructuoso) interrogatorio [artículo 520.6 c) LECr] y tantas veces como desee.

Este derecho a no ser obligado a declarar debe entenderse en el sentido ya apuntado anteriormente de que, en determinados casos, el detenido puede prestarse voluntariamente, es decir, sin coacción ni engaño a declarar. Tales supuestos son aquellos en que pasan más de ocho horas sin que se persone el letrado o cuando se imputa al detenido exclusivamente un delito contra la seguridad del tráfico.

Sucedé, además, en ocasiones que el detenido no sólo no se niega a declarar, sino que espontáneamente manifiesta lo que tiene a bien. En tales casos, a la primera actuación del letrado asistente será la de **clarificar** los extremos en que se ha producido tal espontánea manifestación y obtener la ratificación o retractación de tal declaración a su propia presencia, exigiendo que, caso de darse contradicciones, ambas manifestaciones consten en el atestado policial a remitir al Juez de Instrucción.

Sobre la **entrevista reservada** en el caso de que, habiendo hecho uso de su derecho constitucional, el detenido se niegue a declarar, vid. infra 6.

dd) Derecho a la asistencia letrada.

Este es precisamente el objeto que nos ocupa y al que se destinan las presentes líneas.

Interesa aquí, sólo, la cuestión de cómo se verifica por parte del letrado que los derechos legales y constitucionales que asisten al detenido han sido cumplimentados por la policía judicial. Ciertamente, como primeras diligencias tras la detención, debe figurar un **acta** de comunicación de derechos al detenido y la respuesta que haya dado, acta que puede ser impugnada por el letrado, ya sea ante los agentes instructores o, en caso de negativa de éstos, sin solución de continuidad ante el Juzgado de Guardia.

Así es. Por un lado, tal como está confccionado el artículo 520.6 a) LECr, es el letrado, en cuanto director técnico-jurídico de la defensa del detenido, a quien corresponde verificar, de acuerdo a su leal saber y entender, si y cómo se han cumplido por la policía judicial los derechos del detenido, **sea cual fuere la voluntad del detenido**. De tal suerte, se pretende garantizar la integridad de tales derechos y sustraer al detenido a la posible presión que puede sentir por el mismo hecho de la detención, sin que ello implique prejuzgar si los agentes han ejercido presión o apremio sobre el ciudadano privado

cauteladamente de libertad. La situación de detenido no es, fácil es suponerlo, una situación ni agradable ni en la que el sujeto pueda sentirse con la suficiente calma de espíritu como para adoptar una serie de decisiones de relevancia para su propia defensa. Por tanto, ello depende de un tercero, técnicamente preparado, como es el abogado, y en sus manos queda la verificación en cuestión. Así pues, no basta sólo la conformidad formal de lo actuado con la normativa constitucional y legal, sino que el detenido esté en condiciones de comprender exactamente el alcance de lo que se le dice de los actos que, en consecuencia, realiza.

b) Derechos legales.

Estos derechos, como queda dicho, no vienen estatuidos directamente por el texto constitucional, pero se derivan del derecho de defensa, lo que no permite una entera disponibilidad por parte del legislador. Su mayor peculiaridad reside en que, a diferencia de los constitucionales, de imposible renuncia salvo previsión constitucional expresa, sí pueden ser renunciados por su titular, dentro del límite que impone el artículo 6.2 CC, es decir, el perjuicio de terceros y el interés público. Hecha esta salvedad procede pasar revista a estos derechos; así:

aa) Derecho a comunicar.

El artículo 520.2 d) LECr prevé, además, el derecho a comunicar a un familiar u otra persona el hecho de la detención. Calla la ley respecto a si tal comunicación puede efectuarla el propio detenido o corresponder a los agentes el hacerlo. En la medida de lo posible sería de desear que fuera el propio detenido, que, si se produce la incomunicación, pierde este derecho [artículo 527 b) LECr]. En todo caso, la posibilidad de comunicar el hecho de la detención ha de participarse al detenido de inmediato, quedando a su arbitrio el momento de llevarla a cabo, si tal desea.

Cuando la persona detenida sea menor o incapaz, la autoridad de policía judicial deberá comunicar el hecho a los familiares o responsables, y, en caso de no localizarlos, al Ministerio Fiscal (artículo 520.3 LECr). Se procurará, en la medida de lo posible, la separación de estos detenidos del resto (artículo 521 II LECr).

bb) Derecho a reconocimiento médico.

De acuerdo al artículo 520.2 f) LECr, el detenido tiene el derecho a ser reconocido por el médico forense, en los términos que más abajo se dirán.

Conviene, en primer lugar, recordar que este derecho puede ser ejercido en cualquier momento durante la detención, tanto por el interesado, como por su letrado; el detenido, como mínimo, ha de tener la constancia de que la posibilidad de tal reconocimiento le ha sido ofrecida al detenido.

En lo tocante a qué médico haya de ser el que efectúe, caso de ser solicitado, el reconocimiento médico, la LECr establece que será, en principio, el médico forense, o su sustituto, es decir, el médico asignado a los órganos judiciales. caso de no poderse practicar por este médico el reconocimiento, podrá ser efectuado por el médico que preste sus servicios en la Institución en que el detenido se halla en ese momento o bien por otro facultativo dependiente de cualquier administración pública. Con esta regulación salta a la vista que el legislador, si bien entiende que cada detenido puede ser asistido por un abogado de su libre designación, no puede ocurrir lo mismo con el reconocimiento médico. Este **sólo puede ser prestado por un facultativo dependiente de una administración pública**, con lo que, convertido el facultativo, a efectos penales (artículo 119 CP), en funcionario público, su dictamen goza de una presunción de autenticidad, cuando menos de hecho.

En todo caso, si a juicio del letrado el certificado que se expida por el facultativo no casa con lo que él mismo aprecia, ciertamente le asiste la potestad de requerir otro reconocimiento por el mismo facultativo y/u otro, igualmente dependiente de un ente público. De no obtener este segundo reconocimiento, le cabe solicitarlo al Juzgado de Guardia.

cc) Derecho a intérprete.

Si bien al principio señalábamos como presupuesto del derecho de defensa el que el detenido y su abogado pudieran comunicarse, tres cuartos de lo mismo sucede al entablarse la relación entre la policía judicial y el detenido. Salvo quizá en el momento mismo de la detención en que sólo, en algunos supuestos, muy pobremente podrá comunicarse al detenido el motivo de su detención y los derechos que le asisten —aunque existen formas escritas de paliarlo—, lo cierto es que cualquier diligencia posterior que se produzca deberá contar con la presencia de intérprete en los términos ya descritos más arriba —supra III.1—, tanto para extranjeros, como para españoles que den a entender que no comprenden el castellano, pues, de lo contrario, como pone de relieve la

STC 74/1987, se produciría una discriminación insoportable entre españoles y extranjeros con ocasión del ejercicio de un derecho fundamental como es el derecho de defensa.

Lo dicho para quienes no entiendan el castellano u otro idioma oficial en que se desarrollen las diligencias es extensible a los detenidos que sufran alteraciones sensoriales, sean éstas relevantes para una hipotética exclusión de la culpabilidad o no (artículo 8, 3.º CP).

2. Asistencia a las diligencias.

a) ¿A qué diligencias?

El artículo 17.3 CE textualmente dispone, entre otras cosas: "Se garantiza la asistencia letrada al detenido en las diligencias policiales y judiciales en los términos que la ley establezca". Por su parte, el artículo 520.2 c) LECr preceptúa: "(toda persona tiene) derecho a designar abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto".

A primera vista parece que el artículo 17.3 CE contiene, en el aspecto que nos ocupa, una remisión a los términos en los que tenga a bien el legislador normar esta parcela; de este modo, el artículo 520.2 c) LECr permitiría sólo la asistencia letrada al detenido en dos supuestos: en su interrogatorio y, eventualmente, cuando hubiere que identificarlo, paradigmáticamente en las ruedas de presos.

Aunque así pareció entenderlo el Tribunal Constitucional en alguna resolución (STC 47/1986, f. j. 1), esta lectura, no obstante, resulta apresurada. En efecto, el artículo 520.2 c) LECr, sin que importe ahora las razones de su concreta regulación, ha establecido el derecho a la asistencia letrada para dos diligencias, pero **ello no quiere decir que sólo pueda existir derecho a tal asistencia sólo para esas dos diligencias**. En efecto, el derecho a la asistencia letrada en las diligencias, para lo que aquí interesa, policiales, es un derecho constitucional que se ejercerá en el modo que digan las leyes; **lo que no hace el artículo 17.3 CE es limitar el número de diligencias policiales** en las que queda exigir el derecho a la asistencia letrada. De la dicción del artículo 17.3 CE que, obvio es decirlo, prevalece sobre cualquier otra dicción, **el derecho a la asistencia letrada lo es en todas las diligencias policiales**. Lo único que se remite a la ley es el modo en que tal asistencia se realizará. Y lo que ha hecho la ley es regular tal modo en sólo dos de esas diligencias: la de

declaración del detenido y la de su identificación. **Todas las demás diligencias que tengan que ver con el detenido, por ejemplo, reconstrucción de los hechos (artículo 333 LECr —I—), interrogatorios testificales, propuesta de pruebas de cargo o descargo, etc. Deben de constar con la presencia activa del letrado que asista** al detenido; esta es la perspectiva que se impone desde el derecho de defensa en el sentido de instrumental los medios de facilitar ésta [SSTC 74/1987, f. j. 3; 71/1988, f. j. 4; vid., además, artículo 6.3 a) CEDEH y 14.3 a), Pacto Internacional de Derechos Civiles].

Dado que la LECr no ha establecido modo alguno para la asistencia en otras posibles y no infrecuentes diligencias, tal asistencia tendrá que regirse **analógicamente** a lo que se previene para las que sí se establece. No entenderlo así, supondría que, pese al reconocimiento inequívoco de un derecho fundamental por parte de la Constitución, en cuya implementación el legislador sólo está llamado a colaborar en cuanto al **modo** de llevarlo a la práctica, pero no en cuanto a su acotación, el derecho fundamental quedaría, de hecho, yugulado. Ciertamente ésta no resultaría la interpretación más favorable al ejercicio del derecho fundamental y, por consiguiente, ha de ser radicalmente rechazada, de acuerdo a la constante jurisprudencia constitucional pro libertate.

Sentado esto, puede abordarse el análisis de la asistencia letrada en las dos diligencias policiales que la ley sí ha previsto el modo de llevarlas a cabo.

b) Asistencia letrada en las diligencias.

El artículo 520.6 b) LECr ofrece una regulación homogénea de la intervención del abogado en la práctica de las diligencias, tanto en la de interrogatorio como en la de reconocimiento. Sin embargo, resulta aconsejable abordarlas por separado, para su mejor comprensión. Con todo, ha de señalarse que **la regulación legal de estas diligencias es inexistente en sede policial**. La LECr contiene referencias específicas de la práctica de estas y otras diligencias exclusivamente en sede judicial. Y esta será la normativa que deberemos tener presente, pues de este sobreentendiendo parte el legislador y la práctica forense habitual. Este trasvase de las prescripciones legales normadoras de la instrucción judicial a la policial es posible mientras no se cause una lesión en los derechos fundamentales del ciudadano y tal no se producirá mientras se respeten los derechos de los artículos 17 y 24 CE y su desarrollo legislativo

en la LECr y no se olvide el diverso status del Juez y de la policía judicial y la consiguiente diversa valoración jurídica de lo actuado por ambos órganos. Ello es específicamente cierto a la vista del artículo 297 III LECr que establece, sin necesidad de mayor comentario: "En todo caso, los funcionarios de policía judicial están obligados a observar estrictamente las formalidades legales en cuantas diligencias practiquen, y se abstendrán bajo su responsabilidad de usar medios de averiguación que la ley no autorice".

3. Asistencia a la declaración del detenido.

Ciertamente esta declaración es conducente al esclarecimiento de los hechos y a la presunta intervención del detenido en los mismos. Este es, pues, el fin y no otro. Por ello, en aplicación de las reglas que se fijan legalmente para el interrogatorio de los implicados habrán de observarse las siguientes prescripciones:

a) Modo de efectuar la declaración.

- En primer término, el Abogado habrá de cuidar de que el **estado físico y psíquico del detenido** sea el adecuado para efectuar la declaración; para ello, deberá solicitar el correspondiente reconocimiento médico y, en caso de que las conclusiones que de él se obtengan no sean las que el letrado estime correctas, oponerse a ellas. En todo caso, de necesitar **asistencia médica al detenido**, la prestación de ésta, en el grado que sea necesario, desde primeros auxilios a una intervención quirúrgica, **es preferente sobre cualquier otra consideración**; y su realización **no interrumpe el término máximo de detención**, como tampoco impide que el detenido, con independencia de su estado de salud y de que haya podido prestar declaración, sea puesto a disposición de la autoridad judicial.
- En el interrogatorio **no deberán estar presentes**, en principio, **ni las víctimas**, ni sus familiares **ni testigo alguno**, sin que tampoco pueda consentirse la presencia de sus representaciones técnicas. Ello es así porque sí, partiendo de la regla de la no presencia de terceros en el interrogatorio del imputado, sólo el Juez puede permitir la presencia del acusador privado y del particular (385 LECr), es decir, de **quienes ya son parte en un proceso abierto**, con más razón deberá impedirse su presencia sin excepción alguna cuando el procedimiento formalmente no se ha iniciado y, en consecuencia, no puede hablarse de partes. Precisamente, esta diligencia será la que, de confirmarse el motivo de la detención, dará paso formalmente al proceso, por ello, un presupuesto del proceso no puede convertirse en el proceso mismo.
- Al detenido se le formularán **las preguntas de modo claro** y se le exigirá que responda, si desea responder, de igual modo (artículo 387). Sin embargo, no se le instará a decir la verdad, porque ello es contradictorio con el derecho a permanecer callado y a no declararse culpable [artículos 17.3, 24.2 CE y 520.2 a) LECr]; esta exhortación, ciertamente, ha pasado a la historia y, en todo caso, la regulación constitucional y postconstitucional, para el detenido, la ha superado.
- Las primeras preguntas, las **generales de la ley**, corresponden, lógicamente, a su filiación, estado y naturaleza (artículo 388 LECr). La respuesta a estas cuestiones no resulta problemática, toda vez que no hacen referencia al hecho objeto de la investigación y su función es la de identificar formalmente al imputado (artículos 373 a 376).
- Efectuada esta identificación personal, que nada tiene que ver con la que pueda ser objeto por parte de los testigos o víctimas, se procederá al interrogatorio propiamente dicho. Las **preguntas**, como queda dicho, serán **claras, no serán capciosas y no empleará apremio alguno sobre el detenido** (artículos 15 CE, 297 III, 389 LECr, 204 bis CP).
- A fin de garantizar la **serenidad de espíritu** del detenido, el interrogatorio **no podrá prolongarse** más allá del límite de lo que parezca que éste pueda soportar. El interrogatorio se reanudará cuando el interesado haya recuperado la calma (artículo 393 LECr).
- **Tampoco podrá reconvenirse al detenido** (artículo 396 II), aunque sí podrá llamársele la atención sobre las **contradicciones** en que haya incurrido (artículo 405 LECr). Quien interroge podrá poner de manifiesto al detenido los efectos e instrumentos del delito para que diga al respecto lo que tenga por conveniente (artículo 391 I LECr).
- Además, el detenido **puede declarar**, siempre claro está con la debida asistencia, **cuantas veces desee** y sobre todos los

extremos que tenga por conveniente, a fin de dar la explicación de los hechos que estime conveniente, incluida la exculpación (artículos 396 I, 400 LECr).

- Para responder a las preguntas el detenido podrá **servirse de notas** y, en principio, será **él mismo** —o su letrado— **quien dicte las respuestas**; en todo caso, las preguntas y respuestas que deberán consignarse **íntegramente** deberán reflejarse estas últimas del modo más literalmente posible (artículo 390, 397, 401 LECr).
- En aquellas diligencias en las que sea necesario contar con un **concurso especial del detenido**, por ejemplo, para efectuar pruebas caligráficas, tomas de sangre, reconstrucción de los hechos o similares, éste puede, igualmente, **reservarse el derecho de hacerlo ante el Juez** y, por tanto, no puede ser compelido a ello. Ello ni impide, por ejemplo, que aun sin la presencia del detenido se reconstruyan los hechos (artículo 333 LECr). En esta diligencia en sede policial debe estar presente el letrado.
- Finalmente, todo lo **actuado** debe consignarse en un **acta**, que firmarán todos los presentes; tal acta debe confeccionarse de **modo seguido**, identificándose al final los posibles errores que se hallan advertido (artículos 403, 404, 450 LECr); en todo caso, deberá hacerse constar el **tiempo** invertido en el interrogatorio (artículo 393 in fine LECr). Antes de estampar las firmas, el detenido —o su letrado— pueden **leer** el acta; de no hacerlo, se dará **lectura íntegra** a la misma por parte del funcionario que haga las veces de secretario de las diligencias y así se hará constar en el acta (artículo 402 LECr).

b) Intervención material del letrado.

Dado que, legalmente no está previsto que el letrado intervenga en el interrogatorio, aunque tampoco queda excluida esta posibilidad, lo cierto es que, antes de estampar su firma en el acta, **el letrado tiene la facultad de solicitar las ampliaciones o aclaraciones de las declaraciones vertidas** y, en todo caso, le asiste la postestad de hacer constar en el acta las **irregularidades** que haya observado [artículo 520.6 b) LECr]. Lo que no conste impugnado podrá ser utilizado, tanto en el tratamiento del proceso (libertad provisional, por ejemplo como en el juicio oral) como elemento en contra del ahora detenido.

4. Reconocimiento de identidad.

Con esta diligencia se trata, no de establecer la identidad personal del sujeto, para lo que existen otros medios (artículo 373 LECr), sino para que sea identificado por quienes hayan sido testigos o víctimas del hecho imputado policialmente al detenido.

a) Práctica de la diligencia.

El modo de llevar a cabo esta diligencia es la denominada rueda de reconocimiento o de detenidos. La regulación de este procedimiento, en sí simple, está contenida en los artículos 368 a 370 LECr.

Así, **por cada persona que deba reconocer** al detenido e identificarlo, exclusivamente de forma "clara y determinante", se constituirá **una rueda** con personas "de circunstancias exteriores semejantes" (artículo 369 I LECr). Concurriendo varias personas, pues, se impedirá que éstas se comuniquen entre sí (artículo 370 I LECr). Si los sujetos a reconocer son varios, pueden ser incluidos en la misma rueda (artículo 370 II LECr). Este último precepto constituye sólo una posibilidad; si a juicio del letrado esta inclusión múltiple no fuere pertinente para su representado, puede protestar inmediatamente y, de no ser atendida su petición, proceder como ya se ha indicado para otras diligencias.

Sin embargo, los puntos más problemáticos del reconocimiento en rueda son dos. Por un lado, la separación o no del sujeto que debe reconocer de los que integran la rueda; de otro lado, la constatación de cómo se ha efectuado ésta.

b) Separación entre testigos y detenido.

La ley otorga al Juez la facultad de que quienes deban reconocer al detenido puedan tenerlo directamente a su presencia o que tal reconocimiento se haga desde un punto en que el sujeto a reconocer no perciba quién le está identificando (artículo 369 I LECr). La primera posibilidad parece cabalmente **desaconsejable**; y, en todo caso, lo es **en sede policial**, dado que, el contacto físico puede perjudicar el reconocimiento, en ambos sentidos.

c) Constatación del reconocimiento.

De acuerdo a la letra de la ley, ha de confeccionarse un acta de la diligencia "en la que se harán constar todas las circunstancias del

acto, así como los nombres de todos los que hubieran formado la rueda o grupo" (artículo 369 II LECr).

Esta previsión hace referencia esencialmente a los integrantes de la rueda y a las reacciones de los identificadores. Por tanto, esta dicción, hoy vigente, debe ser completada, dado que constituye una prueba preconstituida, del modo documental más exacto posible para que quepa su eventual debate en el juicio oral. Pasemos, pues, a ver los dos elementos que interesan primordialmente de la rueda de detenidos.

aa) Integrantes de la rueda.

Por lo que respecta a la cuestión de la semejanza, sus integrantes deben presentar no sólo la debida semejanza física, sino la mayor semejanza posible en cuanto a la indumentaria y aspecto (ropas, aseo personal...): De ahí que el artículo 371 LECr imponga la obligación de preservar el estado externo del detenido del modo más exacto posible al que se encontraba cuando fue arrestado, lógicamente si tal estado guarda relación con el que presentaba en la comisión de los hechos. Si ambas apariencias no guardan relación, deberá **reconstruirse** en todos los componentes de la rueda el **aspecto que pudiera tener el detenido cuando se perpetró el hecho que se imputa** y/o el momento posterior en que, aún no detenido, fue reconocido por quien ahora debe hacerlo en forma. Aspectos, en principio irrelevantes, como un mal afeitado o no llevar —como es obligado en un detenido— los cordones de los zapatos, falsifican de entrada cualquier reconocimiento con garantías.

bb) Seriedad del reconocimiento.

La otra cuestión es la relativa a la contundencia de la identificación. Este, tras el anterior, es un rasgo fundamental de la diligencia, con el que, además, está íntimamente ligado: de una mala configuración de la rueda no puede salir un reconocimiento ajustado a la realidad y, por tanto, aun la más categórica de las respuestas, negativa o afirmativa, que ofrezca el reconocedor cabe legítimamente ser puesta, como mínimo, en cuarentena.

cc) Reportaje.

Por tanto, el letrado debe exigir que, en el último decenio del siglo XX, se efectúe un reportaje fotográfico o videográfico de la diligencia. De esta suerte, todas las anomalías

que detecte podrán ser contrastadas posteriormente y, llegado el caso, en el juicio oral.

5. Otras diligencias.

Ya se ha señalado antes —supra 2. a)— que pueden existir otras diligencias policiales, además de las de declaración y del reconocimiento del detenido. Entre otras posibles imaginables, especialmente en el procedimiento abreviado, nos encontramos con la reconstrucción de los hechos, el careo, y las pericias preconstituidas.

a) Careo.

Si bien el careo es un modo extraordinario de llegar al fondo de los hechos (artículo 455 LECr), puede ser en ocasiones necesario. Ello ocurre cuando las versiones que den los implicados y las víctimas o los testigos resulten contradictorias, de modo que no quepa indiciariamente fijar en el atestado una conclusión, que aunque provisional, sea razonable en cuanto a la entidad de los hechos y la participación de los presuntos culpables.

En esta confrontación, ciertamente, debe estar **presente el letrado** del detenido, si éste debe confrontarse con los testigos o las víctimas de la infracción. Para ello, se procederá como en careo judicial a dar lectura a las partes contradictorias de las declaraciones (artículo 452 LECr), reflejándose las respuestas con exactitud (artículo 453 LECr) e impidiendo agresiones físicas o verbales entre los careados (artículo 454 LECr).

b) Reconstrucción de los hechos.

Por lo que hace relación a la reconstrucción de los hechos, en la medida que sea necesaria para la confección del atestado, deberá concurrir el detenido y su letrado y, **en todo caso, éste**. De todos modos, como se viene recalcando, no puede actuar del mismo modo la policía judicial que el Juez de Instrucción; por ello, si bien la no comparecencia de ambos, detenido y su letrado, cuando la reconstrucción es judicial, no impide la práctica de esta diligencia (artículo 333 LECr), no puede ocurrir lo mismo cuando se realice por la policía judicial, dado que **está ausente**, en todo caso, el secretario que da fe de lo actuado; de tal suerte, quedaría privada de toda constatabilidad posterior la práctica de esta actividad de investigación.

En cualquier caso, al igual que sucede con el reconocimiento en rueda, es necesario recabar

la realización de un **reportaje** fotográfico y mejor aún videográfico, dado lo dinámico de esta diligencia; tan es así que la ley, aunque con la modestia de medios de la época, ya recoge un embrión de esta forma de constatación indeleble de los hechos (artículo 327 LECr).

c) Pruebas periciales preconstituidas.

Cuando se proceda a la detención de una persona, ésta puede ser objeto inmediato de ciertas pericias anticipadas sobre su propia persona o para acreditar el estado de la víctima y/o de los efectos y/o instrumentos del delito. Las pruebas periciales que se practican durante la instrucción, y que pueden ser sometidas a contrapericia, y en todo caso, cabe interrogar a los peritos y debatir sus informes en el plenario. Así las cosas, estas pericias pueden revestir, en ocasiones, una importancia capital ya desde el inicio de la actuación de la policía judicial. En todas estas diligencias el letrado puede interrogar a quienes las hayan confeccionado y/o puede interesar la práctica de contrapruebas que deberán adjuntarse al atestado. Puede igualmente el abogado solicitar una y otra cosa posteriormente ante el Instructor, ya sea impugnando lo practicado ya sea para complementarlo.

A este respecto hay que recordar que, a la luz de la jurisprudencia constitucional, practicados con las debidas garantías técnicas, los tests en sangre de alcoholemia (desde la STC 100/1985) gozan del carácter de pruebas preconstituidas. Lo mismo cabe decir de los certificados médicos que, junto a la denuncia, pueden aportarse; así lo ha declarado la reciente STC 24/1991, f. j. 4.

6. Entrevista reservada.

Finalizada cualquier diligencia en la que se haya intervenido profesionalmente, el detenido tiene el derecho a entrevistarse reservadamente con su letrado.

La única pega que durante un tiempo suscitaba la implementación de este elemento del derecho de defensa era la relativa a que si, de no practicarse diligencia alguna, principalmente por negarse a declarar el detenido en la dependencia policial, procedía tal entrevista reservada. Tanto la entonces Dirección para la Seguridad (Instrucción de mayo de 1985) como la Fiscalía General del Estado, en consulta 4/1985, reconocieron **el derecho que asiste al detenido a entrevistarse con su letrado**, con independencia del contenido de la diligencia, puesto

que la diligencia, infructífera desde el punto de vista policial, se ha llevado a cabo y, por tanto, ha nacido el derecho en cuestión. Así, pues, esta entrevista ha de llevarse a cabo, con respeto del **secreto profesional** y no sometida más que a **condiciones de seguridad**, a la vista de que se trata de entrevista entre el letrado y su representado que se haya sometido a una medida cautelar cual es la de la detención.

Conviene añadir, además, que, dado que pueden practicarse durante el período de detención varias diligencias, de idéntico contenido o diverso, a cada una de ellas debe asistir el letrado y tras cada una de ellas el detenido puede ejercer su derecho a la defensa entrevistándose reservadamente con su abogado.

V. Supuestos especiales.

Hasta aquí hemos pasado revista a los aspectos esenciales del supuesto típico de la asistencia letrada en la detención preventiva, por así decirlo, normal. En este penúltimo apartado analizaremos supuestos más infrecuentes de detención preventiva con las especificaciones necesarias en materia de asistencia letrada. Estos supuestos esencialmente son tres: detención de menores e incapaces, de extranjeros y supuestos del artículo 55.2 CE, desarrollado, en la última versión, para lo que aquí interesa, por la LO 4/1988.

1. Menores e incapaces.

Una vez más la LECr en su artículo 520.3 hace gala de cierta imprecisión; así, por un lado, al referirse a los menores, cuando en el artículo 521 II habla de jóvenes; por otro, habla de incapacitados, cuando lo correcto sería hablar de incapaces o inimputables, es decir, personas que aparentan tal condición, sin necesidad de comprobar si se hallan judicialmente incurso en tal categoría. En todo caso, por **menor** ha de entenderse menor de edad penal, es decir, menor de dieciséis años (artículo 8, 2.º CP).

Dejando de lado estas imprecisiones, lo cierto es que la **detención de menores e incapaces** ha de ser notificada a quienes de hecho o de derecho sean sus guardadores. De no existir éstos o no ser localizables, deberá, de oficio, comunicarse la detención al **Ministerio Fiscal** (artículo 520.3 LECr).

Pero esta peculiaridad **no exime de poner en marcha el mecanismo de la asistencia letrada**. Ello se debe a dos órdenes de consideraciones: la asistencia letrada forma parte

del derecho universal, es decir, de toda persona, de defensa (STC 36/1991, f. j. 6): este derecho no puede ser restringido en virtud de ningún criterio; y, de otra parte, la presunta desprotección de un menor o incapaz obliga a las entidades públicas a dotarle de todas las garantías que el ordenamiento brinda: el menor no puede ser de peor condición que el mayor de edad. Lo mismo ha de decirse del incapaz.

En cuanto a su **custodia material**, ha de procurarse, y así ha de hacerse cumplir por parte del letrado, que los menores, incluidos los **jóvenes**, estén **separados de los adultos** (artículo 521 II y III LECr).

El impasse en que en la actualidad nos encontramos por la inconstitucionalidad parcial, pero esencial, de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, operada en virtud de la precitada STC 36/1991, no debe hacer olvidar que el menor ha de ser puesto a disposición de dichos Tribunales (artículo 8, 2.º II CP). Sin embargo, ello, como queda dicho, no supone merma alguna de los derechos del menor que como ciudadano tiene.

En cuanto a otros **Incapaces**, de no hallarse a sus guardadores legales o de hecho, el Ministerio Fiscal, de oficio y, en todo caso, a petición del letrado, deberá instar del Juez que disponga lo necesario para su alojamiento —que no siempre significa internamiento cautelar forzoso.

2. Extranjeros.

La peculiaridad de los extranjeros en relación con los españoles que entienden el castellano estriba en su presunto desconocimiento del idioma. Por ello, desde el primer momento, junto al mecanismo de la asistencia letrada ha de ponerse en marcha el de asignación de un **intérprete**, derecho por el que el letrado asistente deberá velar igualmente.

En cuanto al derecho a comunicar la detención, ésta, a petición de detenido, podrá ser hecha a su **Consulado** [artículo 520.2. d) LECr]; caso de ser menor o incapaz, tal comunicación habrá de hacerse de oficio (artículo 520.3, in fine, LECr).

3. Bandas armadas.

Sin poder extendernos en esta modalidad delictiva y las dificultades del tratamiento jurídico-penal de la misma en un Estado de Derecho, pues la seguridad no puede auparse a lomos de la libertad, siendo aquélla el presupuesto de ésta, los supuestos previstos en el artículo

55.2 CE han generado, junto a sus específicas previsiones (STC 197/1987), una modulación ad hoc del derecho de defensa y, en concreto, en materia de asistencia letrada.

En virtud de la combinación del artículo 520 bis y del artículo 527 LECr, al ciudadano incurso en un supuesto del artículo 55.2 CE, además de **prolongársele la situación de detención** preventiva en cuarenta y ocho horas mediante autorización judicial en todo caso, si la policía judicial solicita del Juez su **Incomunicación**, desde ese momento, aunque tal status no se acuerde, se inicia la incomunicación, situación que cesará automáticamente al recibirse un eventual auto denegatorio del Juez. De esta condición se desprende, de acuerdo al artículo 527 LECr, una serie de restricciones. En primer término, **el letrado será nombrado siempre de oficio**, extremo éste declarado conforme a la Constitución por las SSTC 196/1987 y 60/1988, **no se podrá notificar la detención a quien el detenido desee y no tendrá lugar la entrevista reservada**.

Ello, no obstante, no supone la pérdida de ningún otro derecho, singularmente el de tomar conocimiento por parte del letrado asistente de lo actuado hasta el momento, en tanto no se decreta el secreto de lo actuado. Esta declaración es exclusiva competencia del Juez de Instrucción (artículo 302 LECr).

VI. Habeas Corpus

En la medida en que el letrado asistente a las diligencias de la detención entienda que no se respetan los derechos del detenido tiene la posibilidad, además de las impugnaciones más o menos formales a las que nos hemos venido refiriendo, de formular ante el juzgado competente una petición de habeas corpus (LO 6/1984).

De los cuatro supuestos que establece el artículo 1 de la citada ley, dos son los que mayor interés tienen para lo que aquí estamos tratando. Dejando de lado la prolongación indebida de la detención —que, de acuerdo al artículo 17.2 CE, ha de entenderse prolongación indebida cuando, aun dentro de las 72 horas, la detención no es necesaria— los aspectos relevantes son: i) la práctica ilegal de la detención, es decir, en cuanto al modo de llevarla a cabo (inexistencia de hecho punible o no lectura de derechos); e ii) inobservancia de las garantías durante la detención.

Como es sabido el procedimiento de habeas

corpus es un procedimiento informal y rápido cuya finalidad no es otra que la de determinar la (i)legalidad de la detención; cualquier otro fin es meramente secundario, debiendo, en caso de presunta responsabilidad penal por parte de los agentes o de quienes les denuncian injustificadamente, dilucidarse la cuestión en el correspondiente proceso penal ordinario.

Reténgase, pues, como conclusión de este

apartado, que cualquier vulneración de los derechos constitucionales y legales del detenido, tanto en el momento de llevarse a cabo su detención como en el transcurso del período de tiempo en que cautelarmente queda privado de libertad puede ser la base de un procedimiento de esta índole, en el que sólo se ventila, ocioso es reiterarlo, si la privación de libertad y sus modos son correctos o no. ■