

Consultas

CONSULTA 1/2003 SOBRE LA NUEVA CONFIGURACIÓN TÍPICA QUE PRESENTA EL DELITO CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO DEL ARTÍCULO 319.2 CP A PARTIR DE LAS MEDIDAS DE LIBERALIZACIÓN DEL SECTOR INMOBILIARIO ADOPTADAS EN EL REAL DECRETO-LEY 4/2000

I

La reforma del artículo 9.2 de la Ley 6/1998, de Régimen del Suelo y valoraciones, operada por el RD-Ley 4/2000 de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes, ha suprimido la posibilidad de crear el denominado «suelo no urbanizable común». La Fiscalía consultante cuestiona, en primer lugar, la hipótesis de que la reforma citada haya supuesto un vaciamiento de contenido del actual apartado 2 del artículo 319 CF, por venir a coincidir prácticamente con el tipo descrito en el apartado 1 del mismo artículo.

Asimismo, plantea la duda acerca de si, en el caso de que exista una legislación autonómica que contemple la posibilidad de crear «suelo no urbanizable común», dicha normativa autonómica puede ser utilizada para integrar el contenido del tipo previsto en el artículo 319.2 CF; o si, por el contrario, debería prevalecer la norma estatal en todo caso, por lo que la norma autonómica que permitiese la creación de «suelo no urbanizable común» carecería de virtualidad a la hora de pretender incardinar una conducta en el citado precepto penal.

La definición del estatuto jurídico de la propiedad del suelo ha experimentado un importante cambio de resultados de la promulgación del Real Decreto-Ley 4/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Liberalización del Sector Inmobiliario y Transportes (BOF 151/2000, de 24 de junio), norma que aspiraba a atajar la escasez de suelo urbanizable mediante la ampliación de la oferta del mismo con el fin de contener el incremento del precio final de los bienes inmobiliarios.

La nueva ordenación reduce la discrecionalidad de la Administración en el ejercicio de su potestad de planeamiento y vincula sus decisiones a criterios reglados mediante una reforma del artículo 9.2 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones (en adelante LSV), que en su nueva versión contrae la clasificación del suelo no urbanizable y libera extensas áreas territoriales para su eventual transformación urbanística.

Para un entendimiento más sencillo de la operación legislativa conviene reproducir el texto original del artículo 9 LSV, que en sendos apartados sintetizaba los dos criterios básicos de determinación de la clasificación del suelo como no urbanizable, en función de su incompatibilidad con la transformación urbanística, o de su mera inadecuación a la misma. Decía el precepto:

Tendrán la condición de suelo no urbanizable, a los efectos de esta Ley los terrenos en que concurren alguna, de las circunstancias siguientes:

1.º Que deban incluirse en esta clase por estar sometidos a algún régimen especial de protección incompatible con su transformación de acuerdo con los planes de ordenación territorial o la legislación sectorial en razón de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, de riesgos naturales acreditados, en el planeamiento sectorial, o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público.

2.º Que el planeamiento general considere necesario preservar por los valores a que se ha hecho referencia en el punto anterior, por su valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales, así como aquellos otros que considere inadecuados para un desarrollo urbano.

Sobre el texto original, el artículo 1 apartado primero del Real Decreto-Ley 4/2000 introduce una reforma consistente en la supresión del inciso final del apartado 2.º que queda redactado como sigue:

2.º Que el planeamiento general considere necesario preservar por los valores a que se ha hecho referencia en el punto anterior, por su valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales.

Con tan limitada variación textual, el legislador ha operado una importante revisión de las bases del régimen estatutario de la propiedad del suelo al supeditar la clasificación del suelo no urbanizable a la existencia comprobada y razonada de un valor digno de especial protección, derogando la libertad de que gozaba la Administración competente en materia de planeamiento para excluir del proceso transformador terrenos no comprendidos en áreas de especial protección o carentes de un valor singular y propio.

La Fiscalía consultante llama la atención sobre la incidencia que este cambio tiene en la delimitación típica del artículo 319.2 CF, que sanciona a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizable en el suelo no urbanizable, y que, como tipo penal en blanco, demanda ser integrado mediante la aplicación del ordenamiento sectorial que delimita el concepto de suelo no urbanizable y los usos autorizables del mismo.

Como acertadamente indica la Consulta, el cambio legal provoca un juicio negativo de tipicidad en todos aquellos supuestos en que la edificación objeto de incriminación se levante sobre terrenos clasificados en el planeamiento como suelo no urbanizable común, puesto que éste ya no existe y el propietario tendría el derecho a instar su transformación urbanística.

Cuestiona igualmente el supuesto vaciamiento del tipo penal del artículo 319.2 CF si se estimare que las razones legales para clasificar el suelo como no urbanizable recogidas en el artículo 9 LSV resultan coincidentes con los supuestos del artículo 319.1 CP.

En un segundo, pero no menos importante, orden de consideraciones, la consulta advierte el problema que suscita un eventual conflicto de leyes, estatales y autonómicas, cuando establecen criterios de clasificación incompatibles. Particulariza esta crisis centrándose en el supuesto de una Ley emanada del Parlamento de la Comunidad Autónoma en que radica la Fiscalía que, en el ejercicio de las competencias estatutariamente asumidas en materia de ordenación del territorio y urbanismo, instauró una disciplina del régimen jurídico del suelo no urbanizable que autoriza una clasificación del mismo en términos sumamente amplios, recogiendo con carácter residual la totalidad del suelo no clasificado como urbano o urbanizable, con independencia de que esté sometido a un régimen de especial protección.

La Ley autonómica se acomodaba en el momento de su promulgación a la legislación básica del Estado, pero a partir de la reforma entra en abierta confrontación con ella y aunque la Consulta se ciñe a un caso particular, el criterio de solución del conflicto de leyes ha de tener un valor unívoco y extensible al resto de las Comunidades Autónomas, lo que hace sumamente aconsejable un pronunciamiento de alcance general y desvinculado de las concretas circunstancias expresadas en el texto de la misma.

La búsqueda de respuestas al problema que plantea la selección de la ley aplicable para la integración del tipo penal exige por ello un análisis preliminar del bloque de constitucionalidad que arbitra la concurrencia competencial del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de ordenación territorial, así como de los principios constitucionales que disciplinan las relaciones interordinamentales que la naturaleza compuesta del Estado de las autonomías genera en este sector de la realidad.

II

La Constitución generó en su día un intenso debate en torno a la delimitación competencial en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda. A juicio de la mejor doctrina la redacción dada por el constituyente al artículo 148.1.3a CE fomentó un cierto grado de confusión interpretativa al comprender dichas materias entre las de competencia asumible por las Comunidades Autónomas sin introducir el necesario matiz sobre la posible existencia de reserva de bases en favor del Estado en relación con algunos aspectos implicados en la configuración del suelo.

La legitimidad con que cuenta el Estado para efectuar, en el desempeño de competencias propias, ciertas determinaciones condicionantes del ejercicio de las facultades autonómicas de ordenación del territorio se funda en el hecho incontestable de que Estado y Comunidades Autónomas son entes coextensos que operan sobre un espacio común, sin que sea dable ni factible en la práctica contemplar el territorio como una pertenencia exclusiva de la Comunidad Autónoma.

De este modo, si bien la totalidad de las Comunidades Autónomas han asumido durante el proceso de descentralización política desencadenado por el Título VIII de la CE competencias exclusivas en materia de ordenación del territorio, esta opción estatutaria no ha derogado los títulos competenciales esgrimibles por el Estado y proyectables sobre el mismo, entre los que ocupa una posición preeminente, aunque no aislada, el relativo a la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.P CE), que en el ámbito del Derecho constitucional a la propiedad (art. 33 CE) habilita al Estado para legislar sobre el estatuto jurídico básico de la propiedad del suelo, definiendo los criterios mínimos de su clasificación.

Otros títulos competenciales del Estado que pueden condicionar en aspectos básicos la ordenación territorial los encontramos en el artículo 149.188 –legislación civil, particularmente en materia de propiedad y derechos reales inmobiliarios–, 138 –bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica–, 182 –bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, procedimiento administrativo común y legislación sobre expropiación forzosa– y 23 –legislación básica sobre protección del medio ambiente.

La solidez de este criterio doctrinal es avalada, en esencia, por la doctrina constitucional, que ha declarado que la clasificación tripartita del suelo (urbano, urbanizable y no urbanizable) realizada por la legislación del Estado tiene perfecto encaje en la competencia atribuida *ex* artículo 149.112 CE por su carácter de instrumento técnico para la configuración de los distintos estatutos de la propiedad urbana, sin

que ello limite la competencia de las Comunidades Autónomas para fijar y regular, a efectos de planificación o gestión, otras clasificaciones del suelo distintas y superpuestas a las anteriores (SSTC 61/1997, FFJJ 14.by 15.ay 164/2001, FJ 12).

El TC respalda la legitimidad constitucional del artículo 9 LSV en su Sentencia 164/2001 (FJ 14.2a):

El precepto impugnado, en su redacción de 1998, establece en síntesis, dos criterios directos para la clasificación del suelo como no urbanizable; que el suelo sea incompatible con la transformación y que sea inadecuado para un desarrollo urbano. Estos dos criterios mínimos o elementales de clasificación sirven así como criterios mínimos de igualdad de todos los propietarios del suelo. Tal fin igualador atrae en principio la regulación del artículo 9 LRSV a la esfera competencial del Estado ex artículo 149.1.1 CE.

Criterio que la sentencia extiende al nuevo texto del artículo 9.2 LRSV, en la medida en que la reforma legal no ha producido alteración alguna de los términos de la controversia competencial.

En definitiva, los criterios mínimos que el artículo 9.2 LRSV determina para la clasificación del suelo no urbanizable, la incompatibilidad y la inadecuación para su transformación, constituyen criterios de igualdad de todos los españoles en el ejercicio de un derecho constitucional y son constitucionalmente legítimos, por lo que las normas autonómicas de ordenación territorial deben, en consecuencia, respetarlos.

Esta prevalencia de la legislación del Estado no responde, sin embargo, al principio de jerarquía normativa, pues en un Estado compuesto como es el de las Autonomías los diversos ordenamientos jurídicos conviven en un plano de igualdad dentro de sus respectivas esferas competenciales; tampoco obedece a una sucesión temporal de normas, como se apunta en la Consulta, pues tratándose de normas jurídicas pertenecientes a ordenamientos diversos no se puede hablar en sentido propio de derogación tácita por incompatibilidad de contenidos (art. 2.2 Cciv); descartado queda, igualmente, el principio de especialidad, pues la legislación estatal y la autonómica tratan aspectos distintos, aunque concurrentes, de la ordenación territorial.

En conclusión, el único principio que aporta un criterio válido para dirimir la cuestión es el de competencia, en función del cual la norma válida es la emanada del poder público competente en la materia, criterio que se aplica a la resolución de los conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas, pero que excede el ámbito de actuación de la jurisdicción ordinaria, al implicar el cuestionamiento de la eficacia de normas jurídicas de rango legal.

Se plantea por ello un sensible problema de naturaleza procesal cuando el aplicador jurídico —en nuestro caso, el Fiscal que ha de seleccionar la norma de complemento de un tipo penal en blanco en el estudio de un caso concreto de infracción de la ordenación del territorio— afronta normas de rango legal que establecen criterios de clasificación del suelo de imposible conciliación; así, cuando la legislación autonómica fija un régimen jurídico del suelo no urbanizable incompatible con las bases determinadas en la normativa estatal, no es razonable instruir a los señores Fiscales en el sentido de que aguarden al planteamiento formal de un conflicto constitucional de competencias entre el Estado y de la correspondiente Comunidad Autónoma en espera de un pronunciamiento expreso del TC que aclare la cuestión.

También resultaría inadecuado el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad respecto de las leyes que considerasen desajustadas al reparto competencial de la CE, pues ya existe una doctrina constitucional consolidada afirmativa de la competencia estatal para fijar los aspectos básicos del estatuto jurídico del suelo.

Propugnamos por ello acudir directamente a la cláusula de prevalencia del artículo 149.3 CE que dice que:

La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas.

Mediante la aplicación directa del precepto constitucional no se pretende en absoluto suplantar al Tribunal Constitucional en su función dirimente de potenciales conflictos de competencia que pudieren plantearse, sino meramente dar una aplicación práctica y útil a la eficacia vinculante *erga omnes* que conforme al artículo 38.1 LOTO despliegan las sentencias recaídas en procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, lo que nos permite acudir a la doctrina sentada en la STO 164/2001, citada *supra*, sobre legitimidad y prevalencia del artículo 9 LRSV para aplicarla como principio general eficaz para la configuración jurídica de los hechos en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.

Por otra parte, la prevalencia de la ordenación estatal en este aspecto y su directa incidencia en los instrumentos normativos de planeamiento queda confirmada desde el punto de vista de la legalidad ordinaria si se considera que la reforma introducida en el artículo 1 del Real Decreto-Legislativo 4/2000 quedó incorporada al texto de la LRSV cuyo régimen transitorio, atendiendo a la negativa experiencia acumulada en reformas precedentes, ha procurado evitar inaceptables soluciones de continuidad imponiendo la vigencia inmediata del nuevo régimen jurídico sin necesidad de aguardar a la revisión del planeamiento; de acuerdo con su Disposición Transitoria primera la nueva ordenación del suelo no urbanizable introducida en los artículos 9.2, 15.2 y 16 sería aplicable desde su entrada en vigor a los planes y normas vigentes en momento, sin perjuicio de la obligación, establecida en la Disposición Transitoria segunda, de adaptar el planeamiento cuando se proceda a su revisión

III

La afirmación de la prevalencia de la legislación del Estado en materia de clasificación del suelo no resuelve de inmediato la totalidad de las cuestiones implicadas en la Consulta; se ha de atender a la peculiar configuración del ordenamiento urbanístico, a su naturaleza compuesta, que combina en un bloque articulado la legislación estatal y autonómica con la existencia de planes territoriales que tienen por objeto el agotamiento ulterior de las determinaciones de la Ley sobre la totalidad del suelo.

Estos planes territoriales no son meros actos administrativos de carácter general, sino genuinos reglamentos que comparten las características distintivas de las normas jurídicas, eficacia general y vigencia indefinida, y que configuran por remisión del bloque formado por la legislación estatal y autonómica, un segundo escalón del ordenamiento urbanístico que desarrolla hasta su detalle final la ordenación de cada parcela del territorio en ejecución de sus previsiones.

En su calidad de normas reglamentarias los planes están sujetos a un control ordinario de legalidad de parte de los tribunales, que pueden inaplicarlos cuando resulten contradictorios con la legislación vigente; a ello obedece que las determinaciones del planeamiento deban respetar las condiciones básicas de igualdad de los propietarios en el ejercicio de su derecho tal y como las delimita la legislación del Estado, sin que puedan resultar sustancialmente alteradas en ningún ámbito territorial por la normativa autonómica o por los instrumentos de planeamiento urbanístico.

Esta exigencia es más perentoria, si cabe, en el ámbito de la protección penal de la ordenación del territorio, en el que la delimitación de la esfera de lo ilícito no debe desvincularse de las condiciones básicas del estatuto jurídico de la propiedad del suelo definidas por el Estado, razón por la cual no resulta aplicable al caso la doctrina de la STO 120/1998, de 15 de junio, fijada sobre un supuesto típico distinto, relacionado con la represión del contrabando de especies protegidas, que atrae la aplicación de la legislación autonómica vigente en cada territorio como norma de complemento definidora de las especies susceptibles de tal protección.

La formación del juicio de tipicidad correspondiente a la conducta descrita en el artículo 319.2 OP obliga por ello a acudir, como norma de referencia inmediata, al instrumento de planeamiento urbanístico que contenga la particular clasificación del terreno en el que se ha verificado la construcción presuntamente ilícita, con el fin de precisar si se trata, como exige la norma, de un suelo no urbanizable.

Comprobada la clasificación, la reforma del régimen general de este tipo de suelo introducida en el Real Decreto-Ley 4/2000 obliga a llevar el juicio de tipicidad un paso más allá para alcanzar el análisis del fundamento de la misma al objeto de discernir si responde, como exige ahora la normativa estatal, a la concurrencia de un régimen especial de protección o a la finalidad de preservar algún valor o fin específico del suelo, o bien si, por el contrario, es fruto de una decisión discrecional de la Administración planificadora en el desarrollo de una determinada estrategia territorial, en cuyo caso se entenderá que el terreno en cuestión ha sido reclasificado en suelo urbanizable por ministerio de la Ley y ha quedado en su virtud al margen de la esfera de influencia del tipo penal.

En definitiva, el Real Decreto-Ley 4/2000 lejos de vaciar de contenido el artículo 319.2 CF, ha contribuido a desformalizar la conducta típica asociando la protección penal del suelo a la concurrencia de algún valor singular digno de protección y, siendo distinto de los enunciados en el artículo 319.1 CF, justifique con arreglo al planeamiento su exclusión del proceso de urbanización. Ello obliga a efectuar un deslinde más cuidadoso de los criterios de subsunción, forzando una delimitación negativa del tipo que excluya de su esfera de aplicación únicamente los terrenos clasificados de no urbanizables por una opción estratégica del planeamiento en la configuración de las áreas de expansión de la población al margen de su valor intrínseco.

De acuerdo con lo expuesto, cabe concluir que:

1.º *El sustrato fáctico del tipo penal del artículo 319.2 CF no desaparece tras las medidas de liberalización del suelo acordadas en el Real Decreto-Ley 4 si bien queda circunscrito a aquellos tipos de suelo no urbanizable que el planeamiento haya decidido preservar en razón de la concurrencia de un singular valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales.*

2.º *La ley autonómica que establezca un criterio de clasificación del suelo no urbanizable incompatible con el fijado en el artículo 9 LRSV no se aplicará como norma de complemento para la formación del juicio de tipicidad del artículo 319.2 GP.*

CONSULTA NÚMERO 2/2003 SOBRE DETERMINADOS ASPECTOS DE LA ASISTENCIA LETRADA AL DETENIDO

I. INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN METÓDICA

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

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

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

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

El artículo 17.3 CE garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales, en los términos que la Ley establezca. En nuestra CE hay por tanto un reconocimiento de esa asistencia letrada, aunque en cuanto al contenido concreto se remite a la Ley.

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

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

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

Más adelante, en su apartado 6 establece:

La asistencia del Abogado consistirá en:

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

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

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

No está de más recordar el nuevo tipo contenido en el artículo 537 CP, que pone sin duda de relieve la gran importancia que para nuestro ordenamiento tiene el escrupuloso respeto de los derechos de la persona privada de libertad.

Dicho precepto castiga a la autoridad o funcionario público que impida u obstaculice el derecho a la asistencia del abogado al detenido o preso, procure o favorezca la renuncia del mismo a dicha asistencia o no le informe de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de sus derechos y de las razones de su detención.

II. EL DERECHO DE ASISTENCIA LETRADA: SU DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL

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

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

El TS sigue esta línea de delimitación de derechos y en su sentencia 1151/2002, de 19 de junio declara que el derecho a la asistencia letrada, reconocido en los artículos 17.3 y 24.2 CE, no puede ser interpretado unitariamente por la diversa función que la garantía cumple en atención al bien jurídico protegido. El artículo 17.3 reconoce este derecho al detenido en las diligencias policiales y judiciales como una de las garantías del derecho a la libertad, mientras que el artículo 24.2 lo hace en el marco de la tutela judicial efectiva como garantía del proceso debido a todo acusado o imputado.

a) *Asistencia letrada al detenido*

A la hora de la determinación del contenido esencial de este derecho fundamental en el supuesto de detención en primeras diligencias policiales, el TC declara que

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

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

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

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

Delimitando las facultades del letrado, la STS 1283/2000, de 12 de julio declara que la pretensión de obtener copia de todo el atestado puede incidir negativamente en la investigación, que en ese momento inicial puede afectar a otras personas u otros delitos. Lo que realmente importa y tiene relevancia constitucional es el conocimiento de la acusación que se formula contra una persona a los efectos del derecho de defensa, siendo suficiente en ese momento... con tener conocimiento de la causa de la detención, delito que se le imputa y lectura de derechos, copia de la declaración y derecho a solicitar una nueva y de hacer las observaciones que estime convenientes y a la entrevista reservada entre el letrado y el detenido... y sin perjuicio de ejercitar los derechos que en la fase instructora propiamente dicha le otorgan los artículos 118 y 302 LECrim. En todo caso, como expresamente reconocía la Circular 2/1995, de 22 noviembre de la Fiscalía General del Estado, exigencias elementales del derecho de defensa imponen que el Letrado y demás partes puedan tomar vista, antes de la audiencia del artículo 504 bis.2, de las actuaciones practicadas hasta ese momento (art. 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Tan sólo si ha recaído una declaración judicial de secreto en los términos previstos en el artículo 302 decaerá ese derecho.

Por contra, además de la necesaria presencia del Letrado en la declaración del detenido y en las diligencias de reconocimiento de identidad, expresamente mencionadas en el artículo 520 LECrim., la STS 2032/2001, de 5 de noviembre (siguiendo el mismo criterio de otras, como las STSS 5 y 16 de mayo de 2000 y 14 de noviembre de 2000) añade la necesidad de asistencia letrada para que un detenido pueda manifestar su consentimiento de que se proceda a la entrada y registro en su domicilio sin que sea precisa la autorización judicial, fundamentándolo en que «las razones... sobre el alcance de la asistencia letrada en las diligencias policiales son perfectamente extensibles al caso que nos ocupa, ya que tal autorización o consentimiento es igual o incluso más

trascendente que la propia declaración». Esta misma doctrina se ha aplicado a la necesidad de asistencia letrada para que un detenido pueda manifestar su consentimiento para que se proceda a la apertura en sede policial de correspondencia y paquetes (STS 409/1999, de 8 marzo). Este criterio es seguido por la STS 1061/ 1999, de 29 de junio que fundamenta esta exigencia en base a que «el consentimiento prestado por el detenido, se halla viciado al no gozar de las necesarias notas de libertad y autonomía que concurren cuando se dan circunstancias de signo distinto... la asistencia de Letrado es, en todo caso, decisiva para la validez de una toma de postura del detenido, que afecte a sus derechos fundamentales y que pueda comprometer seriamente su defensa». Esta resolución llega a establecer que la exigencia de asistencia letrada al detenido «es por tanto extensible y ampliable a toda disposición sobre derechos fundamentales».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

d) *Entrevista reservada del detenido con su Letrado*

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

En efecto, la STS 1500/2000 de 4 de octubre declara que no se deduce de la ley la existencia de un derecho del Letrado a entrevistarse con sus clientes antes de la toma de declaración en Comisaría, sino después al término de la práctica de la diligencia en que hubiese intervenido. En este mismo sentido, la STS 539/1998 de 11 de mayo declara que en modo alguno puede confundirse el derecho a la asistencia letrada, previsto y regulado en el artículo 520 de la Ley Procesal, con el derecho a una preparación con el Letrado de la declaración a prestar.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CONCLUSIONES

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

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

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

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