

CIRCULARES Y CONSULTAS

Circulares, consultas e instrucciones de la Fiscalía General del Estado

EN TORNO A LA CAPACIDAD DE LOS OLIGOFRENICOS PARA PRESTAR EL CONSENTIMIENTO JUSTIFICANTE PREVISTO EN EL ARTICULO 428, PARRAFO 2.º, DEL CODIGO PENAL

—Consulta número 3/1985, de 30 de abril—

I

Determinadas conductas comprendidas en el artículo 428 del Código penal (trasplante de órganos, esterilizaciones, cirugía transexual) realizadas por facultativo con el consentimiento libre y expreso emitido por el titular del bien jurídico, carecen de significación penal, bien porque sean excluyentes de la tipicidad o, más propiamente, porque la acción constitutiva resulte justificada. Pero no a todas las personas se les atribuye esa particular facultad de disposición sobre la propia salud o la integridad física, ya que del artículo 428 se desprende que los menores e incapaces no pueden prestar un consentimiento eficaz para legitimar la conducta de quienes materialmente llevan a cabo el acto lesivo, y no pudiendo tampoco ser suplido el consentimiento por el de sus representantes legales.

Así, pues, la legalidad actual en la materia puede sintetizarse del siguiente modo: el consentimiento prestado por las personas con plena capacidad tiene eficacia justificante en los límites del artículo 428, párrafo segundo, pero el consentimiento que provenga de los menores, incapaces o de sus representantes legales no otorga un derecho para realizar las conductas allí descritas.

La Consulta sometida a la consideración de esta Fiscalía se desenvuelve precisamente sobre el tema antes planteado, y, más concretamente en la esfera del consentimiento de los incapaces, y se construye sobre la afirmación de que en el artículo 428, párrafo segundo, se han reunido actividades (trasplante de órganos, esterilizaciones, cirugía transexual) y sujetos (menores e incapaces) claramente diferenciables y no susceptibles de homologación, porque la situación para los incapaces es al menos de cierta permanencia cuando no de irreversibilidad, en tanto que para los menores se caracteriza por su temporalidad, en cuanto podrán ejercitar la facultad de disposición al alcanzar la mayoría de edad. Sobre estos presupuestos generales el contenido de la Consulta se contrae a razonar si será posible practicar esterilizaciones justificadas legalmente a los incapaces, y, más en particular, si cabe hacer liga-

duras trompas a mujeres oligofrénicas. Se llega a conclusiones positivas tras rechazar la interpretación literal del artículo 428, párrafo segundo, al tiempo que se acepta otra interpretación que llama alternativa y que especifica así: existe una laguna legal en aquella norma, porque si, efectivamente, el legislador no ha autorizado estas operaciones para los incapaces, tampoco existe una prohibición absoluta, puesto que se limita a invalidar el consentimiento de los representantes legales, y lo que la norma realmente quiere es que se ejerza un control superior al que supone la simple autorización de los representantes legales del incapaz, control superior que inevitablemente debe llevar a la validez de las esterilizaciones siempre que medie autorización judicial; esta autorización se obtendrá a través de un expediente en el que el incapaz será reconocido médicamente interviniendo el Ministerio Fiscal en su representación. En resumen, la Consulta concluye así: cabe la esterilización de incapaces realizada por facultativos una vez que la misma haya sido aprobada por el Juez de Primera Instancia, previo expediente judicial en el que, oído el Ministerio Fiscal, se entienda existe justificación suficiente para la misma.

II

Una general disposición sobre el cuerpo en cuanto soporte o *substratum* de la persona, es imposible e ilícita en nuestro ordenamiento jurídico. Pero una cierta disponibilidad de la integridad física mediante un consentimiento personal, verdadero y válido, tiene eficacia justificante en el orden penal siempre que se desenvuelva en los límites que marca el artículo 428 del Código. Si junto al presupuesto objetivo ha de concurrir el elemento voluntad, aun partiendo de la abstracta licitud del objeto y de la causa de la disposición corporal, es indispensable una manifestación de voluntad emitida expresamente con tal finalidad. Es el tema del consentimiento, requisito que legitima la eficacia del acto de disposición. Aquí debe analizarse tan sólo en su proyección penal, y, en particular, cuando el consentimiento del titular excluye la presunta antijuricidad del acto (*volenti non fit injuria*). Mas en concreto, ¿qué características habrá de reunir el consentimiento legitimador del trasplante de órganos, la esterilización o la cirugía transexual?

Ambito. El ámbito del consentimiento, como acto de permitir o autorizar, no puede exceder de los supuestos enumerados en el artículo 428, si bien alcanzará a los actos accesorios o que constituyan una consecuencia natural de aquéllos.

Forma. ¿Cómo ha de exteriorizarse el consentimiento? No basta cualquier comportamiento porque en el campo de las declaraciones una cierta forma extrínseca es necesaria para su eficacia; pero si el consentimiento se refiere a órganos regenerables o que sólo limiten temporalmente la integridad física, los requisitos formales lógicamente deben ser menores. Como el artículo 428 exige un consentimiento expreso, es rechazable en todo caso la suficiencia de un consentimiento presunto. De igual modo será ineficaz un consentimiento implícito derivado de hechos concluyentes del que dispone, ni basta con que

su actitud revele que soporta y no prohíbe el acto de disposición. Tampoco serán hábiles comportamientos que justifiquen una conducta inequívoca de asentimiento, ni es presumible que, *causa cognita* con el silencio se quiso dar una conformidad.

El consentimiento formalmente válido es el expreso, y se produce cuando de manera clara, terminante y explícita se hace constar la voluntad de disposición. No obstante para los objetos corporales fungibles podrá ser eficaz el consentimiento expresado verbalmente; para los demás casos el consentimiento expreso deberá adoptar forma documental indubitada. Por lo demás, en cuanto el consentimiento forma parte de un negocio jurídico recepticio la voluntad del titular ha de ser comunicada a su destinatario.

Capacidad y legitimación. El consentimiento sólo debe aparecer como relevante para legitimar el acto de disposición cuando proceda de una persona con capacidad para consentir, cualidad que se adquiere con la mayoría de edad; por supuesto que a este dato cronológico ha de ir unida la plenitud de las facultades mentales, no ostentando tal condición quienes estén desprovistos de una inteligencia y voluntad perfectas. Es, pues, patente la inhabilidad para prestar consentimiento de quienes estén declarados judicialmente incapaces, de un modo absoluto.

La prestación del consentimiento es un acto personalísimo. Sólo tiene aptitud para la validez de la disposición el consentimiento que proceda inmediata y directamente del titular. Es ineficaz el prestado a través de representación legal o voluntaria, no siendo posible en ningún caso la sustitución del titular de la facultad de disposición para la emisión del consentimiento. Toda actividad de sustitución o de interposición se reputará inexistente. Tampoco la facultad de consentir puede delegarse en un tercero.

Tiempo. En pura técnica jurídica, sólo el consentimiento previo constituye una verdadera autorización, siendo su nota más característica la revocabilidad; asimismo es imaginable un consentimiento coetáneo a la intervención. Si el disponente manifiesta su voluntad asintiendo después de que la operación se haya concluido, el acto se configura como aprobación, hipótesis en la que en realidad ni se ha consentido ni se ha autorizado, sino que únicamente se confirma o aprueba el acto médico ya consumado. El consentimiento *a posteriori* debe ser considerado ineficaz, *inexistente a efectos justificantes*.

Modalidades. Es posible la revocabilidad del consentimiento emitido *ante tempus*; se puede desistir libremente del propósito inicial de autorizar el acto, ya que la facultad de disposición, en cuanto unilateral y personalísima, es revocable antes de su consumación, esto es hasta el momento de la intervención quirúrgica. En las intervenciones que se compongan de dos actos distintos (trasplantes, por ejemplo) no sería válida una presunta revocación posterior a la extracción y anterior a la implantación del órgano o tejido destinado a injerto o trasplante.

Formación. La disposición, independientemente de ser un acto voluntario, requiere un consentimiento libre, con consciencia del significado y del valor del acto que se realiza. Una correcta formación de la voluntad es esencial. Por

ello el disponente ha de estar informado con precisión y detalle no sólo de los riesgos que puede entrañar la intervención sino también de sus consecuencias y de las complicaciones que pudieran originarse. Sólo es consentimiento válido aquel que esté exento de vicios típicos invalidatorios. La contribución a que la voluntad de asentir se forme por cualquier motivo erróneamente, en cuanto vicio del consentimiento con virtualidad jurídica, será acto generador de responsabilidad. Igual cabe decir para los casos en que en la obtención del consentimiento haya mediado dolo, intimidación o violencia. El artículo 428 se refiere en dos momentos al requisito aquí contemplado, en una ocasión para expresar que sólo exime de responsabilidad penal el consentimiento *libre*, y en otra que no es justificante el consentimiento obtenido *viadamente*.

Causa. El consentimiento sólo debe tener por causa la gratuidad; luego si se ha manifestado para integrarse en un acto de disposición onerosa no será eficaz; así lo reconoce el artículo 428 al disponer que no es válido el obtenido mediante precio o recompensa.

III

En su literalidad estricta, el hecho típico en la formulación descriptivo-valorativa del artículo 428, párrafo segundo, ofrece un contenido preciso y claro. En él, frente a los componentes positivos del consentimiento justificante que impiden el nacimiento del tipo de injusto, aparece delimitada la esfera del injusto penalmente relevante cuando el consentimiento se haya obtenido *viadamente* o cuando en un plano jurídico deba reputarse inexistente (consentimiento emitido por menores, incapaces o sus representantes). Se sigue así en la norma una sistematización formal de los presupuestos de eficacia del consentimiento según una línea de coherencia lógica y gramatical que distingue entre quienes tengan o no capacidad de disposición de bienes jurídicos: irrelevancia de la voluntad privada que emane de los menores o incapaces directamente o por representación, y mantenimiento de los poderes de disposición del titular de valores o intereses con plenitud de facultades.

La letra de la ley es obviada en la Consulta. Su línea argumental, en breve síntesis, es que aunque el artículo 428 niega eficacia al consentimiento de los incapaces o de sus representantes legales, las esterilizaciones de aquéllos son posibles jurídicamente si ha mediado autorización judicial. Esta conclusión supone una modificación total del texto, pues se contraponen claramente a su tenor literal, por lo que ni siquiera permite calificar a la que denomina interpretación alternativa del artículo 428, de interpretación evolutiva —aquella que valora las modificaciones que se producen en el mundo real—, sino más bien de interpretación dirigida a la nivelación o igualdad efectiva de conductas para garantizar un resultado, más que jurídico, sociológico. Presupuesto previo de esta interpretación es afirmar que existe una laguna jurídica. Las lagunas jurídicas, ciertamente, dan lugar a la investigación correctora de las normas insuficientes o defectuosas (por expresión incompleta o por inadecuación a las exigencias sociales) y suponen falta de ley a aplicar, silencio o vacío normativo

en un punto concreto, pero tal inexistencia debe obedecer a imprevisibilidad no voluntario del legislador o a situaciones surgidas con posterioridad *ex novo*. Sin embargo, el hecho de que no estén en la órbita de los hechos penales impositivos del artículo 428 las intervenciones médicas que en el mismo se contemplan cuando se trate de menores o incapaces, no significa que estos en presencia de una laguna legal, sino ante distintos criterios valorativos del consentimiento según sea la condición del titular del bien jurídico.

Contribuye más a la seguridad jurídica la interpretación que extraiga el verdadero sentido y alcance de la norma, guardando fidelidad a su texto expreso, que no sólo es punto de partida de la investigación, sino que normalmente basta además, para resolver los problemas planteados. Conforme al elemento literal deberá respetarse el significado de las palabras, la conexión entre ellas y las reglas gramaticales contenidas en la norma a analizar. De ahí que el artículo 3, 1, del Código Civil dé primacía en la labor interpretativa al sentido propio de las palabras que constituyan la norma jurídica.

De modo que valorando exclusivamente el artículo 428 debe concluirse que los absolutamente incapaces se hallan inhabilitados para prestar el consentimiento justificante. Esta afirmación debe permanecer ante los argumentos empleados en la Consulta: uno es que tal consentimiento puede ser suplido por la autorización judicial, y otro —este todavía no de *lege data*— que si el embarazo procedente del delito de violación consumado con una oligofrénica puede interrumpirse sin generar consecuencias penales mediando el consentimiento de la mujer, con mayor razón deberán estar en el área de los actos justificados las meras esterilizaciones de oligofrénicas.

— El Juez no puede autorizar un acto contra la ley, como sería el de la esterilización de una mujer oligofrénica. Es cierto que en algunos casos —normalmente de carácter patrimonial y a modo de complemento de capacidad— si media autorización judicial el acto que no pueden realizar por sí solos los titulares de la patria potestad (artículo 166 del Código Civil) o de la tutela (artículo 271-272 del Código Civil) es perfectamente válido. Pero si esa autorización debe estar prevista en la Ley como posible, es lo cierto que en el artículo 428 del Código Penal el consentimiento ineficaz de los incapaces no es sustituible por la autorización judicial supletoria. Por lo demás, también la estructura del acto jurídico en los supuestos referidos es distinta; en un caso (artículos 166 y 271-272 del Código Civil) se establece que el acto de disposición de los representantes legales del menor o incapaz sobre bienes de éstos podrá concluirse previa autorización judicial; en otro (artículo 428 del Código Penal) se niega que el representante legal del menor o incapaz pueda realizar ciertos actos de disposición sobre su integridad física, y esta falta de autorización legal no pueda suplirla el Juez, por cuanto la ley no delegó en él a esos efectos.

Resuelto por el Tribunal Constitucional el recurso de inconstitucionalidad contra el Proyecto de Ley Orgánica que introdujo en el Código Penal el artículo 417 bis, en el sentido de considerar ajustada a la Constitución la no punición del aborto voluntario de la mujer embarazada a causa de una violación, con el sólo requisito de haberse denunciado aquella previamente, y aunque todavía no haya entrado en vigor aquella Ley, pendiente de acomoda-

ción a los requisitos garantizadores exigidos por el Tribunal Constitucional para los restantes supuestos en ella contemplados, no es ocioso hacer mención a la supuesta diferencia de eficacia del consentimiento de la mujer en el artículo 417 bis y el 428.

En principio y de la decisión del Tribunal Constitucional resulta que seguirá siendo siempre esencial el consentimiento de la mujer, que es a quien literalmente se refieren los actuales preceptos del Proyecto y es obvio que ese consentimiento debe reunir las condiciones generales exigidas para su validez, con lo que la cuestión de si una incapaz puede consentir en su aborto queda en pie. Sin embargo, cabría que la Ley reformada hiciera referencia a la relevancia de la voluntad privada emanada de mujeres incapaces o de sus representantes legales, admitiendo que el consentimiento de éstos abarca los poderes de disposición necesarios para hacer decaer la antijuridicidad del aborto practicado en mujer incapacitada víctima de una violación con lo que efectivamente, como se argumenta en la Consulta, el tratamiento jurídico-penal del aborto y de la esterilización en las oligofrénicas profundas sería distinto; pero aún así, ello vendría justificado por la diferencia existente entre las respectivas normas reguladoras (artículos 417 bis y 427) y los presupuestos de hecho condicionantes. Las estrictas normas que declaran la invalidez del consentimiento para la esterilización de incapaces manifestado por éstos o por sus representantes legales presentan una estructura distinta a las que, eventualmente, han de regular el aborto justificado; además, en este caso el acto inicial determinante, o no ha sido querido en absoluto (artículo 429 1.º del Código Penal) o procede de una voluntad incapaz de consentir (artículo 429, 2.º, del Código Penal), por lo que siempre estaremos ante una víctima, sujeto pasivo u ofendido por el delito. Por ello cabría admitir la eficacia del consentimiento del representante para lograr la impunidad del aborto al que ha precedido un embarazo derivado de violación. En el supuesto del artículo 428 quien consiente lo hace necesariamente *ex ante* y está en situación objetiva de autor al disponer de la propia salud, y la ley entiende que el consentimiento es acto personalísimo y no sustituible por la voluntad de un tercero, sea el representante legal sea el Juez.

IV

Sin embargo, el artículo 428 no se agota en la interpretación que pueda extraerse del elemento gramatical, sino que deberá ponerse en relación con las normas que, en el campo del Derecho Privado, regulan la incapacidad por enfermedad o deficiencia mental. De esta manera podremos asignar un contenido más exacto a la expresión *incapaces* que emplea el artículo 428, matizando si todos los declarados incapaces o sólo algunos de ellos están impedidos de prestar consentimiento válido para los actos dispositivos que forman su objeto. De entre las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter psíquico hábiles para declarar incapaz a quien las padece que prevé el Código Civil en su artículo 200, aquí interesan por integrarse en el núcleo de la Consulta, las que tienen su causa en la propia personalidad anormal del sujeto, y, más en particular, las oligofré-

nias, deficiencia mental que como es notorio es variable presentando diversos grados (idiocia, imbecilidad, debilidad mental), y en las que más importante quizás que el puro diagnóstico psiquiátrico es la intensidad del trastorno y sus repercusiones en la conducta, pues estos datos van a influir en la extensión y límites de la declaración judicial de incapacidad.

Aun cuando el artículo 428 menciona a los incapaces sin más precisiones, directamente contempla sólo a las personas que ya han sido objeto de una declaración judicial (incapacitados); ello es así porque antes de iniciarse el proceso de incapacitación de un mayor de edad no existe representación legal estricta, y en el artículo 428 se menciona —aunque sea para excluir la eficacia de su consentimiento— a los representantes legales. Mas esto no significa que los incapaces de hecho frente al artículo 428 se hallen en situación privilegiada respecto a los incapaces declarados tengan o no aquéllos guardador de hecho, de un lado, porque el consentimiento justificante sólo es el libre, cualidad que no puede predicarse del consentimiento viciado, propio éste de quienes se hallan afectados de deficiencias mentales y de otro, porque si el consentimiento del representante legal no se proyecta eficazmente sobre el artículo 428, tampoco lo será el de la persona que haya asumido por sí (guardador de hecho) los quehaceres propios de un tutor encargándose del cuidado de la persona declarado presuntamente incapaz.

Que tras la última reforma del Código Civil (Ley de 24 de octubre de 1983) la condición de incapacitado o incapaz declarado no es por sí sola obstativa a la eficacia del consentimiento, pues junto a la declaración de incapacidad de carácter absoluto se halla la incapacidad gradual con extensión variable, por lo que es posible que sólo algunos de los actos realizados por el incapaz estén en el radio propio de la incapacidad. A ella se refiere el artículo 210 al expresar que la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, previniendo también el artículo 212 que, tras la incapacitación, si sobrevienen nuevas circunstancias puede instarse judicialmente un nueva declaración que tenga por objeto modificar el alcance de la incapacitación ya establecida; situaciones que no resultarán excepcionales en la época actual para algunas enfermedades mentales dada la introducción con éxito en la clínica psiquiátrica para combatir las de métodos biológicos de choque y sobre todo de psicofármacos.

La declaración de efectos limitados estará en función de las enfermedades que determina la incapacitación y dentro de ellas es obvio que no todas tienen la misma intensidad. Centrándonos otra vez en el caso concreto de la Consulta, es de notar que en ella no se especifican algunas circunstancias que pueden ser decisivas. Lo fundamental es que desconocemos si ha mediado ya declaración judicial de incapacitación y en caso positivo cuales han sido los términos de ésta. Tan sólo consta que se trata de una mujer —presumiblemente mayor de edad— afectada de oligofrenia. Mas la oligofrenia es un concepto genérico susceptible de muy diversos grados y no todos inciden de igual manera en la expresión de un consentimiento que puede ser libre o viciado.

En conclusión, puede afirmarse:

Que si bien la ineficacia del consentimiento justificante, emitido directamente o por representante legal, sólo está prevista de modo explícito en el artículo 428 para los declarados judicialmente incapaces, también alcanzará al que puedan expresar los incapaces presuntos por sí —ya que indudablemente estará afectado por vicios invalidatorios— o a través de su guardador de hecho, debiendo en estos casos el Ministerio Fiscal promover la incapacitación y en cualquier caso asumir su representación y defensa en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento (artículo 299 bis) momento a partir del cual la tutela quedará constituida (artículo 228).

Que la oligofrenia puede ser claramente causa de declaración de incapacidad al haberse derogado el apartado segundo del artículo 32 del Código Civil y ser sustituidas las expresiones del anterior artículo 200 (locos o dementes) por otras flexibles (enfermedades o deficiencias persistentes de carácter psíquico), debiendo la resolución judicial establecer, según el grado de inteligencia del enfermo, la debida congruencia entre la amplitud de la oligofrenia y la limitación de la capacidad de obrar, de modo que ante una oligofrenia leve el radio de la incapacidad será limitado. En definitiva, la sentencia será título constitutivo de la extensión de la incapacidad y a ella habrá de estarse para precisar si la enfermedad o deficiencia psíquica está o no en la prohibición del artículo 428 del Código Penal.

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

—Consulta número 4/1985, de 20 de mayo—

I

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) En todos los casos en que el detenido se niegue a declarar debe considerarse que el Letrado no ha intervenido en la declaración, pero sí en la diligencia de declaración, siendo bastante esa presencia física para que sur-

el derecho reconocido en el artículo 520, 6, c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

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

II

Todas las personas tienen derecho a la asistencia de Letrado (artículo 24,2 de la Constitución), y hallándose detenidas se les garantiza, además, esa asistencia en las *diligencias policiales y judiciales* que se practiquen (artículo 17,3 de la Constitución), entre las que, en forma expresa, se encuentran las *diligencias de declaración* (artículo 520, 2, c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre); pero el detenido asistido, en cualquier momento —también por tanto, cuando esté presente su Letrado— puede ejercitar su derecho a no declarar (artículos 24,2 de la Constitución y 520,2, a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal); esta situación de hecho negativa es capaz, sin embargo, de originar una *diligencia de declaración*, porque en este término debe incluirse tanto la declaración o manifestación de voluntad del detenido, como el acta redactada tras su comparecencia en la que se haya hecho constar la negativa a declarar. En consecuencia, a los efectos prevenidos en el artículo 520, 6, c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el acta en que se recoja la manifestación del detenido de no querer declarar debe considerarse como *diligencia practicada*, por lo que inmediatamente después de ella puede entrevistarse reservadamente con el Letrado designado o nombrado de oficio.

III

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

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

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

«El derecho de asistencia letrada tiene un doble contenido excedente de la simple presencia del Abogado y que se desarrolla en dos fases distintas y sucesivas:

a) Asistencia al interrogatorio del detenido, recabando la lectura del artículo 520 que contiene la declaración de sus derechos, e intervención, en su caso, en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Aunque la ley no lo diga expresamente es obvio que el Letrado asistente puede también velar y exigir que no sean violados los derechos y libertades de su asistido, salvo aquellos que estén afectados por la detención.

b) *Con posterioridad a ser prestada la declaración a que haya asistido o a la constancia de que el detenido o preso hace uso de su derecho de negarse a declarar, la asistencia letrada puede resolverse en una entrevista personal entre Letrado y asistido en la que el primero podrá asesorar o informar al segundo lo que estime oportuno para su defensa».*

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

El artículo 17,3 de la Constitución garantiza la asistencia de Abogado al detenido «en los términos que la ley establezca», y la ley —la orgánica 14/1983, de 12 de diciembre— establece, refiriéndose al detenido o preso no incomunicado, que forma parte del contenido de ese derecho de asistencia la entrevista con Letrado al término de la diligencia practicada con su intervención (artículo 520, 6, c), de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Es notorio que para el detenido o preso incomunicado, el derecho de asistencia tiene un radio menor, pues se elimina de él la entrevista con su Abogado al término de la diligencia practicada (artículo 527, c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Pues bien, si el derecho a la asistencia en general con el contenido que se especifica en el artículo 520, 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal nace desde la detención, el derecho específico a la entrevista reservada se origina en un momento posterior: al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido el Letrado (artículo 520, 6, c) de la Ley de enjuiciamiento Criminal). Pero, ¿qué tipo de diligencias practicadas dan lugar al acto constitutivo del derecho de entrevista reservada? El artículo 173 garantiza la asistencia de Abogado al detenido en las *diligencias policiales y judiciales*; conforme al artículo 520, 2, c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el detenido tiene derecho a solicitar la presencia de Abogado para que asista a las *diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto*. Si en todas ellas puede intervenir,

el artículo 520, 6, c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con el giro «práctica de la diligencia en que hubiere intervenido» el Abogado, no puede referirse sólo a diligencias de declaración del detenido, sino a cualesquiera otras que puedan afectarle.

Si nos situamos ahora, como hace la Consulta, en las llamadas *diligencias de declaración* del detenido, debe sostenerse que aunque ésta no tuviera lugar en virtud del ejercicio del derecho de no declarar la diligencia se ha practicado y la entrevista reservada entre Letrado-detenido puede celebrarse. Si diligencias de declaración son las comprendidas en el artículo 520, 2, a) y b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y entre ellas se halla el derecho a no declarar, es diligencia formal de declaración la manifestación de voluntad cuyo contenido sea no querer declarar. Esta proposición se conforma con lo dispuesto en el artículo 520, 6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, regulador del contenido del derecho de asistencia. Efectivamente, conforme al tenor del artículo 520, 6 b), el Abogado una vez que haya terminado la diligencia en que haya intervenido, puede solicitar de quien la haya practicado (autoridad judicial, funcionario) la declaración del detenido o la ampliación de los extremos que considere convenientes; luego si se le faculta para solicitar la declaración del detenido una vez practicada la diligencia, dicha eventualidad significa que, en tal caso, la diligencia se ha practicado sin declaración, pero como existe también la posibilidad de pedir que se amplíe la declaración, en este supuesto sí habrá precedido declaración. Es claro, pues, que son diligencias de declaración practicadas, tanto las positivas como las negativas, y que en la expresión del artículo 520, 6, c) «diligencia en que hubiere intervenido», a cuyo término puede comenzar la entrevista reservada, se comprenden las hipótesis de diligencias de declaración efectiva y de no declaración.

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

Por otra parte, el derecho a la entrevista que asiste al detenido antes de que se decida sobre su incomunicación, ni es un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico ni tampoco un acto contrario a él. En todo caso lo prohibido sería la entrevista durante la incomunicación, pero no la entrevista a la que subsiga la incomunicación. Y podría ser acto contrario a ley negar el derecho a la entrevista durante la detención policial. Mas que cobertura para la frustración de la incomunicación la entrevista reservada es una garantía específica del derecho de asistencia.

En definitiva, dar otro sentido a la norma significaría contribuir a una

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

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

