

# JUECES *para la* DEMOCRACIA

## El derecho de defensa como derecho devaluado

Joaquín ALVAREZ LANDETE

El derecho de defensa es un derecho básico del ciudadano de rango constitucional y de protección especial, debido a su encuadre sistemático en la propia Norma Fundamental, en sus artículos 17.3, 24.2.

El derecho de defensa acompaña al ciudadano, reforzando los efectos del derecho a la libertad, constituyendo un derecho de la esfera individual frente a los poderes del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*.

Pero el derecho de defensa nace devaluado en la propia constitución al disociarse en dos manifestaciones distintas: la de defensa propiamente dicha y la de asistencia letrada. Podría incluso pensarse que estamos en presencia de dos derechos distintos: el de asistencia que se ejercitaría en los supuestos de detención y el de defensa, más general, y que propiamente se desarrollaría en el seno de la actividad instructora judicial posterior a la declaración y en las fases del juicio oral.

Así parece indicarlo la propia Constitución cuando en el artículo 24.2 se declara que «todos tienen derecho ... a defensa y a la asistencia de Letrado ...».

y cuando el artículo 17-3 refiere que «se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales en los términos que la Ley establezca» .

Siguiendo entonces este criterio podría decirse que el legislador constitucional ha establecido dos derechos distintos, ya que si hubiera querido constituir uno solo habría dicho: se garantiza el derecho de defensa en los términos que la Ley establezca.

Personalmente debemos rechazar esta segunda tesis que nos llevaría a la necesaria conclusión de que el detenido no tiene derecho de defensa letrada.

Creemos por contra que estamos ante manifestaciones distintas de un derecho básico, el de defensa.

El artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, iniciando el Título V bajo el enunciado: Del derecho de defensa y del beneficio de pobreza en los juicios criminales, pareció entenderlo así cuando expresa que «toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho». El artículo 384 referido al auto de procesamiento, desde que resultare del sumario algún indicio de criminalidad, sostiene que «el procesado podrá desde el momento de ser, aconsejarse de Letrado ...»

La devaluación del derecho de defensa en la Ley Procesal se produce al regular el capítulo IV: Del ejercicio del derecho de defensa. De la asistencia del Abogado y del tratamiento de los detenidos y preso. El artículo 520.2 e) establece el derecho del detenido o preso a designar

Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga ...»

El artículo 788.1 en su redacción de la Ley 10/1992, de 30 de abril, determina que «desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada y fuera necesaria la asistencia letrada ...»

Vemos, pues, que partiendo de la expresión «derecho de defensa» hemos llegado en el desarrollo legal:

«aconsejarse de letrado»; «asistencia del Abogado»; «designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista».

Estamos, pues, ante la devaluación anunciada de un mismo y único derecho. Y es un mismo derecho porque el propio artículo 788 en su apartado 2 afirma que «el abogado designado continuará prestando asistencia jurídica hasta la finalización del proceso...». Qué duda cabe que la asistencia jurídica en el proceso sólo puede ser la defensa y en los términos del artículo 24.2 de la Constitución, esto es, «utilizando los medios de prueba pertinentes para su defensa».

Si en los preceptos inicialmente examinados partíamos de la expresión «Derecho de defensa» que en determinados supuestos se manifestaba como «derecho de asistencia letrada», en el artículo último citado, se utiliza «derecho de asistencia jurídica» como sinónimo de derecho de defensa. Análoga terminología que se emplea en el Real Decreto 118/1986 de 24 de enero, donde se dispone: «La asistencia letrada al detenido o preso, y la asistencia de Abogado en todo tipo de procesos son instrumentos fundamentales para hacer posible la realización jurídica del derecho a la tutela judicial efectiva y de las garantías de la libertad procesal consagrada en la Constitución.»

En tal loable pronunciamiento se recoge de nuevo el término asistencia como derecho de defensa.

Al llegar a esta conclusión cabría entonces preguntarse si cuando se está ejerciendo el derecho de asistencia letrada, se está ejerciendo un derecho de defensa en la intensidad, suficiente que garantice la prescripción de la indefensión, principio básico que oriente el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución y pilar del Estado social democrático de Derecho.

Aún en el caso en que obtuviéramos una respuesta afirmativa a la anterior cuestión, deberíamos preguntarnos si no cabe una más amplia regulación del derecho de defensa en la asistencia al detenido que amplíe el marco de la escueta y restringida formulación del artículo 520, apartado 6. Dicho precepto convierte al Abogado en garante de las formalidades legales y, en la práctica cotidiana, un mero convidado de piedra, cuya presencia, como contenido del ejercicio del derecho de defensa en este trámite, no siempre es entendida por el ciudadano, que lógicamente aspira a una defensa real frente a la imputación delictiva.

En una interpretación de la norma favorable al detenido -siguiendo los principios generales de la interpretación de las normas procesales penales-, podríamos concluir que para aceptar el derecho de asistencia como sinónimo de derecho de defensa -aunque como manifestación específica del mismo durante la declaración policial o judicial-, el detenido tendría derecho a la entrevista con su Abogado, previa a la declaración.

Es cierto que se podría objetar que dicha entrevista conllevaría un asesoramiento al detenido que le podría orientar en la negación de su participación en los hechos y dificultar la averiguación de los mismos. Pese a ello hay que responder que el derecho a no declararse culpable ya asiste desde el primer momento al detenido o preso y que el mismo no viene acompañado por la malignidad pretendida del Abogado. En cualquier caso, tratándose la detención de una medida cautelar limitativa del derecho fundamental de la libertad, comprenderemos que su restricción criminal no debe basarse en las autoinculpaciones de los detenidos, sino en una auténtica acumulación de material inculpatario de cargo, al que, en su caso, se pudiera adicionar la autoinculpación del imputado y nunca a la inversa. En la actualidad y ante la falta de medios técnicos y preparación suficiente de los agentes y de los propios Jueces y Fiscales, se prima en exceso la esperanza de sostener la imputación criminal en la declaración de reconocimiento del detenido o preso. Ello conlleva el desmoronamiento del edificio acusatorio cuando el imputado cambia su declaración y niega lo anteriormente manifestado, lo que nos obliga a una extraña alquimia para dar validez a lo primeramente manifestado, con las «debidas garantías legales» y rechaza lo declarado, en juicio, (sabemos que el auténtico material probatorio es el que se presenta en el acto del juicio y estamos dudando de si la mera asistencia letrada reúne las debidas garantías legales).

También tendremos que preguntarnos qué sentido tendría negar la citada entrevista antes de la declaración

judicial cuando el detenido se ha entrevistado

con su Abogado al fin de su declaración en las

diligencias policiales, siguiendo lo dispuesto en el artículo 520.6, c):

«Entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido». Si a esto añadimos que la declaración ante las diligencias policiales, que le abre la puerta al derecho de entrevista jurídica, se puede circunscribir a la mera afirmación de que sólo declarará ante el Juez, el absurdo está servido.

En resumen, vemos que la entrevista previa se produce como derecho con carácter previo a la declaración ante el Juez, única que podrá constituir en su caso prueba inculpatoria, y se niega en la actuación policial, pudiendo retractarse posteriormente ante el Juez.

Creemos, pues, que esta devaluación del derecho de defensa carece de sentido suficiente; merma un derecho fundamental de la persona y sólo puede tener cobijo en una deficiente arquitectura de prevención y averiguación del delito y sus autores.

A todo ello debemos abundar la discriminación en la calidad del ejercicio del derecho de defensa en atención al diferente modo de obtención de la noticia criminal. Hemos visto cómo el derecho de asistencia, adormecido por la presencia del Abogado, cuando las actuaciones judiciales se incoan de oficio en virtud de denuncia contenida en las diligencias policiales. Sin embargo, cuando la acción se inicia en virtud de querrela criminal, el derecho de defensa se manifiesta de forma íntegra. Esto es, siguiendo los dictados del artículo 118, la querrela se interpone ante el Juzgado y tras su admisión, en su caso, se confiere el traslado al querrelado a quien se le llama declarar, apercibiéndole de que deberá venir acompañado de

Letrado. En definitiva, debidamente asesorado con antelación a su declaración ante el Juez.

Si realizamos un examen estadístico podremos comprobar que los denunciados se corresponden, en su mayoría, con el prototipo del conocido como delincuente habitual y de la persona carente de medios económicos. Por contra, la querrela abunda en los delitos económicos, especialmente en las defraudaciones, en las falsedades y en los delitos de los funcionarios públicos, ligados a las cuestiones de urbanismo.

En todos ellos suele aparecer como común denominador un sujeto activo solvente y posición social acomodada. Por la vía práctica se constituye una discriminación directa en razón de la diferente posición económica y el tipo de delito cometido.

Es precisamente en este tipo de delito y ante este tipo de delincuente, donde la investigación criminal avanza de forma dificultosa. En unos casos por la dificultad de comprensión del hecho i1fcito, amparado por la ambigüedad legal y en otras por la dificultad de recogida del material probatorio que ha sido convenientemente ocultado tras el conocimiento de la querrela.

En conclusión, consideramos que la Constitución reconoce un único derecho de defensa que ampara al ciudadano frente al *ius puniendi* del Estado. Que el derecho de asistencia letrada no es sino una manifestación del derecho de defensa y como tal susceptible de regulación legal en términos que de contenido real al derecho de defensa y proscriba la indefensión que en ejercicio del derecho a la asistencia jurídica el detenido o preso tendrá derecho a entrevistarse reservadamente con el Abogado designado, previamente a su declaración en las diligencias policiales o judiciales que contra el mismo se sigan.