

XI. EL ABOGADO Y EL DERECHO DE DEFENSA

JESÚS MANDRI ZÁRATE
ABOGADO

Como letrado en ejercicio del derecho penal hace más de veinte años, tengo claro que el derecho de defensa es el más importante de todos los que asisten a cualquier ciudadano inmerso en un procedimiento penal. El derecho de defensa está básicamente regulado en el artículo 24 de la Constitución Española, y engloba a su vez otros derechos y garantías procesales (derecho a guardar silencio, derecho a no confesarse culpable, a la presunción de inocencia, etc.), que se encuentran regulados también en ese mismo precepto y en otros del ordenamiento jurídico, como veremos. Precisamente el derecho de defensa permite el ejercicio de otros derechos íntimamente a él ligados.

El término ‘defensa’ va aparejado al de conflicto, pues una persona se defiende siempre frente a un ataque. Así, por lo general, la defensa resulta necesaria para repeler una agresión.

En el proceso penal, esta “agresión” se materializa en el ejercicio por parte del Estado del *ius puniendi* contra el presunto autor de una infracción

penal. Y en dicho proceso, en muchas ocasiones se produce la privación y limitación de otros derechos fundamentales como incluso el derecho a la libertad, por lo que el derecho de defensa, cuyo ejercicio precisamente viene a contrarrestar o dar respuesta al mencionado *ius puniendi*, resulta de una extraordinaria relevancia y ha sido tradicionalmente uno de los grandes temas objeto de estudio por la doctrina.

Por ello, el derecho de defensa se ha recogido no sólo en los ordenamientos jurídicos de los estados sino también en muchos Tratados y Convenios Internacionales, garantizándose que todo ciudadano pueda defenderse con garantías en un proceso penal.

Así, el derecho a la defensa y a la asistencia letrada viene recogido en convenios internacionales ratificados por España, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (arts. 10 y 11.1), el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de Roma de 4 de noviembre de 1950, en vigor en España desde el 4 de octubre de 1979 (art. 6.3 c), el

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, ratificado el 27 de abril de 1977 (14.3.b), etc.

En el ámbito nacional, los *derechos y libertades fundamentales* se encuentran regulados en los arts. 14 a 29 de la CE, entre los que se encuentra el derecho de defensa, consagrado en el art. 24. Dicho precepto establece el derecho a la tutela judicial efectiva, y diversos derechos accesorios, entre otros, el derecho a no sufrir indefensión. Este derecho debe ponerse en conexión con el art. 17.3 CE, que garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la Ley establezca.

El término “abogado” (del latín *advocatus*, ‘llamado en auxilio’) se refiere a aquel licenciado en Derecho habilitado conforme a la legislación de cada estado, que ejerce el derecho en asistencia de otras personas, siendo por tanto un auxiliar activo e indispensable en la administración de la Justicia. En el proceso penal, el abogado suplente con sus conocimientos jurídicos las carencias de que adolece el ciudadano medio sometido al proceso, preservando el principio de igualdad de armas frente a las acusaciones, especialmente frente a la acusación pública encomendada por el Estado al Ministerio Fiscal.

La efectiva contradicción, necesaria en el proceso penal, precisa de la existencia de una igualdad al menos potencial entre las partes, de forma que sus posiciones procesales se encuentren equilibradas. Por ello, se hace necesaria la presencia de un defensor técnico en el proceso como único modo de satisfacer la exigencia de equilibrio entre partes, y esa es precisamente la función del abogado defensor: supervisar y promover el ejercicio del derecho de defensa de su cliente y evitar se produzca cualquier limitación o restricción al mismo.

La doctrina se ha referido al abogado defensor como un *alter ego* procesal. Puede observar todos los aspectos del proceso, no sólo el punto de vista de la defensa, sino también los posibles enfoques acusatorios y el *modus operandi* de los operadores del sistema de justicia en general. Como conocedor del Derecho,

el defensor asesora al imputado, fiscaliza la labor del Ministerio Fiscal y demás acusaciones, elabora la estrategia de defensa y propone pruebas, controla y participa en su práctica, argumenta sobre su eficacia, discute el encaje jurídico de los hechos imputados a su defendido y la sanción que se le pretenda imponer, recurriendo las resoluciones que resulten desfavorables.

Lo que significa que en todo proceso **judicial** debe respetarse el **derecho de defensa** contradictoria de las **partes** contendientes, y dicho derecho se manifiesta en las facultades de intervenir en la **prueba** para controlar su correcta **práctica** y contradecirla, y muy concretamente la de «interrogar o hacer interrogar a los **testigos** que declaren contra él». Del **derecho de defensa** contradictoria son también manifestaciones **instrumentales** los **derechos** a ser informado de la **acusación**, a utilizar los **medios de prueba**, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse **culpable**. Por ello, toda persona a quien se impute un hecho delictivo ejercerá su **derecho de defensa** actuando en el **procedimiento** desde que se le comunique su existencia, haya sido o no objeto de **detención** o de cualquier otra medida **cautelar** o se haya **acordado** su **procesamiento**, debiendo instruirse de su derecho de defensa (art. 118.1 LECr.).

El derecho de defensa es por tanto un derecho fundamental que debe ser respetado y promovido por los poderes públicos (artículo 9.3 CE) y que cuenta con una especial protección a través del recurso de amparo (artículo 53 CE).

El artículo 24 CE también establece en su apartado segundo que asimismo, todos tienen derecho a la defensa y a la asistencia de letrado. Por su parte, el art. 17.3 CE establece que “*se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca*”.

Por tanto ha sido la norma procesal la que ha determinado el alcance de esta garantía, estableciendo de modo general en el proceso penal la obligatoriedad de la intervención de abogado, de conformidad con los arts. 118, 520 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

De esta manera queda configurado constitucionalmente el derecho a la defensa, que aparece íntimamente ligado también al derecho a la asistencia jurídica gratuita, recogido en el art. 119 de la Constitución, que establece que *“la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley, en todo caso, respecto a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar.”*

Se integran por tanto, dentro del derecho a la defensa en sentido amplio, tres derechos autónomos relacionados entre sí:

- Defenderse por sí mismo en los supuestos legalmente establecidos, aunque no siempre es la opción recomendable.
- Defenderse mediante la asistencia de un letrado de su elección.
- Defenderse recibiendo asistencia jurídica gratuita cuando se cumplan determinados requisitos.

En conclusión, el derecho de defensa se configura como un derecho fundamental cuya titularidad corresponde al imputado (ahora “investigado”) en un proceso penal, pero puede ser ejercitado por dos personas: por el propio imputado cuando así se lo permita el ordenamiento jurídico (autodefensa) y por un abogado (defensa técnica).

La indefensión que veda el art. 24 CE (*“en ningún caso”*) llega a afirmarse) evidencia que el derecho de defensa no es susceptible de limitaciones, y no podrán quebrarse los principios de contradicción e igualdad de armas que rigen todo proceso penal.

El inicio del derecho a la defensa letrada reconocido en el art. 17 CE: la designación del abogado.

Pese a la imprecisión del artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al expresar que la designación de Abogado ha de tener lugar *“cuando la causa llegue a estado en que se necesite el consejo de aquéllos o haya de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación”*, la asistencia de abogado no puede obviarse por el mero hecho

de no hallarse el imputado detenido o preso. Por el contrario, será el Juez quien interpretará la concurrencia de alguna circunstancia que recomiende la designación inmediata de abogado.

No obstante, el art. 775 LECr. establece que ya en la **primera comparecencia judicial** se informará al investigado de los hechos que se le imputan y de sus derechos, en particular de su derecho de defensa regulado en el apartado 1 del art. 118 de la misma LECr., permitiéndose incluso que antes y después de su declaración judicial pueda el investigado o imputado entrevistarse reservadamente con su abogado.

Por tanto, dicho precepto concreta lo establecido con carácter objetivo por el art. 767 LECr., que genéricamente afirma que *“desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada será necesaria la asistencia letrada. La policía judicial, el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial recabarán de inmediato del Colegio de Abogados la designación de abogado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado.”* Por tanto, resulta evidente que la intervención del abogado deberá producirse incluso con anterioridad al inicio o incoación de un procedimiento judicial, es decir, ya en fase de investigación policial.

Encontrándose el investigado en situación de libertad, las comunicaciones con su abogado defensor son inviolables, toda vez que previamente han existido medios adecuados para investigar los hechos presuntamente delictivos mediante las denominadas diligencias de investigación practicadas en la fase de instrucción del proceso penal.

Distinto sería que el imputado estuviese en situación de prisión provisional, ya que en tal caso existe la posibilidad de intervenir las comunicaciones de los internos con excepción de las que mantengan con su abogado defensor, salvo en supuestos de terrorismo. En tales casos, si se permite la intervención de las comunicaciones del acusado con su abogado defensor, siempre que medie la pertinente resolución judicial motivada.

La reforma introducida por la LO 5/2015 en relación con el derecho de defensa.

La Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, ha modificado determinados preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (entre ellos los mencionados arts. 118 y 775) y la LO 6/1985, de 1 de julio, para trasponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa a la interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

Pues bien, la trasposición de dichas directivas -sentido y finalidad de la reforma-, que desarrollan dos aspectos esenciales de la defensa en el proceso penal, conlleva un importante esfuerzo de las garantías del proceso penal, mediante la regulación detallada del derecho a la traducción e interpretación en dicho proceso y del derecho del imputado a ser informado sobre el objeto del proceso penal de modo que permita un eficaz ejercicio del derecho de defensa, como recuerda el Preámbulo de la LO 5/2015.

En consecuencia, la reciente reforma procesal ha contribuido a definir y profundizar sobre el derecho de defensa del imputado en el proceso penal, ampliando su extensión y asentando —a favor del investigado— algunas cuestiones tales como el derecho a ser asistido por un intérprete, no sólo en presencia judicial si no también en sus comunicaciones con su abogado defensor, el derecho a la traducción de documentos y resoluciones judiciales esenciales y, muy relevante, el **derecho a la información de los imputados** en el proceso penal, modificándose el art. 118 LECr., que regula entre otros el derecho a ser informado claramente de los hechos objeto de imputación, el derecho a examinar las actuaciones con antelación para salvaguardar el derecho de defensa, el derecho a designar libremente abogado y a la asistencia jurídica gratuita, el derecho a guardar silencio y no declarar contra sí mismo, etc.

Y con la reforma de 2015 también se ha reforzado el **derecho a la información de los detenidos**, regulado en el art. 520 LECr., también modificado,

que establece ahora entre otros el derecho de acceso a los elementos de las actuaciones —“derecho de acceso al expediente”— que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad, lo que supone una novedad respecto de la anterior legislación, ya que antes no era posible el acceso por el abogado y su cliente a las actuaciones policiales o atestado, con anterioridad a prestar declaración ante la autoridad judicial.

Por tanto, cabe afirmar que tras la reforma operada por la LO 5/2015, el derecho de defensa ha cobrado si cabe mayor relevancia y protagonismo en la Ley procesal penal.

Contenido del derecho de defensa.

Como ya hemos visto, el derecho de defensa en sentido amplio engloba una serie de derechos y garantías procesales que deben observarse y respetarse en la tramitación de un proceso penal, a fin de evitar cualquier situación de indefensión para el imputado. A continuación vamos a referirnos a tales derechos y garantías que determinan el contenido del derecho de defensa en sentido amplio.

1. Derecho a ser informado de la acusación.

En el ámbito de las garantías integradas en el derecho a un proceso equitativo y en conexión con el derecho de defensa (art. 24.2 CE), se encuentra el derecho a ser informado de la acusación con la finalidad de articular una adecuada estrategia de defensa.

En relación con esta cuestión, nadie puede ser condenado sin haber sido previamente acusado. Como se recoge en la STC 54/1985, de 18 de abril “*el no acusado no puede ser condenado y ni siquiera juzgado*”, pues la Constitución impone la separación entre la función de juzgar y la de acusar impidiendo que el Juez actúe sucesivamente como acusador y juzgador. Por otro lado, el derecho a ser informado de la acusación es consustancial al derecho de defensa, pues parte esencial del mismo es el derecho a contradecir la pretensión acusatoria y nadie puede defenderse de lo que no conoce.

2. Derecho del acusado a utilizar los medios de prueba.

En el ejercicio del derecho de defensa, el acusado tiene derecho a solicitar la práctica de los medios de prueba pertinentes y tendentes a acreditar su inocencia o su versión de los hechos.

Señala el Tribunal Constitucional (entre otras, STC 91/2000, de 30 de marzo), que para apreciar una vulneración de estas características es preciso que siendo relevante para la resolución del litigio, la prueba propuesta en legal forma sea inadmitida inmotivadamente o mediante una interpretación arbitraria o irrazonable; o que, siendo admitida, no se practique por causas no imputables al acusado.

El derecho a la prueba no tiene carácter ilimitado, y como establece dicha doctrina, “*la prueba denegada tiene que tener los caracteres de pertinente, necesaria, posible, útil y relevante, además de ocasionar indefensión al recurrente*”.

3. La celebración del juicio en ausencia del acusado.

En el proceso penal, **el derecho del acusado a estar presente en el juicio** no es únicamente una exigencia del principio de contradicción, sino el instrumento que hace posible el ejercicio del derecho de autodefensa: sólo mediante la presencia física en el juicio puede prestarse o negarse conformidad a la acusación, puede convertirse la declaración del acusado en un acto de defensa, y puede ejercerse el derecho a la última palabra que en nuestro ordenamiento constituye una manifestación del derecho de autodefensa.

Pues bien, siendo preceptiva la presencia del acusado en el juicio con su abogado defensor, regla general impuesta por el art. 786.1 LECr., existen dos excepciones reguladas en dicho precepto: (i) se podrá juzgar a los acusados presentes en el caso de ser varios y si faltara alguno, o (ii) si constando la citación personal de un acusado la pena solicitada no excediera de dos años, éste no compareciera al juicio oral, y solicitaran las acusaciones la celebración del juicio en su ausencia, oída la defensa.

4. Límites al derecho de defensa: abuso de derecho o fraude procesal.

El derecho de defensa no es ilimitado (STS 17 de octubre de 2006), y el Tribunal puede rechazar aquellas solicitudes que entrañen abuso de derecho, fraude de ley o procesal, pues la indefensión del imputado tiene constitucionalmente un contenido material, no meramente formal.

Por ejemplo, si el acusado ha estado asistido por letrado de su elección o de oficio durante la tramitación del proceso, no resulta procedente ni admisible que el mismo día del juicio o en días inmediatos solicite la designación de un nuevo letrado de oficio o designar otro de su confianza interesando la suspensión del juicio, ya que estas solicitudes se consideran extemporáneas y en fraude de ley y abuso de derecho, del mismo modo que la renuncia formulada por el abogado defensor al inicio del juicio no resulta procedente, y la misma no figura entre las causas de suspensión del juicio que regula el art. 746 LECr.

5. Derecho del acusado a dirigirse a su letrado en el juicio.

De la posibilidad efectiva de seguir con atención las vicisitudes del proceso deriva el derecho del acusado de poder transmitir a su abogado aquellas observaciones pertinentes sobre el desarrollo de las pruebas o sobre cualquier otra incidencia durante el juicio.

6. Derecho a la asistencia letrada en la detención.

El reconocimiento de tal derecho esta pacíficamente reconocido (STS de 22 de marzo de 2001), y su impedimento u obstaculización por autoridad o funcionario público puede ser incluso constitutivo del delito previsto en el art. 537 CP.

No obstante, la presencia de abogado solo es precisa al momento de la declaración, no siéndolo en algunas otras diligencias, como la de entrada y registro, práctica de prueba de alcoholemia, etc., en las que no es preciso que exista abogado, *salvo si se traslada al detenido a dependencias policiales para tomarle declaración* (STS de 17 de noviem-

bre de 2003), siendo en tal momento preceptiva la asistencia e intervención del abogado defensor y la lectura de derechos.

A este respecto, el art. 520.2 LECr. afirma que el detenido será informado por escrito de los derechos que le asisten, entre ellos a designar abogado y ser asistido por él sin demora injustificada. Incluso en el supuesto en que por lejanía geográfica no sea posible de inmediato la asistencia de abogado, se facilitará la comunicación telefónica o por videoconferencia con aquel.

7. *El derecho al secreto de las comunicaciones.*

Si el derecho de defensa impone la necesidad de estar asistido por abogado desde el inicio de un proceso penal, es evidente que una injerencia en el secreto de las comunicaciones entre el abogado y cliente generará indefensión y vulnerará además un derecho fundamental, siendo inútil la información así obtenida a los efectos de fundamentar una sentencia condenatoria.

No obstante y como ya expusimos, cuando la comunicación entre abogado y cliente se produce estando este último interno en un centro penitenciario, la ley permite excepcionalmente la intervención de estas comunicaciones, en los supuestos de terrorismo y siempre mediando autorización judicial motivada.

En ningún otro supuesto se podrá vulnerar o limitar el secreto de las comunicaciones, imprescindibles por otra parte para un adecuado ejercicio del derecho de defensa y diseño de una estrategia. Cualquier información o dato obtenidos accediendo a las comunicaciones entre abogado y cliente más allá de los supuestos descritos, se habría obtenido ilícitamente y será ineficaz como prueba inculpativa.

8. *Derecho de no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.*

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, en España el investigado o acusado no está obligado a declarar y a responder a las preguntas que se le formulen. Es más, si lo hace, tampoco está obligado a decir la verdad si considera que esta puede incrimi-

narle; en conclusión, está legitimado en el ejercicio de su derecho de defensa, a no reconocer los hechos que se le imputan.

Esto podrá ser discutible desde un punto de vista moral o ético, pero desde luego tiene su amparo en el derecho de defensa regulado como derecho fundamental en el art. 24 CE.

Por el contrario, los testigos si están obligados a declarar y además deben decir verdad, pues en caso contrario podrían incurrir en la comisión de un delito de falso testimonio en causa criminal.

En cualquier caso, reconocida la facultad del inculcado en un proceso penal de no autoincriminarse y manifestar en su declaración lo que estime por conveniente, ¿puede concluirse qué si voluntariamente decide declarar, tiene derecho a mentir?

Esta previsión se encuentra recogida en todas las modernas Constituciones democráticas, piénsese en la conocida quinta enmienda de la Constitución Americana tantas veces reproducida en las películas.

Pues bien, la diferencia sustancial entre nuestro sistema y el americano consiste en que en EEUU existe el derecho a no declarar pero si se declara se ha de decir verdad, y en España no; es decir, quien declara como inculcado en un proceso penal, puede manifestar lo que quiera, sin más reproche y consecuencias que las puedan derivarse de sus afirmaciones (piénsese por ejemplo si sus afirmaciones podrían ser constitutivas, a su vez, de un delito de acusación o denuncia falsa).

Consecuencia lógica de lo anterior, es el valor probatorio limitado de las declaraciones de un imputado o acusado en un proceso penal. Si tal sujeto procesal no está obligado a declarar ni decir verdad, evidentemente los Jueces y Tribunales valorarán con más recelo el contenido de sus declaraciones, que en muchas ocasiones —por no decir en prácticamente todas— tendrá contenido y finalidad autoexculpatoria.

La extensión de este derecho es desde luego una cuestión opinable y discutible, y no pocos juristas se postulan por el cambio y aproximación de nuestro sistema al americano, al menos a este respecto.

Como decía Marco Tulio Cicerón, *“la verdad se corrompe tanto con la mentira como con el silencio”*. No obstante, en el proceso penal no debería equipararse el silencio a la mentira, y quizá lo segundo debería constituir un delito y lo primero un derecho.

A mayor abundamiento, en el proceso penal español no todo es blanco o negro. Es decir, no se resuelven todos los procesos penales con una declaración o veredicto de inocencia o culpabilidad. Ambos conceptos son matizables en muchas ocasiones, y los abogados defensores, como parte integrante del sistema judicial español, contribuyendo con nuestra labor al esclarecimiento de los hechos, podemos desempeñar perfectamente nuestra labor de defensa de los intereses de un cliente haciéndolo con respeto hacia la verdad y amparándonos en el silencio puntual de nuestros clientes en lo que respecta a alguna cuestión.

Pero como decía antes, se trata de una cuestión debatida y debatible, y por el contrario podrá interpretarse que si el artículo 24 CE predica un derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable,

esas son las reglas de juego y que por tanto el acusado puede, con el tenor literal de la Ley, mentir y su abogado elaborar su estrategia de defensa sobre esa base.

En no pocas ocasiones me han preguntado, ¿cómo puedes defender a una persona, sabiendo que es culpable de éste u otro delito?

Pues bien, pienso y siempre digo lo mismo. Se trata de nuestra profesión íntimamente ligada al derecho de defensa de cualquier persona. Nuestra labor deriva de la existencia de un derecho fundamental reconocido en la Constitución Española, que hemos analizado más o menos acertadamente.

Y esto guarda íntima relación con la libertad e independencia del abogado en el ejercicio de su profesión y esa es precisamente una de las circunstancias que la hacen más atractiva y gratificante. El abogado podrá libremente decidir si asume o no la defensa de una determinada persona o delito, y la forma en que lo hará, pudiendo también libremente rechazar la defensa de un determinado asunto o la estrategia de defensa que le pueda venir impuesta por un cliente o un tercero.