

¿HACIA EL OCASO DE LOS DERECHOS DE DEFENSA? (LA PROGRESIVA PERVERSIÓN DE LA JUSTICIA PENAL) (I)



LUÍS RODRÍGUEZ RAMOS

Catedrático de Derecho Penal y abogado

Una serie de factores están minimizando los derechos que garantizan la defensa de los ciudadanos investigados, encausados, acusados e incluso condenados, traicionando las previsiones de la vigente Constitución y de los Convenios internacionales de derechos humanos. Las principales mermas de estos derechos consisten en el abuso de las medidas cautelares tanto personales como reales, en el excesivo uso del secreto interno y de otras medidas de investigación desproporcionadamente invasivas de derechos fundamentales y, en general, en la exacerbación de la prevención general en detrimento de la especial, recortando el ámbito de vigencia real y efectiva de los derechos fundamentales de los justiciables sujetos pasivos del proceso. En cuanto a las causas de esta devaluación del derecho de defensa, existen factores viejos y nuevos: la persistencia de la figura del juez instructor, las sinergias inquisitivas y las forzadas sentencias de conformidad, la dejación de la instrucción por el juez y el fiscal en manos a la policía y la Agencia tributaria quedando ellos como meros tramitadores, la presión mediática favorable al linchamiento de los sospechosos de corrupción o de otros delitos que generan especial rechazo y la irresponsabilidad de las acusaciones frente a la temeridad. Los remedios son tan evidentes como posibles, si los abogados, sus colegios y el Consejo General de la Abogacía ponen su empeño en esta empresa hasta que llegue a buen fin.

I. PLANTEAMIENTO

Los derechos de defensa¹ de los investigados, encausados, acusados, condenados, e incluso los sobreesididos o absueltos en sentencia, están en la práctica muy lastrados a pesar de su solemne reconocimiento constitucional con el rango de derechos fundamentales y de la exigencia de su realidad y efectividad (arts. 1, 9, 10, 17, 24, 25, 117 y 121 CE). Los pesados "lastres" que van hundiendo hacia el pasado las mencionadas realidad y

¹ En realidad el derecho fundamental de defensa se puede configurar como un conjunto derechos también fundamentales, contenidos en la tutela judicial efectiva que es el reverso de la indefensión, y que son entre otros: los derechos a la legalidad sustantiva, procesal y penitenciaria, a la información de lo que se le acusa, a la prueba, a un proceso con todas las garantías, a la igualdad de armas, a la imparcialidad judicial,.....

efectividad de estos derechos, intrínsecamente vinculados al más genérico de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), tienen un origen temporal diverso, pues mientras algunos se remontan a la Administración de justicia en nombre del Rey que encarnaba la monarquía absoluta del *ancien régime*, otros son de corte más actual e incluso de la época posterior a la promulgación de la CE.

Este artículo pretende describir resumidamente la realidad de este ocaso de los derechos de defensa, denunciando las principales causas y reclamando los correspondientes remedios, que suponen incluso modificaciones constitucionales para el logro de la segunda revolución en la organización y funcionamiento de la Administración de Justicia, considerando que la primera proviene de la ya lejana Revolución de 1868, que fue muy adecuada para una sociedad rural, agrícola y cerrada al exterior, mientras que la segunda aún pendiente tendría que ajustarse a la actual realidad socioeconómica urbana, industrial, de servicios y globalizada. Esta segunda revolución exige una larga e ingente labor de preparación e implementación, que requeriría varias legislaturas para su efectiva implantación, por lo que resultaría indispensable un previo pacto de Estado de los principales partidos políticos.

II. LAS PRINCIPALES MERMAS DE LOS DERECHOS DE DEFENSA

1. Abuso de las medidas cautelares personales

Comenzando por los aspectos más graves y trágicos de la devaluación de los derechos de defensa, hay que aludir a las dos medidas cautelares personales más agresivas: la detención y la prisión preventiva, que tienen el carácter de derecho fundamental reforzado o reduplicado, al estar amparada la libertad tanto de modo directo por el artículo 17 CE, como indirecto al resultar afectada por la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa en el 24 y en el artículo 6 CEDH.

Obviando por ahora la regresión que supuso el plazo máximo de detención policial de 72 horas, frente a las 24 de los anteriores textos constitucionales españoles (salvo el pseudoconstitucional Fuero de los españoles de la era franquista que fue el precedente de la actual CE), lo cierto



es que la detención y, con mayor razón, la prisión preventivas son medidas excepcionales y extremas, pues lo ordinario es que una persona no sufra mermas de sus derechos y especialmente de su libertad, en tanto no haya sido condenada por sentencia firme a una pena de tal naturaleza². Sin embargo, la experiencia de los abogados penalistas, incluso después de la reforma profunda de 2003 que afectó a la prisión provisional³, no es satisfactoria tanto por los abusos, conscientes o erróneos, en la adopción de tales medidas, como por la irresponsabilidad del Estado-Juez cuando esa cautelar se declara posteriormente improcedente o excesiva, errónea en definitiva, al absolverse al investigado mediante sobreseimiento o sentencia como luego se detalla.

La detención es un modo excepcional de llamar al proceso al investigado como disponen tanto

² Al ser abonable la el tiempo de prisión preventiva al de condena de privación de libertad, es obvia al identidad de naturaleza material.

³ En la Disposición final segunda de la LO 9/1995 del Tribunal de jurado, modificó el artículo 504 LECr impidiendo que el juez de instrucción pudiera acodar de oficio, como venía haciendo desde 1882, requiriéndose que al menos una acusación la solicitase. Posteriormente, tras las severas críticas del TC, mediante LO 13/2003 formuló la hoy vigente, con mayores y mejores garantías para el investigado. La tendencia de los jueces de instrucción a atender la solicitudes del "cuerpo hermano" –Ministerio fiscal– de acordar la prisión, sumada a su parcialidad estructural, es estadísticamente muy alta, a pesar de los argumentos que esgrima la defensa en sentido contrario.

los preceptos citados de la CE y del CEDH como los artículos 486 y siguientes LECr. La modalidad ordinaria es la citación de comparecencia ante el Juez de instrucción cuantas veces sea necesario. La prisión preventiva es aún más excepcional por los graves daños materiales y morales que causa al investigado. Pues bien, la experiencia de los abogados penalistas, especialmente en los macroprocesos que son de especial interés mediático, es el abuso de ambas medidas cautelares pues, particularmente la prisión, en ocasiones no está legalmente amparada bien por inexistencia de la *condictio sine qua non* denominada *fumus boni iuris* (indicios bastantes de existencia real de unos hechos, es decir, los tradicionales "indicios racionales de criminalidad"), bien por no estar justificadamente presentes alguno de los motivos que legitiman la prisión: riesgo de fuga, destrucción de pruebas o peligro de comisión de nuevos delitos.

Las detenciones abusivas, por su improcedencia o por su excesiva duración⁴, con su posible complemento de la subsiguiente prisión preventiva, también se vienen utilizando, más o menos inconscientemente, como instrumentos de "tortura psicológica" para forzar al investigado a una confesión no querida, tanto de su propia culpabilidad cuanto de los posibles coautores o partícipes, conculcando obviamente el ordenamiento jurídico.

Los derechos de defensa de los investigados, encausados, acusados, condenados, e incluso los sobreseídos o absueltos en sentencia, están en la práctica muy lastrados a pesar de su solemne reconocimiento constitucional con el rango de derechos fundamentales y de la exigencia de su realidad y efectividad



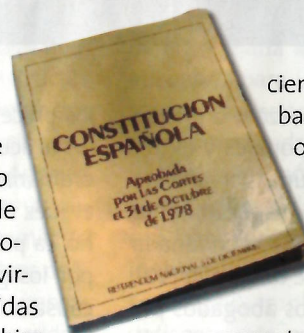
Las medidas cautelares reales, concretamente el embargo, sólo es procedente tras haberse fijado las cuantías de las posibles responsabilidades pecuniarias derivadas de un delito, y acreditado también el *fumus boni iuris* y la negativa del investigado a constituir fianza o ser ésta insuficiente

2. Y de las medidas cautelares reales

Pero la restricción del derecho de defensa no sólo deviene del referido abuso de las medidas cautelares personales, sino también de las reales, especialmente de los embargos y en particular de los bloqueos de cuentas bancarias, bien pervirtiendo la posibilidad de adoptar medidas urgentes al amparo del artículo 13 LECr, bien interpretando extensivamente los artículo 600 LECr y/o el 4 LEC, al ampararse en los artículos 726 y siguientes de ésta última ley, adoptando estos embargos al iniciarse un proceso penal, incluso declarado secreto para los investigados.

Las medidas cautelares reales, concretamente el embargo, sólo es procedente tras haberse fijado las cuantías de las posibles responsabilidades pecuniarias derivadas de un delito, y acreditado también el *fumus boni iuris* y la negativa del investigado a constituir fianza o ser ésta insuficiente.

⁴ La duración de la detención debe ser la menor posible, aun cuando se esté lejos del tope de las setenta y dos horas actual, excesivo si se consideran las veinticuatro horas como la precedente tradición de las constituciones históricas, salvo la pseudoconstitución que fue el Fuero de los Españoles franquista. Hoy se mantiene una incongruencia interna entre los plazos constitucionales y los de la LECr de 1882, pues el art. 497 prevé que la detención judicial puede durar hasta setenta y dos horas, plazo lógico si la policial tuviese como límite máximo las veinticuatro, pues en la actualidad la detención puede durar hasta seis días -144 horas-; en el Caso Malaya, el juez instructor que ordenó la detención -judicial por tanto-, por remitir al detenido a una comisaría, consideró que podía acumular ambos plazos, acumulación que fue declarada inconstitucional por el TC.



cientemente. También procedería el embargo como “decomiso anticipado o preventivo”⁵, pero tendría que circunscribirse a los efectos del delito y a la acreditación de que las cuentas embargadas pueden albergar tales bienes, al no estar justificados por otros conceptos los correspondientes ingresos.

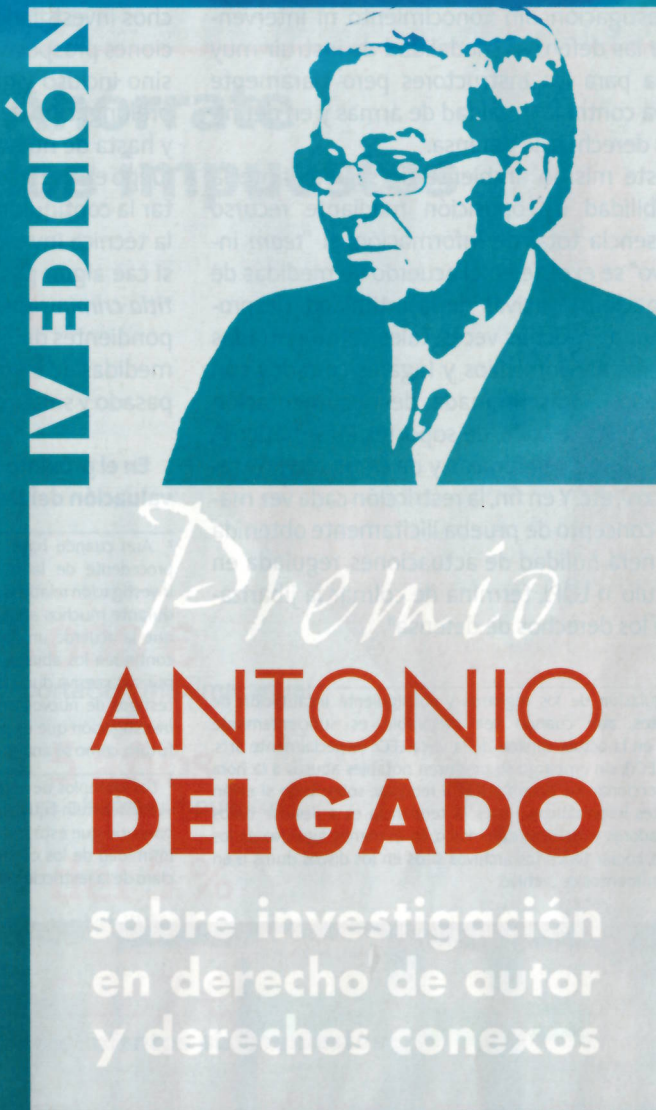
Y para colmo, estos embargos claramente abusivos por ser *contra legem*, a veces se extienden a las cuentas de los cónyuges o incluso a inmuebles de los afines.

3. SECRETO INTERNO Y OTRAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN LESIVAS PARA EL DERECHO DE DEFENSA

Esta poda continua de los derechos específicos de la defensa se suele encubrir y reforzar mediante la declaración del secreto interno de las actuaciones, además prolongado en el tiempo mediante sucesivas renovaciones (art. 302 LECr), que impide al investigado conocer con precisión y extensión el objeto de su imputación y las pruebas que puedan existir en apoyatura la misma, falta de

⁵ Art. 127 octies CP, pero en ocasiones los jueces de instrucción llegan a confundir la medidas cautelares reales del artículo 13 LECr y/o el mencionado decomiso cautelar, con el tradicional embargo para cubrir las posibles responsabilidades pecuniarias, aplicándolo sin la previa solicitud de fianza y la consiguiente cuantificación exacta de su importe (arts. 589 y ss LECr).

El Instituto de Derecho de Autor convoca: **Premio Antonio Delgado**



Plazo para la recepción de los estudios:
del 25 de julio al 18 de noviembre de 2016

1º Premio: 3.000 € – 2º Premio: 1.500 €

Consulte las bases de la convocatoria en www.institutoautor.org

Organiza:



**Instituto
Autor**

Colaboran:



Apoya:



La restricción cada vez mayor del concepto de prueba ilícitamente obtenida que genera nulidad de actuaciones, regulada en el artículo 11 LOPJ, termina de colmar la jibarización de los derechos de defensa

información que obviamente merma sus posibilidades de defensa. Se abusa igualmente de este secreto, para permitir al fiscal, al juez instructor, a la policía judicial y a la Agencia tributaria recabar información mediante la práctica de diligencias de investigación, sin conocimiento ni intervención de las defensas, modalidad de instruir muy cómoda para los instructores pero claramente agresiva contra la igualdad de armas y en definitiva los derechos de defensa.

En este mismo ambiente de secreto, ante la imposibilidad de oposición mediante recurso por ausencia total de información, el "team inquisitivo" se excede en el acuerdo de medidas de investigación invasivas de la intimidad, desproporcionadas muchas veces, tales como entradas y registros en domicilios y lugares cerrados con incautación indiscriminada de documentación impresa y, sobre todo, de soportes informáticos⁶, intervenciones telefónicas y de otros medios telemáticos⁷, etc. Y en fin, la restricción cada vez mayor del concepto de prueba ilícitamente obtenida que genera nulidad de actuaciones, regulada en el artículo 11 LOPJ, termina de colmar la jibarización de los derechos de defensa⁸.

⁶ La regulación de los registros y consiguiente incautación de documentos, aun cuando sea mejorable, es suficientemente expresiva en la actual versión de la vieja LECr (especialmente arts. 558 y ss LECr), sin embargo se producen notables abusos a la hora de no seleccionar los documentos a requisar, sobre todo si están en soportes informáticos, pues la tendencia es a llevarse todos los ordenadores y archivos externos o, en el menos agresivo de los supuestos, copiar todos los archivos sitios en los discos duros o en otros instrumentos de archivo.

Y en conexión con todo lo anterior, especialmente vinculado al no reconocimiento de la ilicitud de la prueba, a la prolongación del secreto interno y de las escuchas telefónicas y de la recogida de documentación no circunscrita a los hechos investigados, está la praxis de las investigaciones prospectivas, no sólo rastreando el pasado sino incluso vigilando el futuro para asistir a la prolongación de las acciones delictivas originales, y hasta de nuevas acciones delictivas a perseguir luego en ese mismo procedimiento, en vez de evitar la continuidad delictiva. Se practica sin recato la técnica investigadora de "echar la red para ver si cae algún pez", en vez de tener una previa *notitia criminis* sobre algún "pez", abrirle las correspondientes diligencias previas y luego acordar las medidas de investigación pertinentes mirando al pasado y solamente para "pescar ese pez". ●

En el próximo número, (y II) Las causas de la devaluación del Derecho de Defensa

⁷ Aun cuando haya sido positiva la reciente reforma de la LECr procedente de la LO 13/2015, en relación con las medidas de investigación relativas a la tecnología telemática, reforma reclamada durante muchos años por el TC e incluso por el TEDH, el hecho de que la acuerde un juez parcial en cuanto instructor, no evita que continúen los abusos, bien por su desproporcionalidad inicial, bien por su excesiva duración, bien en fin por utilizarse para asistir como testigos de nuevos delitos en vez de proceder a evitarlos, en una investigación que es prospectiva mirando tanto al pasado como al futuro, como se analiza.

⁸ Los ejemplos de las listas Falciani –Suiza- y anteriormente Kieber –Liechtenstein-, que son claros quebrantamientos, no ya del secreto bancario que está muy devaluado, sino también y sobre todo de la intimidad de los clientes de los bancos (art. 18 CE), es un ejemplo claro de la restricción de los márgenes del artículo 11 LOPJ.

