

LUIS MARTÍ MINGARRO

**CRISIS DEL DERECHO
DE DEFENSA**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES
2010

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO.....	11
1. INTRODUCCIÓN	17
2. NATURALEZA DEL DERECHO DE DEFENSA...	21
3. LOS CONTENIDOS DEL DERECHO DE DEFENSA.....	29
4. EL CONCEPTO DE INDEFENSIÓN.....	35
5. ALREDEDOR DE LAS GARANTÍAS DE LA DEFENSA EN EL UMBRAL DEL PROCESO	39
6. EL SECRETO INTERNO DE LAS ACTUACIONES	49
7. EL SECRETO DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES, LA PUBLICIDAD EN LOS JUICIOS Y EL DERECHO DE INFORMACIÓN	53
8. UN MOMENTO CRUCIAL PARA LA DEFENSA: LA DETENCIÓN PREVENTIVA.....	59

	<u><i>Pág.</i></u>
9. TESTIGOS Y PERITOS PROTEGIDOS. JUECES EN LA SOMBRA	67
10. PROTECCIÓN DE LAS COMUNICACIONES, SECRETO PROFESIONAL DE LOS ABOGADOS Y EL DERECHO DE DEFENSA.....	71
11. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN CUALIFICADA Y EL DERECHO DE DEFENSA.....	83

PRÓLOGO

La realidad es más rica que la imaginación y quizás por ello el autor de este prelude nunca hubiera barruntado que prologaría una obra de Luis Martí Mingarro, por lo que tiene de inversión de papeles en la tradición editorial: hace el prólogo quien goza de más auctoritas, para avalar desde el olimpo de los ya consagrados autores la calidad de una nueva publicación. Esta perplejidad está si cabe más justificada cuando, como en el presente caso, se trata de diagnosticar las debilidades, patologías y crisis del derecho de defensa, en una síntesis magistral sólo alcanzable por la madurez de la experiencia acumulada en una mente en su cenit de desarrollo. Se acepta el reto y el discípulo pasa a prologar la obra del maestro, con gratitud por su generosidad.

La amable sorpresa tiene su causa en un hecho palmario: gran parte de lo que este telonero sabe del derecho de defensa en particular y de la abogacía en general, se lo debe al autor de estas páginas tras recorrer juntos un largo camino, en una primera fase

de cinco años compartiendo tareas en la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Madrid, siendo el autor primero Tesorero bajo el Decanato de D. Antonio Pedrol Rius y luego digno sucesor del anterior Decano. La segunda fase se inició después de once años de «vacaciones», cuando Luis Martí me preguntó con la delicadeza que le caracteriza si quería reincidir en los quehaceres colegiales y figurar como Vicedecano en la candidatura que él presidía, para presentarse a las que iban a ser sus últimas elecciones, y aprovecho esta pública ocasión para acreditar que, ya entonces, había decidido que ese fuera su último mandato, propósito que cumplió fiel a sí mismo cuando llegó a su fin, a pesar de los sinceros ruegos formulados por muchos abogados para que siguiera al frente de Colegio.

A Luis Martí siempre le he conocido «defendiendo el derecho de defensa» a lo largo de muchos lustros, sabedor de que esa era su primera misión colegial como Decano, «defensa de oficio» de este derecho ratio essendi de la abogacía que no sólo ha sido permanente en el tiempo sino también universal en el espacio, pues merced a su autoridad proyectada desde la presidencia de la Unión Iberoamericana de Abogados, ha sido adalid en el amparo de los derechos humanos en general y muy particular del de defensa, en diversos países iberoamericanos que padecían su conculcación. Si escribiera un libro de memorias daría cumplido testimonio de estos servicios prestados con tanta tenacidad como eficiencia.

Desde la auctoritas nacida del constante ejercicio de servicios a la abogacía, el autor hace ahora

esta declaración de la grave crisis que actualmente padece el derecho de defensa. Una vez más y de modo reiterado destaca una aberración orgánico procesal que puede considerarse el «pecado original» de una praxis, que margina durante la instrucción el derecho de defensa en el proceso penal español: el arcaísmo que supone la vigencia del principio inquisitivo en su fase instructoria. En este libro lo dice de un modo más «académico», sin duda en atención al foro de su mensaje que ha sido la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación a la que pertenece, pero quien esto escribe se lo ha oído decir en términos más rotundos: «son dos fiscales los que instruyen y además uno de ellos es el juez». Pues bien, la necesidad de superar este anacronismo que tan bien explica en su origen Alonso Martínez, es uno de los muchos puntos en los que prologado y prologuista han compartido opiniones.

Luis Martí no habla de oído en éste como en tantos otros pasajes de su obra, y así lo acredita tanto la coincidencia con este prologuista en el ejercicio del derecho de defensas técnicas en alguna causa penal (y por cierto, con excelentes resultados para su defendido), cuanto una anécdota que denota además su agudeza y su sentido del humor, y que parte de ser los órdenes jurisdiccionales civil-mercantil y contencioso administrativo los más habituales en su despacho, circunstancia que propició la sorpresa del que escribe estas líneas cuando le encontró esperando su turno de asistencia letrada en un Juzgado Central de Instrucción, diciéndole: «pero Luis, ¿te has pasado al penal?», a lo que contestó sonriente: «Yo no, ha sido mi cliente». Es pues la

experiencia directa la que también late como sustrato de su sabiduría en la materia, sin perjuicio de la recibida de primera mano de los penalistas que siempre hemos estado a su vera, algunos de los cuales aparecemos citados en esta obra.

La equilibrada síntesis de esta publicación deja espacio al prologuista para insistir en este factor básico castrante del derecho de defensa, invitándole a hacer una reflexión sobre la triste y perenne actualidad del tema, aprovechando el altavoz que la autoría y la calidad de esta publicación le brindan. Pues bien, el ya citado firmante de la exposición de motivos de la más que centenaria Ley de enjuiciamiento criminal, era consciente de la quiebra del sistema acusatorio que suponía la figura del juez instructor y de los riesgos que su papel esquizofrénico generaba al tener que actuar a la vez como investigador que quiere conocer la verdad y garante de los derechos del inquirido, por lo que además de declarar su provisionalidad con la esperanza de que el legislador pronto se «echaría en brazos de la lógica» otorgando al fiscal la instrucción bajo la vigilancia de un juez de garantías, provisionalmente estableció un mecanismo de control del juez instructor, disponiendo en el artículo 306 de dicha ley que el juez instruya bajo la vigilancia del fiscal, es decir, que en tanto no sea el fiscal el instructor bajo la vigilancia de un juez imparcial no interesado en el descubrimiento de la verdad material, el fiscal se encargue de vigilar al juez instructor en su casi imposible equilibrio.

Pero este contrapeso provisional se rompe estrepitosamente cuando es el fiscal quien insta el

procedimiento, mediante denuncia y querrela, convirtiéndose en coinstructor y tornándose por ende «la raposa en guardiana del gallinero», es decir, confiando la defensa de los derechos de los imputados a los acusadores. Si además se declara el secreto interno de las actuaciones marginando del procedimiento al abogado defensor —al derecho de defensa—, se suman a la instrucción la Agencia tributaria y la policía, y para colmo se quebranta el secreto externo de la instrucción con filtraciones políticamente interesadas a los medios de comunicación, se cae en lo que en su día calificó este prologuista de «orgia inquisitiva», situación que ofrece a los instructores tentadoras oportunidades de corromper y pervertir el proceso para descubrir la verdad material, dinamitando el derecho de defensa al permitir, por ejemplo, que se intervengan las comunicaciones penitenciarias del abogado con su cliente, para que los instructores conozcan tanto la realidad que el imputado tiene derecho a ocultar como la estrategia de defensa.

Mientras la orgia inquisitiva se mueva en el llamado «Derecho penal del enemigo» (el aplicado a los terroristas), todos miran para otro lado y aplauden la eficacia de la Justicia penal. Pero la experiencia acredita desde el Caso de El Nani en el ámbito policial hasta el Caso Gürtel en el judicial, que la excepcionalidad nacida del robespierrico principio «no hay libertad para los enemigos de la libertad», tiende a expandirse a otros ámbitos con las tristes consecuencias para las libertades fundamentales de los ciudadanos que no son enemigos de la libertad.

En fin, no debo abusar de la tribuna que me presta Luis Martí y vuelvo a su obra, para alabar de nuevo su capacidad de síntesis y agradecerle públicamente todo lo que ha hecho por la abogacía española e iberoamericana, particularmente en su terca «defensa del derecho de defensa», derecho que los abogados protagonizan pero que pertenece al patrimonio de los derechos fundamentales del ciudadano.

Luis Rodríguez Ramos

Vicedecano del Colegio de Abogados de Madrid
Catedrático de Derecho penal

1. INTRODUCCIÓN*

La tarea de poner al día la justicia penal ha de constituir un empeño colectivo en el que, como es propio, los poderes públicos tienen un protagonismo sustancial. Pero no son los únicos, porque no es posible crear el ambiente social, político y funcional necesario para la reforma de la justicia penal sin la cooperación de los principales agentes y operadores del proceso penal que son los jueces, los fiscales, los abogados, los procuradores, las fuerzas de seguridad y cuantos otros intervienen en la tarea procesal de impartir justicia criminal en nuestro país. Dice Ihering en *La lucha por el derecho*: «El Derecho es el trabajo sin descanso, y no solamente el trabajo de los poderes públicos sino también el de todo el pueblo».

La pérdida de prestigio que las instituciones de la justicia tienen en la valoración de la ciu-

* Este texto nace, básicamente, de una comunicación sobre el mismo tema, presentada por el autor en la R. A. de Jurisprudencia y Legislación en el año 2009.

dadanía es tan preocupante como lamentable ¹. Esa valoración de la Justicia está en un camino que seguirá descendente ² mientras no dejemos de parchear el proceso y se afronte en verdad una reforma de su etiología y de su funcionamiento, acompañada de una coetánea y cumplida reforma del comportamiento material de la justicia.

Llevado por el impulso de una vida dedicada a la tutela del derecho de defensa ³, cuando —en tiempos de régimen autoritario— soñábamos

¹ Algo así ha escrito el profesor Gonzalo Quintero en *La Justicia Penal en España*, Aranzadi, 1998: «En verdad no se trata de un fenómeno especial de la sociedad española, sino de un mal que aqueja a muchas sociedades democráticas, incluso aquellas anglosajonas que se tenían como paradigmas del respeto consolidado (baste recordar los clamorosos y recientes casos de errores judiciales en Inglaterra y las reacciones que han provocado). Parece pues que, cual si de una fatalidad se tratara, la “insatisfacción de la ciudadanía” es el contexto natural en el que se ha de realizar la actividad de la jurisdicción penal. Y eso no es realmente “justo” —palabra algo difícil de usa en este tema—, si se piensa en los sinceros esfuerzos de centenares de jueces, abogados, fiscales, funcionarios policiales y judiciales, que entregan su esfuerzo diario en pos del ideal de conseguir una justicia penal razonablemente eficaz, igualitaria, democrática, y, por todo ello respetable».

² El texto transcrito en nota 1 es de 1998. Ahí seguimos.

³ He tenido la fortuna de aprender de mi padre el ejercicio de la abogacía y sus valores. Y a lo largo de mi carrera he coincidido con maestros de los que he podido tomar experiencias inolvidables. En materia penal, haber estado cercano a Stampa (†), Rodríguez Ramos, Rodríguez Mourullo, es un privilegio. Como lo es haber sido ayudado —incluso en estas líneas— por jóvenes valores de la abogacía como Juan Gil, Fernando Bejerano, Valentín Sebastián Chena o Rosa Bedregal...

con un proceso penal acoplado en su esencia al significado de la democracia y del Estado de Derecho, selecciono en esta comunicación una serie de aspectos del propio derecho de defensa y de su actual aplicación y vigencia en el quehacer diario de nuestra justicia de la que hay que decir —como muestra de su dimensión— que se firman alrededor de 1.400.000 resoluciones definitivas anuales, entre todos los órdenes jurisdiccionales.

En estas páginas se acotan algunos de los muchos temas que el conjunto del «*droit de la défense*» presenta: el sistema, notoriamente incumplido, de la citación para la primera declaración o de la forma en que se practican las detenciones, tan frecuentemente de manera «*contra legem*»; las agresiones a la presunción de inocencia; las dilaciones indebidas que no sólo generan indefensión, sino que significan una erosión directa del deber de preservación efectiva de la dignidad humana. Para qué contar los incumplimientos directos de plazos establecidos en las leyes; los supuestos de desigualdad de armas; las presiones sobre la libertad e independencia de los defensores; o los sistemas de cupo como los atinentes a medidas sobre la libertad de los inmigrantes; o la burla del esencialísimo principio del secreto profesional; la manipulación de los tiempos del secreto sumarial; o las extensiones intolerables de la prisión provisional más allá de la proporcionalidad directamente conectada al fundamento de una medida cautelar que afecta al valor esencial de la libertad individual.

Ese panorama revela un fracaso colectivo que también nos comprende a quienes con carácter general hacemos bien nuestro trabajo; una mayoría de jueces, fiscales y abogados, cuyo esfuerzo mayoritario debe reconocerse aunque, en todo caso, produce resultados globales que son confusos, y está viciado por la inestabilidad legislativa y una falta de madurez democrática en las áreas del poder al tratar los temas de la Justicia. También un déficit de independencia, pocas y señaladas veces en los juzgadores, más frecuente y visualizado en los propios órganos de gobierno del Poder Judicial.

No podemos ocultarnos que algunas de las disfunciones nacen de graves causas endógenas: una progresiva difuminación de la aplicación del principio de legalidad en aras de creaciones jurisprudenciales⁴; la deliberadamente manipulada percepción social sobre el sentido de la instrucción y las diferencias entre lo que es investigar, acusar o juzgar; una ocasional pero inconfundible impregnación del aroma y cercanía de los poderes mediáticos; el vergonzoso e impune quebrantamiento del secreto sumarial; la propia pérdida de independencia del aparato de gobierno de la Justicia; y la consiguiente degradación de los principios básicos del debido funcionamiento de la justicia en democracia.

⁴ Es clara la legitimación democrática del juez para interpretar la Ley; no para crear la norma. El problema se lo plantea Kelsen. Rubio Llorente (*El Juez y la Ley desde el punto de vista del principio de igualdad*) subraya que *puede exigirse al juez que no intente colocarse en el lugar del legislador*.