

Revista del Foro Canario

84



Las Palmas de Gran Canaria, 1992

Portada: Foto cortesía de El Museo Canario.

Imprime: Imprenta Pérez Galdós
Prof. Lozano, 25 - Urb. Cebadal
Las Palmas de Gran Canaria

Depósito Legal G.C. 258/80
I.S.S.N. 0211-0903

*Revista del
Foro Canario*

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo
Decano del Colegio

Segundo Franco Vega
Diputado Primero

Jaime Santana Castellano
Diputado Segundo

Serafín García Zumbado
Diputado Tercero

Tomás de Páiz Mora
Diputado Cuarto

Juan Antonio Pérez de Paz
Diputado Quinto

Domingo del Toro Augusto
Diputado Sexto

Jaime Rubio López
Diputado Séptimo

Micaela Domínguez Hernández
Diputado Octavo

José María Palomino Martín
Bibliotecario-Contador

José Díaz Henríquez
Tesorero

Rafael Vera Cominges
Secretario

COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO

Óscar Bosch Benítez
Micaela Domínguez Hernández
Serafín García Zumbado
M.^a Teresa García Cuyás

COORDINACIÓN

Juan Antonio Martínez de la Fe

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6
35001 Las Palmas de Gran Canaria

INTERVENCIÓN DEL LETRADO EN LAS PRIMERAS DECLARACIONES QUE SE TOMA AL DETENIDO

ALBERTO MANUEL LÓPEZ LÓPEZ

FISCAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA ASISTENCIA LETRADA AL DETENIDO. UN REQUISITO IMPRESCINDIBLE
- III. EL LETRADO: ¿DEFENSOR DEL DETENIDO O DE LA LEY?
- IV. LA PARCIALIDAD DE LA ABOGACÍA
- V. EL DERECHO POSITIVO EN LA ASISTENCIA AL DETENIDO
- VI. CONCLUSIONES PRÁCTICAS

I. INTRODUCCIÓN

En la investigación de los posibles delitos que se cometen en el área de nuestra competencia intervienen varios sujetos ajenos a los hechos, Policías, Jueces, Fiscales y Abogados de las partes. Las funciones que a cada uno corresponden en las primeras diligencias, lejos de estar nítidamente definidas en nuestro derecho, constituyen un ejemplo más de la ambigüedad conceptual con que éstos son tratados en nuestros textos legales, cambiando de carácter y de función según el tipo o la fase del proceso en que nos hallemos. Así, centrándonos en los inicios del proceso penal, el Juez instructor, además de Juez, en cuanto recoge las pruebas que imputan a una persona la comisión de un delito, se convierte en acusador; el Fiscal, además de acusador público, al tener la obligación de salvaguardar que no sean lesionados los derechos del imputado, es en cierto modo defensor del mismo; y el Letrado defensor añade a esta condición la de ser un colaborador de la Administración de Justicia, de la forma en que más adelante se dirá. Ello hace que no siempre se tengan las ideas claras a la hora de resolver las numerosas cuestiones que se plantean en la práctica forense diaria, y que, por supuesto, no se hallan expresamente resueltas en la Ley. El presente trabajo se va a centrar en la figura del Abogado defensor y su posición y derechos en las primeras diligencias policiales y judiciales, intentando definir un criterio claro que sirva, tanto para distinguirlo con claridad de los demás sujetos intervinientes, como para, a la luz del mismo, solucionar los problemas que puedan plantearse.

II. LA ASISTENCIA LETRADA AL DETENIDO. UN REQUISITO IMPRESCINDIBLE

Cuando una persona es privada de libertad por la Policía ha de ser inmediatamente asistida por un Letrado de su elección o de oficio. Así resulta de lo ordenado en el art. 520 LECrim. nº 2, que dice: “Toda persona detenida o presa será informada, de forma que le sea comprensible, y de manera inmediata ... c) Derecho a designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si el detenido o preso no designara Abogado, se procederá a la designación de oficio”.

Como se puede comprobar la asistencia letrada al detenido no es un derecho renunciable a partir de la reforma operada en la LECrim. por la L.O. 14/83 de 12-12 que suprimió esta posibilidad del art. 526, según la redacción

que le dio la Ley de 4 de diciembre de 1978, y esto a pesar de que el art. 6.3 c) del Convenio Europeo de los Derechos Humanos considera el derecho a la asistencia de letrado como alternativo al derecho a la defensa por uno mismo, pues el art. 24.2 Const. Esp. no permite que se prive al acusado de la asistencia de abogado por el motivo de que le estuviese reconocida la posibilidad de defenderse por sí mismo (SS. TC. nº 16, 14-11-88). Por lo que cabe afirmar, rotundamente, que *la diligencia policial o judicial realizada sin el concurso de un Letrado que asista a la persona contra la que se dirija es nula de pleno derecho* de conformidad con lo dispuesto en el art. 238.3º LOPJ. Las dos excepciones legales, primera que, comunicada la detención al Colegio de Abogados, transcurrieren 8 horas sin comparecer por una causa justificada el Letrado elegido o el designado de oficio, en cuyo caso se podrá proceder a la práctica de la declaración o el reconocimiento, si el detenido prestare su consentimiento a ello; y, segunda, que la detención se verificara por hechos susceptibles de ser tipificados exclusivamente como delitos contra la seguridad del tráfico, que se contienen en el propio art. 520, núms. 4 y 5, respectivamente, si se tiene en cuenta lo ya dicho, que no es otra cosa que la invariable doctrina Constitucional sobre la materia desde la STC de 28-7-81, su primera resolución sobre el tema, en que anuló la sentencia de la Audiencia Provincial porque la única prueba que había servido como inculpatória era la declaración del procesado ante la Policía sin las garantías establecidas en el art. 17 C.E., concretamente sin la presencia de Abogado, hasta la reciente STC 140/1991, 20 de junio, Sala 1ª, que únicamente considera prueba vinculante para el Juzgador la verificada en el Juicio oral, y sólo admite excepcionalmente que se pueda destruir la presunción de inocencia en base a pruebas sumariales cuando éstas hayan sido practicadas con las garantías que las leyes procesales establecen y con respeto de los principios constitucionalmente admitidos, hay que colegir que estas excepciones que la LECrim. admite a la asistencia letrada de todo detenido no dejan de ser un ejemplo más de letra muerta en un texto en vigor, que mejor habría en desaparecer.

Constituye, pues, un axioma irrefutable en nuestro derecho que *no se puede realizar diligencia alguna en que tenga que intervenir una persona como inculpado si ésta no se halla asistida de Letrado*

III. EL LETRADO: ¿DEFENSOR DEL DETENIDO O DE LA LEY?

Ahora bien, sentado esto ¿cuál es la posición jurídica del Letrado que asiste a la persona que se encuentra privada de libertad al imputársele la comisión de un hecho punible?. Nuestro sistema penal, en este punto inicial del procedimiento, no adopta un criterio claro en el tratamiento de la figura del

Abogado, imbuyéndole de una naturaleza dual, que ocasiona cierto confusionismo pues no siempre se tiene claro el papel a desempeñar, apareciendo tanto como un colaborador de la Administración de justicia, que participa de sus mismos fines, y, al mismo tiempo, como el defensor de los intereses que le son confiados por el particular que lo nombra, privado de libertad, y que, en la abrumadora mayoría de los casos, son contrarios a la propia finalidad de la investigación, que nace para intentar recoger las pruebas de su culpabilidad. Así su relación con los otros sujetos que intervienen en la instrucción está marcada por este doble carácter, ser al mismo tiempo un colaborador y un antagonista.

Con anterioridad a las modernas reformas operadas en nuestro ordenamiento penal, los problemas de esta función bicéfala del Abogado estaban en gran manera soslayados, pues, de un lado, se hallaba el Abogado garante de los derechos fundamentales, exclusivamente, casi totalmente identificado con la figura del Abogado designado por riguroso turno de oficio, que por no tener relación alguna con el imputado, ni presente ni futura, ya que la representación del mismo correspondía con toda seguridad a otro compañero, se comportaba con absoluta imparcialidad de criterio en el desempeño de su misión, y de otro, el Abogado particular elegido libremente por el detenido, asumiendo, cada uno, el rol que le estaba encomendado, lo que facilitaba en gran manera las relaciones con los demás sujetos que intervenían en la investigación al tener claro todos ellos el papel que les toca desempeñar. Sin embargo, en la actualidad otros son los vientos que soplan por nuestro derecho, cada nueva ley representa un nuevo paso hacia la figura del Fiscal como instructor público de los delitos, pasando casi de mero espectador a protagonista, dirigiendo la investigación y la acusación. Este cambio radical en nuestro sistema procesal es lógico que afecte, no sólo a los Fiscales, sino también a los demás intervinientes, a los Jueces, centrada su misión en adoptar las resoluciones que puedan afectar a los derechos fundamentales de las personas, y a los Abogados convirtiéndose, desde el primer momento, en los implacables defensores de los intereses del justiciable, oponiéndose, con todos sus conocimientos jurídicos a las pretensiones inculpatórias que el Fiscal intente obtener de la investigación y quiera, luego, hacer valer en el juicio oral.

La mencionada dirección legislativa aparece plasmada en la última reforma operada en LECrim. por la L.O. 7/88, que introdujo el procedimiento abreviado. La nueva posición del Fiscal informa todo su articulado, a pesar de que no llega a dar el paso definitivo. Respecto a la del Abogado, el art. 788.2 ordena al designado de oficio que asista al detenido en comisaría y continúe prestando su asistencia jurídica hasta la finalización del proceso, salvo, claro está, que el interesado nombre a otro distinto, por lo que la independencia de

criterio que le proporcionaba el no ser defensor del detenido desaparece. Ahora ya no intervendrá en las actuaciones otro profesional que aquel que defiende al detenido, asimilándose el Abogado designado de oficio al elegido directamente por el justiciable, sus funciones son idénticas y su posición ante el proceso también. No obstante, en otros pasajes más antiguos de la LECrim., a los que no afectó la reforma, sigue estando presente esta distinción entre Abogados como ocurre cuando se decreta la incomunicación del detenido, en cuyo caso en art. 527 se le limita, no sólo el derecho a nombrar un Abogado de su confianza, que habrá de ser de oficio, sino también a entrevistarse reservadamente con éste; con la posibilidad que le concede al Juez el art. 302 LECrim. para decretar el sumario secreto, total o parcialmente, para todas las partes personadas, cuando estime que el conocimiento de las diligencias que se están practicando en la instrucción pueda perjudicar el curso de la misma. Preceptos que demuestran una desconfianza de nuestro legislador hacia la figura del Abogado que no se entiende si se considerara al mismo, únicamente, como un colaborador del Poder Judicial. Es indudablemente esto, pero, principalmente, también otra cosa.

IV. LA PARCIALIDAD DE LA ABOGACÍA

En efecto, el Abogado es un profesional del derecho, independiente del poder punitivo del Estado, que vigila por que, en la investigación de los delitos, se salvaguarden los derechos reconocidos por la Ley a los que aparecen en ellos como inculcados, siendo indudable que desde este punto de vista está llevando a cabo una función de interés público que trasciende de la que sería propia de una profesión estrictamente liberal, convirtiéndose en garante de derechos fundamentales sancionados en la Constitución, y, en definitiva, en una pieza clave de la administración de justicia. Este aspecto es el fundamentalmente resaltado por los textos legales en vigor, así la Exposición de Motivos del Estatuto General de la Abogacía proclama: “A partir de la Constitución de 1978, la figura del Abogado y el papel que debe cumplir en defensa de los intereses y derechos de los ciudadanos como colaborador del Poder Judicial ha obligado a la puesta al día del Estatuto General de la Abogacía”. Para, más tarde, en el Título III, de los derechos y deberes de los Abogados, en el art. 39, seguir diciendo: “El deber fundamental del Abogado, como partícipe en la función pública de la Administración de Justicia, es cooperar a ella defendiendo en derecho los intereses que le sean confiados”. Y lo que es más sorprendente: “En ningún caso la tutela de tales intereses puede justificar la desviación del fin supremo de justicia a que la Abogacía se halla vinculada”, ya

que si se observara este precepto los Letrados, del mismo modo que los Fiscales tienen prohibido acusar al que piensan inocente, no podrían solicitar la absolución del que saben culpable, so pena de desviarse del fin supremo de justicia a que se hallan vinculados, y no es preciso abundar en argumentos para afirmar que tal conclusión, además de ir en contra del sentido común, vulneraría la Constitución, art. 24.2, y la jurisprudencia tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SS. 9-10-79, 13-5-80 y 5-4-83) como de nuestro Tribunal Constitucional (entre otras, la 37/88) que declara que para evitar la indefensión del justiciable no basta con proporcionar los correspondientes profesionales de oficio, sino que la asistencia letrada ha de ser real y efectiva.

Así, enlazando con lo anterior, es preciso afirmar que, además de velar por que no se viole precepto legal alguno en perjuicio de su cliente, tiene la obligación de hacer valer todo aquello que resulte de la investigación y le pueda beneficiar, y, aunque no lo dice ningún texto legal, *utilizar todos sus conocimientos jurídicos para que quede desvirtuado aquello que le pueda ser perjudicial*. En definitiva, satisfacer el interés de la parte que lo ha nombrado, y no cabe duda de que el interés del detenido está en no ingresar en prisión y el del acusado en ser absuelto. De ahí que la posición del Letrado sea absolutamente parcial, y de este modo se ha reconocido por la Jurisprudencia haciéndose eco del quehacer cotidiano de la Abogacía española, así la SS.TS. 23-5-87, proclama que “el defensor es el patrono, por consiguiente parcial, de quien resulta acusado y sólo puede actuar como tal en la medida en que en su conjunto, a través de una determinada estrategia, procura la exclusión de su defendido. Este derecho primario, en cuanto derivado de la propia naturaleza de las cosas, conforme al estado actual del Derecho está por encima de la voluntad del procesado o inculcado en general y se extiende al proceso en todas sus instancias y a sus correspondientes impugnaciones”.

Esta posición parcial del Letrado la legitiman, en nuestra opinión, dos tipos de razones:

a) La primera, de parte del Letrado. Profesional liberal que no goza de un sueldo fijo del Estado, frente a los demás intervinientes en el proceso: Policías, Jueces y Fiscales, gozará de mayor prestigio profesional según se revele de eficaz en la defensa de los intereses que le sometan a tutela, concretamente, en el caso del detenido, su éxito estará en lograr que recobre inmediatamente la libertad.

b) La segunda, y más importante, de parte del imputado. Persona individual que se enfrenta contra toda la maquinaria del Estado en claro

combate desigual y que es “justo” que en cierta medida le sea concedida la “ventaja” de tener de su lado, incondicionalmente, una persona técnica en derecho que va a utilizar toda la capacidad que posea en su beneficio.

Por todo ello, ha de resaltarse que el Abogado que asiste al detenido es la única persona que en la Ley se considera imprescindible su participación técnica y al mismo tiempo se le permite tener un interés parcial en el desarrollo del proceso. No existen causas de abstención aplicables a los Letrados –salvo cuando sea familiar dentro del segundo grado o cónyuge de uno de los miembros del Organismo Jurisdiccional ante el que intervenga, art. 29.1 Est. Abg.–, y en la práctica los implicados en procesos penales “buscan” la intervención de Abogados conocidos o amigos, no siendo extraño que la defensa la asuma un familiar, ni que un Letrado en el caso de resultar acusado dirija su propia defensa –art. 50.3 Est. Abg.–, y no creo que pueda imaginarse una posición más parcial que ésta en una de las personas que intervienen en un juicio.

Esta condición de tercero parcial que concurre en el Abogado lo distingue nítidamente de los otros terceros-intervinientes en el proceso penal, Policías, Jueces y Fiscales, que en el desempeño de sus funciones tienen la obligación ineludible de la absoluta imparcialidad, debiendo de abstenerse de intervenir en aquellos casos en que su objetividad de criterio pueda verse empañada. Sin pretender ser exhaustivos, pues la intención de preservar esta cualidad informa todo nuestro sistema punitivo, vamos a señalar los más significativos *ejemplos* legales referidos a cada uno de los sujetos antes mencionados:

a) La Policía. La Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en su Exposición de motivos dice que “siguiendo las líneas marcadas por el Consejo de Europa, en su ‘Declaración’ sobre la Policía, y por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el ‘Código de conducta para los funcionarios encargados de hacer *cumplir* la Ley’, se establecen los principios básicos de actuación ...”, entre otros, “como emanación del principio de igualdad ante la Ley, la neutralidad política, *la imparcialidad*, y la evitación de cualquier actuación arbitraria o discriminatoria”, repitiéndose casi con idénticas palabras en art. 5º aptdo. 1.b) del texto legal.

Como garantía en el desempeño de su labor se ordena en la mencionada Ley Orgánica, art. 34, concordante con el nº 2º del art. 446 de la LOPI, para los miembros de la Policía Judicial su inamovilidad, debiendo continuar su actividad hasta su total finalización, sin poder ser removidos o separados de ella sin no es por orden del Juez o Fiscal competente.

b) El Juez. Esta figura jurídica sobre la que recae la potestad jurisdiccional es la representación viva de la imparcialidad, tanto es así que sin esta condición la idea mínima de Justicia desaparece. Por lo que naturalmente desde la primera hasta la última disposición legal que se refiera a ella trata de preservar esta cualidad. Los Jueces son independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente a la Constitución y al imperio de la Ley. Art. 117 C.E. y art. 1 LOPJ., inspirados en el art. 6.1 en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, y el art. 14.1 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966. El Juez no puede ser elegido, existiendo una vasta regulación legal que delimita la jurisdicción y la competencia de cada cual, y si a pesar de éstas en el Juez natural correspondiente existiera algún tipo de relación sobre el asunto o con las partes intervinientes que pudiera menoscabar su independencia de criterio tiene la obligación de abstenerse de conocer, pudiendo asimismo ser recusado por cualquiera de las partes. Arts. 217 ss. LOPJ.

c) El Fiscal. De esta figura cabe argumentar casi de manera idéntica que para el Juez, pues ambos en su actuación se deben de inspirar en idénticos criterios, promoviendo la acción de la Justicia en la defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley. (art. 435 LOPJ). Concretamente, respecto a su deber de imparcialidad, el art. 7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal dice que “por el principio de imparcialidad el Ministerio Fiscal actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le están encomendados”.

V. EL DERECHO POSITIVO EN LA ASISTENCIA AL DETENIDO

Pero, volviendo a la figura del Abogado, es sin perder de vista esta condición que concurre en el mismo de persona imprescindible pero parcial, frente a las demás personas que intervienen en el proceso, también necesarias pero imparciales, como se han de interpretar los preceptos legales y llenar las lagunas que éstos dejan al regular la actividad investigadora de la Policía, el Juez o el Fiscal, desde la detención hasta el juicio oral, en que sea necesaria la intervención del imputado, con el fin de no perjudicar la eficacia posterior de cada una, eludiendo cualquier sombra que se pueda cernir sobre el derecho de defensa que ampara a toda persona a la que se imputa la comisión de un hecho punible. Repasemos, en números separados, algunas de las cuestiones que a nosotros se nos han planteado:

1º.- Una persona es detenida, siendo informada de *forma inmediata*, como establece el art. 520, de los derechos que le asisten, entre ellos el de designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Esta declaración legal, gramaticalmente indica que el derecho del detenido acaba en la designación de un Letrado distinto del de oficio, que le asistirá únicamente en el caso de que se le reciba declaración o se realice un reconocimiento personal, en otro caso no tendrá derecho a contacto personal alguno con su Abogado, pues es de recordar que el número 6º del art. 520 LECrim. aclara en qué consiste la asistencia del Abogado:

a) Solicitar, en su caso, que se informe al detenido o preso de los derechos establecidos en el nº 2 de este artículo y se proceda al reconocimiento médico señalado en su párrafo f).

b) Solicitar de la autoridad judicial o funcionario que hubiesen practicado la diligencia en que el Abogado haya intervenido, una vez terminada ésta, la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica.

c) Entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido.

Éstos son los derechos que, según nuestro ordenamiento, puede hacer valer el Letrado y no otros, y lo cierto es que su actividad está muy recortada por la Ley, pues no hay que olvidar que al recibírsele declaración a su cliente en comisaría desconoce los motivos de la detención, ya que no le es permitido entrevistarse con él previamente a la diligencia, ni puede preparar a su defendido para afrontarla, ni en la práctica puede hacer valer la posibilidad que le concede el anterior apartado b) del art. 520, pues del curso de la declaración no siempre se puede hacer una exacta idea de lo ocurrido que le permita bosquejar sobre la marcha una estrategia defensiva, lo que ocasiona que la asistencia Letrada se convierta, en la mayoría de los casos, en este momento procesal, en una presencia meramente testimonial.

2º.- Otra duda que se puede plantear es si en el caso de que el detenido se niegue a declarar en comisaría manifestando sólo hacerlo ante el Juez, pierde su derecho a entrevistarse reservadamente con su Abogado, pues el apartado c) se refiere únicamente a él al término de la diligencia en que hubiere intervenido, y no habiendo diligencia no hay derecho, más ha de pensarse que ya la simple negativa a declarar constituye una manifestación de la voluntad que

perfecciona la diligencia y, por lo tanto, después de ella ha de permitirse la entrevista reservada que la Ley prevé.

3º.- Algo que no admite discusión es que, a pesar de que la Ley permite que la detención pueda durar 72 horas, la información de derechos y la toma de declaración ha de realizarse “inmediatamente”, esto es, nada más ser detenido, como recuerda la SS. TS. de 17-3-90, sin que se pueda agotar el plazo a potestad del funcionario que realizó la detención, reputándose ilegales todas aquellas detenciones que, aun sin sobrepasar las 72 horas, no respondan a los fines constitucionalmente señalados (la realización de averiguaciones), no sólo porque el art. 17.2 de la Constitución ordena expresamente que “no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario”, sino porque las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la CE. reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España (art. 10.2 CE.); y tales normas internacionales exigen la inmediata puesta a disposición de la autoridad judicial de la persona detenida.

4º.- Una vez que por la Policía se ha confeccionado el oportuno atestado, éste será entregado, juntamente con las personas detenidas, al Juez competente, remitiendo una copia al Ministerio Fiscal (art. 789 LECrim.). No se dice nada del Letrado de los detenidos, éste no tiene derecho a conocer los indicios de criminalidad que han determinado que su cliente se encuentre privado de libertad. Hasta hallarse ante el Juez su conocimiento se limitará a lo que su propio cliente haya manifestado en la declaración policial, pero desconoce el restante contenido del atestado, manifestaciones de policías, testigos y perjudicados, así como las periciales o cuasi periciales que se aporten en él. El Abogado, una vez más, se encuentra convertido en el convidado de piedra de la declaración. En ella todos los intervinientes conocen el contenido sobre el que versará y las evidencias que existen en contra del imputado, salvo aquel que asume su defensa. No parece que exista igualdad de armas entre la parte que sostendrá, en su caso, la acusación y la defensa, encontrándose esta última claramente en inferioridad de condiciones cuando la causa se ha iniciado por atestado policial, por contra si la *notitia criminis* llega al Juzgado de Instrucción por querella, pública o particular, es práctica común, aunque sin apoyatura legal expresa, en los Juzgados entregar copia de la misma a la parte querellada, lo que supone una diferencia de trato absolutamente injustificada, y que en nuestra opinión debe desaparecer si queremos avanzar hacia un derecho penal moderno y con todas las garantías para el justiciable, lo que redundará en beneficio de la propia instrucción sumarial, pues las diligencias de este modo practicadas alejarán cualquier duda de indefensión de la mente del que en su

día habrá de valorarlas. En contra puede ser alegado que, si se procediera de este modo, carecerían de virtualidad práctica las medidas que previene la LECrim. para preservar a la instrucción de la actividad entorpecedora de los que en ella se hallen implicados, concretamente, el decretar la prisión incomunicada del detenido y el secreto del sumario, pues de poco servirían si, al ser adoptadas, el Letrado de la parte a la que afectasen tuviera conocimiento exacto de todo lo actuado. Sin embargo, mantenemos la opinión de que estas medidas son contrarias al principio de defensa que debe informar todo nuestro sistema punitivo, y, por excepcionales, debiera ser limitada su utilización a la lucha contra los distintos tipos de delincuencia organizada que existen en nuestro país, que atentan contra las bases mismas del propio sistema y tienen los medios suficientes para eludir la acción de la justicia, concretamente las mafias que operan en el mundo económico y de la droga y los grupos terroristas, debiendo ser prohibido su uso para la persecución de los demás tipos de delincuencia.

5º.- Según el art. 389 LECrim., en sus declaraciones el imputado ha de responder a las preguntas que por el Policía o el Juez se le formulen, debiendo ser directas, sin que en ningún caso se admitan las realizadas de modo capcioso o sugestivo. Ahora bien, ¿el Abogado defensor puede participar activamente en el interrogatorio?. Esta posibilidad no está prevista en texto alguno. Ya hemos visto que el art. 520.6.b) LECrim. sólo le faculta para, una vez terminada la diligencia, solicitar del Juez o Policía la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, por lo que las preguntas que pretenda hacer las realizará no directamente sino a través de ellos. En la práctica, cada vez más, los Jueces de instrucción, no así los funcionarios de Policía, acabada la declaración conceden la palabra al Fiscal y al Abogado para que formulen las preguntas que consideren pertinentes, aunque, también hay que decir, que dadas las trabas con que se encuentra el Letrado para el ejercicio de su función, ya mencionadas antes, no suele hacer uso de esta oportunidad acercar la declaración de su principal a los intereses de la defensa.

VI. CONCLUSIONES PRÁCTICAS

Tras la exposición que acabamos de hacer es fácil llegar a la conclusión de que nuestra LECrim. no articula, en el inicio del proceso penal, un sistema que garantice a la persona privada de libertad su derecho a la defensa frente a los que ejercitan contra él una pretensión penal, hallándose su Letrado defensor inmerso en una posición de inferioridad.

Este estado de cosas no es más que una rémora de nuestro decimonónico derecho penal, en el que el Juez aparecía como la figura tuitiva de los derechos de los ciudadanos, tanto perjudicados como delincuentes, una especie de pater familias u hombre bueno que acaparaba todo el aparato punitivo del Estado, investigando los delitos, juzgándolos y ejecutando las sentencias que él mismo dictaba, desempeñando el Fiscal y el Abogado defensor un papel secundario, y, aunque nos pese, en muchas ocasiones irrelevante.

Afortunadamente, este sistema penal está desapareciendo, a pesar de las dificultades de todo orden que oponen los que prefieren el inmovilismo. El primer paso lo constituye el Texto Constitucional, inspirado en las cartas fundamentales de nuestro entorno cultural, en el que se desgaja de las funciones judiciales la instrucción de las causas por delito, ciñéndose a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Para, a partir de ella, ser repudiado desde todos los sectores cualquier muestra del sistema inquisitivo en nuestro derecho, oyéndose cada vez más voces que reclaman la profundización en las libertades y derechos de los ciudadanos y las reglas del “juicio justo”, construidas especialmente por la jurisprudencia de los países del “Common Law” en base al funcionamiento de principio acusatorio y acogidas por las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los modernos constitucionalistas y procesalistas, dirección que informa las últimas leyes de los países europeos (la Gran Reforma alemana de 1974, el nuevo Código de proceso penal portugués de 1988 y el Código de procedura penale italiano de 1989) e incluso americanas (así el Proyecto argentino de Código Penal de la Nación), como enseña la Circular núm. 1/1989, y que dio lugar a la aparición de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de julio de 1988, que impidió juzgar al que previamente instruyó, y que motivó una reforma urgente de nuestro derecho con la implantación del procedimiento abreviado, que constituye un paso más en el lento, pero seguro camino, que ha de llevar la dirección de la investigación a manos de quien debe sostener la acusación en el oportuno juicio oral, el Fiscal, acusador al que se debe oponer, desde el primer instante, otro técnico en derecho, el Abogado, los cuales, con absoluta igualdad de condiciones, deben hacer valer sus respectivas pretensiones, con todas las garantías previstas por la Ley, ante la persona, individual o colectiva, sobre el que recae la potestad jurisdiccional, el Juez o Tribunal. Sin olvidar, como advierte el Fiscal Manuel Marchena en sus comentarios al Anteproyecto de Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, que los próximos acontecimientos de dimensión histórica hacen prever una afluencia masiva de visitantes –hipotéticas víctimas de delitos–, cuya estancia en nuestro país no se prolongará, muy probablemente hasta el día de celebración del juicio oral, por

lo que será de trascendental importancia asegurar anticipadamente el valor probatorio de las declaraciones testificales que presten, debiendo haber sido prestadas con sometimiento a la necesaria contradicción y defensa, concediendo a ésta todos los medios necesarios para que pueda ejercer su labor de manera eficaz, eliminando, desde el primer momento procesal, las rigideces legales que encorsetan su actuación.

De esta forma, con arreglo a este esquema, es como se puede profundizar en el desarrollo de los principios acusatorio, de defensa y tutela judicial efectiva sancionados por nuestra Constitución, sin los que no puede hablarse de un verdadero estado de derecho, implicando, necesariamente, una reforma global de todo nuestro sistema penal y una LECrim. nueva. Sin embargo, como es preciso paliar la situación en que nos hallamos sin esperar a la culminación de un proceso legislativo de tal envergadura, proponemos la reforma de los siguientes artículos de la LECrim.

1º.- El párrafo 4º del art. 520 debe ser suprimido a partir del primer punto y seguido, y el párrafo 5º en su totalidad, en ningún caso puede tomarse declaración a una persona como imputado si no está asistida de Letrado.

2º.- Respecto a los derechos que reconoce el número 6 del art. 520 al Abogado en su asistencia al detenido deben tomar nueva redacción los apartados b) y c) que quedarían como siguen:

“b) Entrevistarse reservadamente con el detenido con anterioridad a la práctica de cualquier diligencia en que éste deba intervenir.

c) Formular, tras el funcionario, Juez o Fiscal que recibiesen la declaración en que hayan intervenido, las preguntas que interesen a su defensa, así como instar la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica”.

3º.- Respecto a las declaraciones que se tomen en el Juzgado, si se trata de los inculcados, al art. 389 se le debe añadir el siguiente párrafo: “las preguntas se realizarán por el Juez, quien a su término concederá la palabra a las demás partes para que formulen las que tengan por conveniente”. Y si se trata de testigos, al art. 436, el que sigue: “concediéndole después la palabra a las demás partes personadas para que, a su vez, interroguen al testigo sobre los extremos que sean de interés a sus respectivas posiciones y tengan relación con los hechos”.

4º.- El art. 789.1 deber ser rectificado en el sentido siguiente: “la Policía Judicial hará entrega de los atestados al Juez competente, poniendo a su

disposición a los detenidos, si los hubiere, dando copia de los mismos al Ministerio Fiscal y a los Abogados que hayan de ejercer la defensa”.

5º.- Para igualar en trato a todo medio por el que se lleva la *notitia criminis* a los Juzgados, el art. 277 debe comenzar diciendo que “la querella se presentará siempre por medio de Procurador con poder bastante y suscrita por Letrado, acompañando tantas copias de ella como partes hubiera en el proceso”. Por su parte, el art. 118, en su párrafo 2º, debe decir: “Toda denuncia o querella y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será inmediatamente puesta en conocimiento de los presuntamente inculpados, mediante entrega de copia fehaciente de la misma”.

6º.- La posibilidad de declarar secreto el sumario y la incomunicación del detenido deben de desaparecer del código procedimental común, manteniéndose para las contadas ocasiones que hemos mencionado más arriba, llevándose, por tanto a las leyes especiales que las regula, por ello deben suprimirse el párrafo 2º del art. 302 y la totalidad del art. 527.