

# **SOBRE LA LIMITADA VIGENCIA DEL DERECHO DE DEFENSA**

---

LUIS RODRÍGUEZ RAMOS  
ACADÉMICO CORRESPONDIENTE

---

## **Abstract**

The “right of defense”, seen as the right to defend oneself who has been charged in a criminal process, is a set of rights. Most of them have been recognized by the Spanish Constitution and the ratified Conventions of Human Rights. This article criticizes faults existing in the Spanish criminal procedure, in spite of the satisfactory declaration of those rights from a Constitutional point of view. On the one hand there are structural faults such as the persistence of the examining magistrate, an anachronistic and unconstitutional figure. On the other hand, the unsatisfactory constitutional and legal regulation of the detention, communication interventions and reporting restrictions, as well as the debate about the quality of lawyers, still remain. The article concludes by analysing the unjustified expansion of the Criminal Law and the importance of the right of the defence nowadays.

## **Agradecimientos**

Excelentísimo Sr. Director de la Real Academia de Ciencias, Bellas Artes y Nobles Artes de Córdoba, Ilustrísimos Señores Académicos, Autoridades, señoras y señores:

Como prelude de mi discurso quiero expresar mi profunda gratitud por la admisión como Académico correspondiente en esta institución, que tanto prestigio ha atesorado la lo largo de su ya bicentenario historia. Considero un gran honor esta recepción en sus lares, honor que agradezco a todos los académicos y de modo particular a los que firmaron la propuesta de designación, haciendo especial mención de su promotor, el profesor Cuenca Toribio, al que me une una amistad tan antigua como profunda.

## **Planteamiento: el *ius puniendo* estatal y sus límites**

Mi discurso lleva por título “La limitada vigencia del derecho de defensa” y merece *a limine* dos precisiones. La primera es su actualidad, no sólo por recientes atentados al núcleo de este derecho, felizmente restaurados por la Sala de lo civil y penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sino también por la persistencia de vicios contrarios muy arraigados en la legislación y en la praxis de nuestro país a dicha

vigencia. La segunda precisión es de carácter conceptual, para aclarar que en mi discurso se entiende el derecho de defensa, no en su sentido más laxo que lo expande a todos los órdenes jurisdiccionales, sino en una acepción más específica que lo circunscribe al derecho o al conjunto de derechos que asisten en su actividad defensiva a quien resulte acusado de haber cometido algún delito, y que se ejercitan en el estricto ámbito del orden jurisdiccional penal. Este o estos derechos específicos de defensa, aun cuando correspondan al justiciable, quien realmente los hace efectivos es el abogado, figura que encarna la denominada defensa técnica y que por ello es uno de los protagonistas más destacados de este alegato, de modo expreso o tácito.

Como es bien sabido, el proceso penal como todos los procesos judiciales es una *litis*, una lucha entre al menos dos partes contendientes: la que imputa y luego acusa a otro de haber cometido un delito y la que se defiende de esa imputación y acusación. Protagonizan el papel acusador el Ministerio fiscal, la acusación particular y, en algunos casos, la muy cuestionada acusación popular, y corresponde en cambio la defensa propiamente dicha al abogado de confianza o de oficio que patrocine al acusado. Pero en el orden jurisdiccional penal se da una peculiaridad relevante digna de mención que es la siguiente: quien legisla configurando los delitos y las penas a través de las Cortes generales, quién después acusa a través del Ministerio fiscal, quien luego juzga y hace ejecutar lo juzgado a través de los jueces y tribunales, y finalmente quien ejecuta efectivamente las penas, es el Estado como sujeto del llamado *ius puniendi* contenido del denominado “Derecho penal subjetivo” que, por formar parte del núcleo duro de la soberanía, lo ejerce el propio Estado en régimen de monopolio, primero como legislador promulgando la ley penal, luego como poder ejecutivo deteniendo, imputando y acusando, posteriormente como Poder judicial juzgando, y en su caso condenando a cumplir una pena, que finalmente ejecuta el mismo Estado a través de los propios juzgados o tribunales, de la administración penitenciaria o de otras administraciones.

El Estado ejercita pues su *ius puniendi* alzándose poderoso, cual Leviatán, frente a un modesto ciudadano comparable a un pequeño pez que, sin remedio, resultaría justa o injustamente devorado por ese monstruo marino, si el pueblo soberano no hubiera limitado los poderes estatales, casi omnimodos en el ejercicio del poder judicial como prerrogativa del Rey en el *ancien regime*. La evolución histórica desde el pensamiento griego y romano, primero, el humanismo cristiano después –recordemos a nuestro Alfonso de Castro-, continuando por la ilustración y la revolución liberal durante los siglos XVIII y XIX (como ejemplo, Rousseau, Beccaria, Bentham y, entre los españoles, Lardizabal) ha reforzado progresivamente los derechos del imputado, comenzando por erradicar la tortura ya en la Constitución de 1812, fomentando la publicidad del proceso y limitando el secreto interno durante la instrucción, junto a otras garantías luego mencionadas, tendentes en definitiva a garantizar la igualdad de armas entre las dos partes en liza. Además, se han elevado gran parte de estas conquistas garantistas al rango constitucional como derechos fundamentales, merecedores en la actualidad de amparo por el Tribunal Constitucional y por los Tribunales internacionales de derechos humanos: el europeo de Estrasburgo y la Comisión de Naciones Unidas de Ginebra.

### **Marco constitucional satisfactorio**

Hay que decir en honor a la verdad que, salvo alguna excepción puntual como la

relativa al plazo de la detención policial a la que luego haré referencia, la Constitución española consagra satisfactoriamente, de un modo expreso o tácito, los derechos de defensa del imputado, tanto directamente en los artículos 15 y siguientes que configuran los derechos fundamentales, particularmente el veinticuatro, cuanto de modo indirecto a través de su artículo 10.2, que eleva al rango constitucional los derechos contenidos en la Declaración Universal de Derechos humanos y en los tratados y convenios internacionales sobre la misma materia ratificados por España, que básicamente son el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de la ONU de 1966 y sus protocolos subsiguientes, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y posteriores protocolos y, con menor trascendencia por su generalidad, la Carta de derechos humanos de la Unión europea de 2000. Es decir, que a nivel de principios y declaraciones genéricas nos encontramos en un rango homologable al de los países más desarrollados en estos ámbitos, declaración de autocomplacencia que por desgracia no se puede extender, como de inmediato veremos, a la real y efectiva vigencia de esos derechos en algunos supuestos de especial gravedad.

En efecto, descendiendo a niveles más concretos y reales, lamentablemente la evolución de los derechos de defensa del imputado aun no ha llegado a su cenit y, es más, en los momentos actuales se mantienen o generalizan normas legales y praxis procesales que suponen no sólo una paralización sino incluso una regresión en ese proceso hacia su plena implantación. El límite de tiempo y demás circunstancias de esta ocasión vetan la exhaustividad en la descripción detallada de estas taras y deficiencias del conjunto de derechos del imputado en el proceso penal, teniendo en consecuencia que limitar la exposición a dar pinceladas fragmentarias y gruesas pero no por ello menos firmes o claras, analizando sólo los problemas principales y sugiriendo las soluciones más básicas. Y en esta necesidad de sintetizar y resumir, acometo la descripción de estos cánceres que lastran la vigencia real y efectiva del derecho de defensa considerando, por una parte, los que tienen un carácter estructural en el actual sistema de la Justicia penal española, y, por otra, los de naturaleza estrictamente procesal subdivididos en dos grandes apartados: por una parte las deficiencias legislativas y, por otra, las malas praxis. En definitiva y como enunciado debo decir que el derecho de defensa en España padece hoy graves taras, tanto en relación con la estructura que otorga roles a los agentes que intervienen en el proceso –jueces, fiscales y abogados, sin olvidar a la policía y a otros sujetos colaboradores- cuanto en lo atinente al proceso penal en sí mismo considerado, particularmente en la regulación y el funcionamiento de ciertas diligencias de investigación y medidas cautelares personales, durante la primera fase del proceso penal que es la instrucción, preparatoria del “plenario” o periodo final de enjuiciamiento.

### **Enumeración de los derechos del imputado**

Pero, antes de iniciar el concreto análisis de las taras del derecho de defensa, es preciso aclarar una cuestión que sin duda habrá surgido en todos los presentes al escuchar esta parte introductoria del discurso, pues unas veces me he referido al derecho de defensa y otras a los derechos de defensa, y la pregunta es ¿estamos ante un único derecho o, más bien frente a un conjunto de derechos agrupados bajo el nombre más abstracto de derecho de defensa?, ¿el derecho de defensa es un género o por el contrario una especie dentro de los derechos que corresponden a todo ciudadano afectado por

un proceso penal en su contra?, ¿viene a ser lo mismo el derecho de defensa que los derechos de la defensa? la respuesta es clara: en realidad, el llamado derecho de defensa más que un derecho en sí constituye el conjunto de derechos que se otorgan al imputado, derechos que no sólo están declarados en los artículos 118 y 520 de la Ley de enjuiciamiento criminal, sino también en la propia Constitución y en otros textos legales como la Ley orgánica del Poder judicial, derechos de la defensa en definitiva que, para mayor claridad, se enumeran a continuación: el derecho a la asistencia por un abogado desde la detención o la primera comparecencia ante el juez de instrucción o el fiscal, el derecho a personarse en el procedimiento como parte y a solicitar diligencias de investigación, el derecho a no ser detenido salvo en determinados supuestos y a ser puesto en libertad o a disposición judicial lo antes posibles y nunca después de las 72 horas, el derecho a no ingresar en prisión preventiva salvo que se encuentre en alguno de los supuestos excepcionales en que sí proceda según la ley, el derecho a ser informado de la acusación que motiva la apertura del proceso, el derecho a guardar silencio ante las preguntas que se le formulen, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, y tanto en el escenario policial como en el judicial; el derecho a la confidencialidad de conversaciones con el abogado y el derecho-deber del abogado a guardar secreto, el derecho a comunicar a un familiar o a persona de su confianza su situación de detenido, el derecho a un intérprete, el derecho a ser examinado por un forense o médico sustituto, el derecho a la presunción de inocencia hasta que en su caso se dicte una sentencia firme condenatoria, el derecho a los recursos y, en particular, a una segunda instancia efectiva en todos los supuestos de sentencia condenatoria, el derecho a que durante el proceso se afecten sólo lo estrictamente necesario sus derechos a la intimidad, a la inviolabilidad de su domicilio y a su honor, y el derecho a no sufrir durante el proceso tratos degradantes o inhumanos. En definitiva, el derecho de defensa entendido como el derecho del que se defiende en un proceso penal, abarca este conjunto de derechos que corresponden al imputado primero y al acusado después, hasta que dicho proceso llegue a su fin, mediante auto de sobreseimiento o sentencia.

### **Taras estructurales de los derechos de defensa**

Pero iniciemos de una vez el análisis de los supuestos más castrantes del derecho o de los derechos de la defensa, recordando que se habían clasificado en dos grandes categorías: las taras o barreras estructurales, por una parte, y las relativas a la legislación y praxis procesales por otra. Comenzando por las deficiencias estructurales la primera que surge en la mente de un abogado penalista experimentado es la anacrónica vigencia del principio inquisitivo en la instrucción penal, en contraste con lo que acaece en otros países más evolucionados de nuestro entorno, en los que rige el contrario principio acusatorio. Una loable excepción en nuestro país, a esta vigencia del principio inquisitivo durante la instrucción, es el procedimiento previsto en la todavía reciente ley penal de menor, en el que rige este principio acusatorio desde su origen. Pues bien, la persistencia de lo inquisitivo en la instrucción penal se materializa en la existencia de la figura del juez de instrucción, figura esquizofrénica que, por una parte, exige a quien la encarna ser juez imparcial al acordar medidas o diligencias como la detención, la prisión, la intervención de comunicaciones o la entrada y registro en el domicilio, y, por otra, ser al mismo tiempo parte acusadora constituyéndose en investigador inquisitivo que, sospechando contra el imputado, debe buscar y encontrar pruebas de cargo contra

él. Ciertamente que algunos jueces son capaces de protagonizar con envidiable equilibrio esta doble función conceptualmente incompatible, pero no es menos cierto que la figura del juez instructor debe considerarse inconstitucional, tanto por contrariar el derecho a un juez imparcial incluido tácitamente en el artículo 24 de la Constitución, cuanto extravesar la función del juez que el artículo 117, también de la Constitución, limita a “juzgar y a hacer ejecutar lo juzgado”, y evidentemente instruir no es juzgar sino investigar, función que sí le es propia al Ministerio fiscal en colaboración con la policía judicial, y que en la actualidad ya ejerce como preinstrucción cuando, de acuerdo con el artículo 5º de su Estatuto Orgánico, se abren diligencias de investigación en una Fiscalía.

### **Inconstitucionalidad del juez instructor**

La institución del juez instructor fue consagrada en la Ley de enjuiciamiento criminal de 1882, hoy todavía vigente, pero tal institución nació con una vocación de transitoriedad expresamente manifestada por Alonso Martínez en su exposición de motivos, al estimar que la persistencia del principio inquisitivo durante la instrucción sólo se explicaba teniendo en cuenta que en aquel entonces era tan revolucionaria la instauración del principio acusatorio en el periodo intermedio y en el plenario del proceso penal, que requería ser dosificada para su asimilación por una Administración de justicia acostumbrada al sistema inquisitivo en todos los tramos del proceso, pudiendo resultar una sobredosis momentáneamente venenosa que dicho principio se implantara también en la instrucción. Pero precisamente por la circunstancialidad de tal exclusión y para resaltar su transitoriedad, continúa diciendo esa misma exposición de motivos que “algún día el legislador, echándose en brazos de la lógica”, extenderá a la fase sumarial el principio acusatorio, otorgando en consecuencia al fiscal la funciones de instruir bajo la vigilancia del que se denomina en otros países juez de garantías.

También hay que poner de manifiesto, en honor del legislador del XIX, que en este sistema transitorio y a favor del imputado incluyó un mecanismo de equilibrio que en la actualidad se ha roto, al disponer el artículo 306 de la Ley de enjuiciamiento criminal que instruiría el juez “bajo la inspección directa del fiscal”. Desgraciadamente, como acabo de decir, tal mecanismo de control se destruyó en las postrimerías del pasado siglo, al incorporarse con más frecuencia el fiscal a la instrucción como partícipe en el impulso inquisitivo, ruptura consistente en que, en tales supuestos, el vigilante pervierte su condición aliándose con el vigilado al coincidir sus recíprocos intereses, es decir, que el supuestamente inspeccionado –el juez- se encuentra no sólo sin inspector sino además con un poderoso cooperador, propiciándose las circunstancias para que se produzca lo que llamé, hace ya años, una orgía inquisitiva, en la que el derecho de defensa prácticamente desaparece cuando, como es frecuente, resulta excluido el abogado de la instrucción al acordarse el secreto interno de las actuaciones, ámbito de desequilibrio de fuerzas generador de perversas tentaciones que a veces no saben resistir los protagonistas, llegándose a producir abusos como la intervención de las comunicaciones del abogado con su cliente en prisión, o detenciones, prisiones preventivas, entradas y registros e intervenciones telefónicas claramente desproporcionadas a la gravedad de los delitos investigados que en ocasiones terminan siendo inexistentes. Entonces, como ha dicho irónicamente el antiguo Decano del Colegio de abogados de Madrid Martín Mingarro, son dos fiscales los que al alimón instruyen y uno de ellos además es el juez. Si esta

orgía inquisitiva está además promovida por alguna unidad policial especializada, que llega a proponer en sus informes calificaciones jurídico penales de los supuestos hechos y medidas a adoptar (detenciones incluso con previo aviso a los medios de comunicación, etc.), la orgía puede llegar a degenerar hasta el paroxismo tornándose en un diabólico aquelarre inquisitivo.

Una vivencia del que les habla puede ayudarles a entender la trascendencia de este vicio estructural. Hace unos años me encargué de recibir en la sede del Colegio de abogados de Madrid, por ser el único miembro penalista de su Junta de Gobierno, a unos fiscales chilenos que estaban recabando experiencia del funcionamiento de la Administración de Justicia en España. Chile había sido el paradigma de vigencia del principio inquisitivo en el proceso penal, hasta que no hace mucho fue erradicado al configurar el legislador un proceso penal presidido por el principio acusatorio en todas sus fases, y al estar yo muy interesado por la experiencia que suponía esta mutación, pregunté a los fiscales si el paso de uno a otro modelo había supuesto cambios reales en la instrucción penal protagonizada ahora por ellos y vigilada por los que antes eran los jueces instructores, y la respuesta fue rotunda: los mismos jueces que aceptaban cuando eran instructores todas las medidas cautelares y de investigación que los fiscales proponían –detenciones y prisiones, escuchas telefónicas, entradas y registros, etc.–, ahora las denegaban en no pocas ocasiones por desproporcionalidad o por otros motivos y, cuando el fiscal proponente les recordaba que antes decían que sí en los mismos supuestos que ahora dicen que no, contestaban recordando que entonces ellos mismos como instructores tenían interés en recabar pruebas de cargo, pero que ahora, al ser su función de pura garantía de derechos fundamentales, esta nueva perspectiva les impone soluciones distintas al mismo problema. Creo que el ejemplo es suficientemente expresivo, pues no recuerdo en mi ya larga experiencia de abogado penalista que ningún juez de instrucción haya denegado nunca al Ministerio fiscal alguna diligencia de investigación. Se debe pues erradicar la figura del juez instructor, reforma por otra parte compartida por la mayoría de los autores, entre los que cabe destacar a Vives Antón, Gimeno Sendra, Moreno Catena y Lorca Navarrete.

### **Deficiente regulación y control de calidad de la abogacía**

Pero la barrera estructural a la vigencia plena del derecho de defensa no se limita a la necesaria reforma de la instrucción penal, otorgando a los fiscales la función de instruir en el sentido de investigar bajo la vigilancia de un juez de garantías, cambio que también exigiría una reforma del Estatuto orgánico del Ministerio fiscal. Además deberían ser removidos otros graves obstáculos relativos a la configuración de la profesión del abogado, tanto en lo atinente a la inexistencia de un filtro postgrado que garantice el nivel profesional de los meros licenciados en Derecho que quieran actuar como abogados ante los órganos jurisdiccionales penales, cuanto en lo atinente a la regulación normativa de la abogacía hoy degradada al rango de un mero Real Decreto. Comenzando por la primera deficiencia, la ausencia de un título profesional específico para ejercer la abogacía más allá de la mera licenciatura en derecho, que es situación *typical spanish*, se ha intentado superar con la llamada Ley de acceso 34/2006 de 30 de octubre, a mi juicio claramente insuficiente, y dado que su larga y aun viva *vacatio legis* de cinco años (para evitar rebeliones entre los estudiantes de Derecho) sería posible su derogación antes de su entrada en vigor, para conseguir que el título

profesional de abogado lo otorgue el Ministerio de Justicia cual viene haciendo con los títulos de juez y fiscal evitando que conforme a dicha ley lo conceda el Ministerio de Educación, y sobre todo para que el filtro de calidad para ser abogado sea al menos equivalente al previsto para jueces y fiscales, si no se optase por la mejor solución: que el filtro fuera el mismo, como ocurre en Alemania. Esta ausencia de marchamo de calidad en la abogacía, en contraste con el que tienen los jueces y fiscales, coloca a los abogados, para detrimento de los derechos de los justiciables, en un nivel más bajo que el de los demás agentes jurisdiccionales, cuando la función de la abogacía es tan esencial como la de la judicatura o la del Ministerio fiscal, en un ideal funcionamiento de administración de la justicia penal.

No es, sin embargo, esta ausencia de filtro de calidad postgrado la única deficiencia de la regulación legal de la abogacía en España. Decía antes que un mero Real Decreto es el que aprueba la normativa conformadora de su régimen jurídico, que es el denominado Estatuto general de la abogacía española, y tan modesto rango normativo plantea graves problemas, tales como la hoy incumplida exigencia de la reserva de ley para la configuración de las infracciones y sanciones que constituyen el régimen disciplinario gestionado por los colegios de abogados, la naturaleza y extensión del secreto profesional del abogado y de la confidencialidad con su cliente, las debidas concreciones del derecho de defensa tanto en el orden penal como en los restantes órdenes jurisdiccionales y frente a la Administraciones públicas y, en fin, el antes citado de las pruebas necesarias para obtener el título de abogado a quien, siendo ya graduado y magíster en alguna especialidad jurídica, quiera ejercer como tal. Una ley orgánica reguladora del derecho fundamental de defensa, del mismo rango que la hoy aplicables a jueces y fiscales, que conformara la naturaleza y las funciones de la abogacía, su régimen disciplinario, su organización colegial y reforzara el derecho de defensa, sería la solución para asentar sobre cimientos firmes el edificio de la nueva abogacía española.

Como antes dije, la merma de vigencia del derecho de defensa no tiene sólo su origen en los mencionados vicios estructurales, sino que radica también en el ámbito puramente procesal, tanto en el nivel teórico de la legislación cuanto en el pragmático del funcionamiento de la Justicia penal, ámbitos que confluyen y que por lo tanto pueden tener un tratamiento conjunto. Y en este nuevo capítulo de lastres de la efectiva y real vigencia de los derechos de defensa, en el primer término hay que denunciar deficiencias escandalosas en la regulación legal de instituciones básicas en el proceso penal de las que sólo haremos referencia a las más graves, y entre ellos creo que debo tratar el primer lugar las que se refieren a la detención, medida cautelar que además de afectar al derecho de defensa suprime la libertad más básica del ciudadano.

### **La demesurada detención**

La deficiente normativa y praxis de esta medida cautelar de carácter personal que es la detención, hunde sus raíces hasta el artículo 17 de la vigente Constitución, que fija en setenta y dos horas el plazo máximo de la detención policial cuando las anteriores constituciones –salvo el Fuero de los españoles, si es que quisiera otorgarse tal rango a dicha norma histórica- lo fijaban en veinticuatro, desajuste entre la Constitución de 1978 y la Ley de enjuiciamiento criminal que ha planteado y plantea graves problemas interpretativos. La concordancia original de los artículos 496 y 497 de la Ley de

enjuiciamiento criminal y la Constitución entonces vigente que era la de 1876, consistía en considerar que el plazo máximo de la detención policial era de 24 horas, fijándose en cambio en 72 el de la detención judicial. Pues bien, la vigente ampliación a 72 horas del plazo máximo constitucional de la detención policial, ha permitido una interpretación aberrante, llegando en ocasiones (concretamente en alguno de los tristemente famosos procesos del sureste de Andalucía del último lustro) a detenciones de hasta seis días, que sólo pueden entenderse como tortura física y psicológica para minar casi todos los derechos de la defensa del detenido, máxime si la prisión preventiva latía como posible medida subsiguiente, si no fuera del agrado del instructor lo declarado por el imputado privado de libertad. Urge pues una clarificación de las normas reguladoras de la detención, siendo deseable que en su día se reintegrara el actual artículo 17 de la Constitución a la tradición de las Constituciones de 1812, 1869, 1876 y 1931, y mientras se produce tal reajuste, debería procederse a que en la Ley de enjuiciamiento criminal se aclarasen las cosas para evitar los abusos que han permitido su interpretación, al tiempo que se actualice toda la regulación de esta medida cautelando adaptándola a las demás normas concordantes en la actualidad. Y por cierto, ya puestos a reducir plazos, deberían también reconsiderarse los previstos para la prisión preventiva, institución que sí ha sido satisfactoriamente revisada en la reforma de 2003, salvo en lo relativo a este extremo; téngase en cuenta a este respecto que el plazo máximo de prisión preventiva en Alemania es de seis meses prorrogables hasta un año, mientras que en España es de dos años prorrogable hasta cuatro. Evidentemente esta deseable reducción de plazos tendría que ir acompañada de una aceleración de los procesos penales que, generalmente por falta de medios, se prolongan en el tiempo más de lo debido.

### **Anemia normativa de las intervenciones telefónicas**

Otra deficiencia procesal clamorosa es la relativa a la regulación y a la praxis de las intervenciones telefónicas y análogas reguladas torpemente por el artículo 579 de la Ley de enjuiciamiento criminal. Este artículo ha sido reiteradamente declarado contrario a las exigencias constitucionales y del Convenio europeo de Derechos humanos por el propio Tribunal de Estrasburgo, por el Tribunal Constitucional y por la Sala segunda de lo penal del Tribunal Supremo, a causa de su ambigüedad y falta de concreción que tolera interpretaciones excesivamente inquisitivas, echándose particularmente en falta una lista de los delitos que, en régimen de *numerus clausus*, sean los únicos proporcionados por su gravedad para acordar dicha medida en su investigación. Tan amplio es el margen que la interpretación literal que este precepto permite, que recientemente se han intentado justificar las escuchas de las conversaciones de abogados en los locutorios de la prisión, previa autorización judicial, al amparo de este precepto, interpretación aberrante que ha sido declarada insostenible por el ya aludido reciente auto del pasado 25 de marzo de la Sala de lo civil y penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, reparando este grave atentado al secreto profesional del abogado, a la confidencialidad de sus conversaciones con el cliente y al genérico derecho de defensa de los imputados en prisión. Urge pues una reforma de la Ley de Enjuiciamiento criminal también en este punto, para garantizar la vigencia real y efectiva de estos derechos fundamentales y en particular del de defensa de los ciudadanos que resulten imputados en los procesos penales.

### **Continuos quebrantamientos de los secretos sumariales**

Y antes de iniciar el tramo final de este discurso, no puede obviarse otro atentado notable al derecho de defensa. Se trata del habitual quebrantamiento del denominado secreto externo de la instrucción penal, declarado en el artículo 301 de la Ley de enjuiciamiento criminal, que protege la intimidad y el honor de los imputados a la vez que la serenidad, la independencia y la eficacia en la instrucción, al limitar el acceso a las actuaciones sumariales sólo al juez y a la partes personadas. Y más grave es aun que se sume a este quebrantamiento del secreto externo el del llamado secreto interno, previsto en el artículo siguiente de la misma ley ritual penal, que significa que sólo tendrán acceso al sumario el juez y el fiscal y en su caso la policía que actúe en las diligencias que practique, resultando ayunos de información los abogados de las partes personadas mientras se mantenga dicho secreto interno. Pues bien, se da la paradoja de que estando vedado al abogado defensor conocer documentos y diligencias por tal circunstancia, sin embargo, se le ofrecen incluso literalmente al público a través de los medios de comunicación, encubriendo un delito de revelación de secretos cometido por un funcionario público impune al ampararse en el secreto de las fuentes del periodista. Esta praxis tendría que erradicarse, dejando por ejemplo claro que la publicación de tales noticias es punible para quien lo publique, al ser éste un cooperador necesario del autor material del delito, que sin duda sólo ha podido ser un funcionario público, pues sólo personas de tal condición han tenido acceso a semejantes fuentes de información.

### **Injustificada expansión del Derecho penal**

Y como colofón, un excursus para tratar sumariamente la expansión del Derecho penal, que está multiplicando el número de ciudadanos en situación de ejercitar su derecho de defensa como imputados. El Derecho penal siempre ha existido como un instrumento necesario para defender los bienes jurídicos que se consideran esenciales para la vida social mediante la amenaza de la pena: bienes jurídicos personales (como la vida, la integridad corporal y psíquica, la libertad sexual...), bienes colectivos o difusos (como el medio ambiente, la salud pública...) y bienes públicos (como la correcta utilización de los fondos en las administraciones públicas). Pero dejando al margen las desviaciones históricas del Derecho penal para criminalizar al enemigo político en los regímenes no democráticos, en las últimas décadas el Derecho penal se ha expandido y sigue en expansión (la reforma del Código penal hoy en el Congreso de los diputados, que es la número veintidós del Código de 1995 sigue esta línea), a veces por necesidad manifiesta pero en otras muchas ocasiones por frivolidad y comodidad del Legislador que, en vez de poner remedio en su raíz a los problemas sociales y económicos, opta por la solución barata y aparentemente contundente de criminalizar conductas.

Esta criminalización de la política legislativa es disfuncional, no sólo por el incremento innecesario de la población reclusa (que estará en estos momentos en torno a los 74.000 internos entre presos preventivos y en cumplimiento, con los costes económicos y sociales que suponen para todo el país), sino porque no resuelve los problemas y además carga de un trabajo impropio a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal. Un ejemplo de este mal uso del Derecho penal –y con esto ya termino– se evidencia en la siguiente experiencia personal que viví con ocasión de

una jornadas de profesores de Derecho penal para debatir alguno de los numerosos anteproyectos, proyectos o borradores de anteproyectos que precedieron al que finalmente fue el Código penal de 1995, en las que me encargaron los organizadores una ponencia sobre los futuros delitos urbanísticos inspirándome en el Derecho comparado, y al no encontrar referente alguno de tales delitos en el Derecho penal alemán consulte al profesor Klaus Tiedemman al respecto, quien me contestó: en Alemania la disciplina urbanística está en manos de los ayuntamientos y, en último término, de cada estado federado, de cada uno de los “länder”, y si alguien edifica o construye fuera de planeamiento, de inmediato se le sanciona y se le exige la *reductio in pristinum*, es decir, la demolición o restauración del terreno afectado, por lo que no nos hemos planteado nunca la necesidad de tipificar como delito las infracciones urbanísticas. Por otra parte, me dijo, para el castigo en este ámbito de posibles actos de corrupción ya están los tradicionales delitos contra la administración pública como el cohecho, la prevaricación, el tráfico de influencias o las negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos.

Este ejemplo alemán evidencia que cuando determinadas administraciones públicas funcionan, en este caso las de naturaleza urbanística, no es preciso acudir al Derecho penal para corregir su mal funcionamiento, reflexión que podría extenderse a otros ámbitos, como por ejemplo el del tráfico rodado, ámbito que desde la primera ley penal del automóvil de 1950 la criminalización y descriminalización de conductas, que sólo son infracciones administrativas, son actividades cíclicas al hilo de las ocurrencias del legislador que, en función de la buena prensa que puedan tener las medidas criminalizadoras, la reintroduce en el Código penal para años después, cuando se acredita su inutilidad, reconvertirlas en lo que deben ser: meros injustos administrativos, lo que no quiere decir que todos las muertes y lesiones cometidas con vehículos de motor, al igual que las omisiones de socorro a accidentados y conductas de conducción suicidas, no deban de permanecer siempre tipificadas como delito, pero otras como conducir sin haber obtenido el correspondiente permiso, circular a velocidad excesiva e incluso bajo la influencia de bebidas alcohólicas sin haber ocasionado ninguna lesión o muerte, pueden y deben castigarse en el ámbito administrativo, con cuantiosas multas y privaciones del permiso de conducir, incluso más severas que las actuales penas.

Pues bien, ¿tiene sentido que el Derecho penal, que los jueces y tribunales de lo penal tengan que suplir las deficiencias de las administraciones municipales y autonómicas urbanísticas o de tráfico, cuando la solución estaría en la adecuada organización y el correcto funcionamiento de dichas administraciones? Creo que no tiene sentido esta huída hacia el Derecho penal y que el legislador español, además de echarse en brazos de la lógica como decía Alonso Martínez en lo atinente a la supresión del juez de instrucción y demás aspectos procesales antes comentados, se debería igualmente dejar abrazar por los brazos de una lógica política criminal que frene e incluso de marcha atrás en la acelerada expansión del Derecho penal que viene propiciando desde finales del pasado siglo. Sería deseable que el legislador recordara siempre que la ley es una *ordinatio rationis ad bonum comunem*, y no un acto de voluntad política centrado en fines de oportunidad populista de fácil aplauso por los medios de comunicación, prudencia que supone no caer en la fácil tentación de “huir hacia el Derecho penal”, como aparente solución más barata que engaña al pueblo llano la máxima contundencia en la resolución de un problema, cuando la verdadera y duradera solución de los conflictos económicos y sociales puede y debe seguir una vía más directa, aun cuando resulte a corto plazo más difícil y costosa.

### **Todos podemos ser imputados**

Estoy llegando al final de mi discurso y no quiero superar el límite temporal que esta ceremonia tiene señalado, pero creo que debo aludir como despedida a la necesidad que tiene toda la sociedad actual de concienciarse sobre lo esencial que para todos los ciudadanos resulta el derecho de defensa en general y cada una de sus especificaciones en particular. Creo que hay dos realidades que contribuyen hoy a devaluar estos derechos ante la sociedad, ayudada por los mensajes erráticos de algunos medios de comunicación. La primera es la sensación de inseguridad y la indignación del hombre medio frente a la delincuencia en general y, de modo especial, contra alguna de sus modalidades que, como la corrupción, los atentados contra la indemnidad sexual e incluso contra la vida de los menores y la violencia de género, son delitos que merecerían entrar en la categoría que los teólogos escolásticos reservaban a los pecados más graves, que era la de los denominados pecados que “claman al cielo”. Y la segunda realidad es también una sensación: la de que ni los que nos consideramos “buenos ciudadanos” ni nuestros próximos vamos a necesitar ejercitar estos derechos al no tener que defendernos de la imputación de delito alguno, porque no los cometeremos y porque no pensamos que podamos ser víctimas de errores policiales o judiciales.

Pues bien, creo que ambas realidades psicosociales son erróneas y deben desterrarse. En primer lugar, porque la cultura de los derechos humanos y la solidaridad con todos los hombres incluidos los delincuentes deben formar parte de una sana ética social; y, en segundo término, porque hoy día todos podemos ser objeto de una investigación penal, dada la expansión que día tras día sufre el catálogo de los delitos. Por otra parte, es erróneo pensar que la Justicia penal sería más eficaz si el Derecho procesal penal fuera menos garantista aun al precio de que se cometieran más errores judiciales, y es desacertado tal pensamiento porque no puede arraigar semejante idea en una sociedad que pretenda de verdad conformarse como un Estado social y democrático de Derecho, pues sólo una Justicia penal que sepa conjugar armónicamente los derechos de los imputados y de las víctimas, de los individuos y de la sociedad, será de verdad eficaz y eficiente y, sobre todo, justa.