

¿La Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa refuerza una tutela judicial efectiva? [BOE-A-2024-23630]

1. RECAPITULACIÓN HISTÓRICA

En Sumeria, las leyes estaban fundadas en el respeto por las «leyes del Orden Cósmico» y por las «decisiones de la Asamblea de los Dioses». A mediados del siglo V a. C., en las XII Tablas, aparece la ley del talión, a menudo establecida como una normativa arcaica, al menos desde el punto de vista cronológico. Sin embargo, no era una ley de venganza, sino un naciente límite, un medio de frenar la violencia y, además, el primer intento de establecer una proporcionalidad entre el daño recibido en un crimen y el daño producido en el castigo. Con la llegada de Jesús, el criterio de venganza cambió y se abogó por el perdón. El hijo de Dios dijo que no se debe resistir a quien haga daño, sino que se debe ofrecer la otra mejilla. La crítica ilustrada al sistema legal del Antiguo Régimen (particularmente a partir del tratado de Cesare Beccaria, *De los delitos y las penas*, 1764) incluyó la superación de ese concepto. Y luego todo cambió. Gandhi resumió esta perspectiva al afirmar que «ojo por ojo y el mundo acabará ciego».

Con el surgimiento del Estado moderno, se cristalizan en las constituciones diferentes garantías, de las cuales el derecho de defensa forma parte de su «núcleo duro», esto es, el conjunto de aquellas prerrogativas que son incuestionables no solo porque representan una emanación de la dignidad personal del imputado, sino, además, un requisito indispensable para asegurar (a él mismo y a la sociedad) el desarrollo de un proceso respetuoso de la escala de valores del Estado de Derecho. Junto a él se encuentran otros, de igual trascendencia, tales como el de legalidad, igualdad ante los tribunales, reserva de la intimidad, estado de inocencia, juez natural, imparcialidad del tribunal.

2. PROYECCIÓN

Si bien las garantías constitucionales nacen originariamente para ser utilizadas como herramientas de los investigados, hoy en día es difícil sostener que no se proyectan bilateralmente, al menos en el área de la procuración y administración de la justicia penal, puesto que son expresadas en términos comunes también para las víctimas del delito, que reclaman justicia y, en igual medida, para aquellos a quienes se les atribuye la comisión de un hecho delictivo.

3. PRINCIPIO DE INOCENCIA Y DERECHO DE DEFENSA

Claro es que el principio de inocencia se relaciona íntimamente con el derecho de defensa, pues proporciona a este su verdadero sentido. Si aquel no existiera o existiera uno expresado en términos contrarios (por ejemplo, presunción de culpabilidad) podría también existir un derecho a la defensa, solo que en esta alternativa, la defensa radicaría en garantizarle al imputado la «oportunidad de probar su inocencia» (idea generalizada y de mucha difusión en la opinión vulgar), con la consecuencia de que, si así no lo lograra con éxito, lo siguiente sería una condena sin ninguna duda inevitable.

Pero, al contrario, si a aquel sujeto se le reconoce un estado jurídico de inocencia, que no debe probar, sino que debe ser destruido por la prueba de cargo aportada por los órganos de persecución penal del Estado, esto es, el fiscal de instrucción, el sentido y el fundamento de su defensa será, simplemente, otro: controlar el modo en que se pretende probar su culpabilidad, o intentar acreditar, si es que así lo desea y quiere, su inocencia. Esto no debe perderse de vista. Es el Estado quien debe demostrar la culpabilidad del sometido a proceso penal, y no al revés.

En ambos casos, la defensa será una reacción de resistencia frente a la pretensión penal: pero solo en el primero podrá ser eficaz siendo pasiva.

4. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Hay que hacer una aclaración importante. Porque los órganos supranacionales, que también cristalizan estos derechos y garantías, deben dejar perfectamente en claro otros dos conceptos que son indisolubles de aquellos. El primero es que la razón principal por la que el Estado debe perseguir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de «garantizar el derecho a la justicia de las víctimas» a las que se reconoce la atribución de reclamarla ante los tribunales (derecho a la tutela judicial efectiva, arts. 1.1, 8.1 y 25 Convención Americana sobre Derechos Humanos); y el segundo es que por criminales, graves o perversas que puedan ser ciertas acciones, y por culpables que puedan ser los procesados de determinados delitos, no es posible admitir que el poder pueda ejercitarse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Es decir, en este sentido, el fin no justifica los medios.

5. TEXTO CONSOLIDADO DE LA LEY ORGÁNICA 5/2024, DE 11 DE NOVIEMBRE, DEL DERECHO DE DEFENSA. FUNDAMENTOS

Felipe VI, al sancionar el texto consolidado de la ley, expresa, entre sus razones fundamentales, que «el derecho a la defensa está íntimamente relacionado con el

Estado de Derecho», puesto que «junto con la tutela judicial efectiva, constituye uno de los derechos básicos de protección de la ciudadanía», que la protección mediante este derecho del investigado «abarca toda situación de controversia jurídica en la que pueda verse una persona y sea cual sea su posición», en virtud de que «el artículo 24 de la Constitución Española consagra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, vinculándolo indisolublemente al también fundamental derecho a la no indefensión o, en términos positivos, al derecho de defensa; vinculación tan íntima y sustancial que permite enunciar como ecuación axiomática que sin tutela judicial efectiva no es posible una defensa real, y sin una defensa efectiva es inviable el ejercicio de una real tutela judicial efectiva».

6. CONTENIDO

La presente ley no pretende recopilar normas procesales que ya tienen un reconocimiento expreso y manifiesto en otros códigos normativos ni reiterar principios consagrados o la forma de regular la profesión de la abogacía.

En este sentido, el capítulo I nos habla de sus objetivos y desarrolla las disposiciones generales, su ámbito de aplicación y el contenido específico del derecho de defensa.

El capítulo II establece la regulación del derecho de defensa de las personas. En particular, el derecho a la asistencia jurídica; el derecho a la elección, renuncia y sustitución en la asistencia jurídica; la protección jurisdiccional del derecho de defensa; el derecho de información; el derecho a la prestación de unos servicios jurídicos de calidad en los que los profesionales de la abogacía y de la procura y los graduados sociales estén formados adecuadamente y con unos conocimientos actualizados; el derecho a ser oídas, y los distintos derechos ante los tribunales.

Por su parte, el capítulo III enumera garantías y deberes de la asistencia jurídica en el derecho de defensa, tales, las del profesional de la abogacía, del encargo profesional, de la confidencialidad de las comunicaciones y del secreto profesional, entre otras.

El capítulo IV establece el régimen de garantías institucionales para el ejercicio de la abogacía (institución colegial, clientes de servicios jurídicos, circulares deontológicas y las de procedimiento en casos especiales).

Por último, la norma garantiza la transparencia y la información sobre la actividad deontológica por parte del Consejo General de la Abogacía Española y el Consejo Autonómico competente, información estadística de acceso público, servicios de orientación jurídica organizados por los colegios de la abogacía y, en particular, los requisitos para el acceso al sistema de asistencia jurídica gratuita.

En definitiva, esta ley «centra su razón de existir en la necesidad de que las personas físicas y jurídicas conozcan el especial reconocimiento y las garantías que les corresponden como titulares de su derecho de defensa».

7. CONTRADICCIONES QUE NO REFUERZAN UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Es cierto que la Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa es un reflejo real y concreto de un consenso social y político sobre una materia de especial importancia, pero también lo es que solo desarrolla algunos de los aspectos esenciales de este derecho. Se abría la posibilidad de regular aspectos específicos, pero no se hizo.

7.1. Manifestaciones

Si bien se consagra mediante la presente normativa el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva que se expresa en el derecho a ser informado de la acusación, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, a no declarar contra uno mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia, no se establece de manera clara desde qué momento son estas expresiones de obligatorio cumplimiento para los tribunales. ¿Desde que se formaliza la denuncia? ¿Desde que se inicia la investigación? ¿Desde que se acusa formalmente mediante el llamado como investigado? ¿O serán facultativas? Tampoco se determina.

7.2. Derecho en sí mismo

La normativa analizada expresa que si el acusado no tuviera defensor tendrá derecho a ser informado que le asiste el derecho a tenerlo y, «siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo». Esto lleva a plantearse ¿qué será que significa el interés de la justicia? ¿Justicia penal, solo cuando está en juego su libertad personal? ¿O hará referencia a justicia en general? ¿Y si no se da tal requisito? ¿Quién tiene que decirle qué al acusado? ¿Tendrá este algún recurso en contra de dicha resolución?

7.3. Gratuidad

La presente ley española del derecho de la defensa establece y reconoce específicamente el derecho del acusado a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección, y, si no tiene los medios para remunerarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio «cuando los intereses de la justicia lo exijan». Otra vez, el fundamento y las preguntas se repiten. En este punto, podríamos ayudarnos por la Constitución española, que en su artículo 119 consagra el derecho a la

asistencia jurídica gratuita, pero lo hace también de manera imprecisa, poco clara, al decir que se hará respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar «cuando así lo disponga la ley». ¿Cuál? ¿La Ley de Enjuiciamiento Criminal? ¿Una complementaria? Una vez más, comanda la incertidumbre. Más aún, ¿es necesario que el acusado, si fuera únicamente aplicable a él, haga una declaración jurada que acredite la falta de recursos?

Continuando el análisis de la ley, diferentes pasajes no hacen más que sembrar dudas. En algunos se habla de que esta gratuidad será obligación estatal «llegado el caso» o que debe suministrarse en «ciertos casos». ¿Qué significa eso? ¿Cuáles son «esos» casos?

7.4. Formas

La normativa expresa, en su preámbulo, que «la fórmula de justicia gratuita instaurada por nuestro sistema representa un modelo de justicia garantista, sólido e inclusivo, y no solo reconoce el derecho a recibir los beneficios del reconocimiento de esta asistencia por razones económicas, sino que, cada vez más, se concede teniendo en cuenta la especial vulnerabilidad en la que pueden encontrarse las personas», y que «se prestarán los servicios de orientación jurídica organizados por los colegios de la abogacía» a los fines de «facilitar toda la información relativa a la prestación de la asistencia jurídica». Como declaración de principios, excelente. Ahora bien, ¿cómo sería en la práctica? ¿Quiénes serían esos «vulnerables»? ¿Incluirá solo a los acusados en una causa penal?

8. EXPERIENCIA EN OTROS PAÍSES: ARGENTINA

En Argentina, la Defensa Pública está integrada por un cuerpo de profesionales que han sido seleccionados mediante concurso público de oposición y antecedentes a través del Consejo de la Magistratura. Su tarea consiste en asesorar, defender, patrocinar y representar ante los tribunales provinciales, nacionales e internacionales a quienes no tienen los medios económicos para contratar los servicios de una defensa particular, a las niñas, niños y adolescentes, a las víctimas en los contextos de violencia familiar, entre otros.

8.1. Provincia de Córdoba

Por su parte, la Ley provincial de Asistencia Jurídica Gratuita (Ley 7982 de noviembre de 1990), que brinda el marco legal, establece las condiciones que deben reunir para solicitar el servicio de defensa. Esto es, quienes carezcan de recursos económicos

suficientes para contratar a una defensa particular, las personas físicas y jurídicas sin fines de lucro, cuyos ingresos no excedan el parámetro económico establecido (art. 27) —lo que no rige para las víctimas de violencia familiar y de género (Leyes n.º 9283 y 10.401)—; y quienes no puedan ejercer por sí sus derechos, como los menores de edad o bien quienes tienen alguna discapacidad.

Quienes accedan al sistema gozarán de un servicio de asistencia jurídica gratuita. En este sentido, las políticas de la Defensa Pública fomentarán procedimientos simples y/o alternativos para solucionar los conflictos, que respondan a la mejor satisfacción de los derechos de los asistidos (100 Reglas de Brasilia, arts. 43 y ss.).

Específicamente, la Defensa Pública de la provincia de Córdoba tiene rango Constitucional. El art. 158 de la Carta Magna local establece los requisitos para asumir al cargo de defensor público por lo que se lo considera un funcionario de ese nivel. Como tal, goza de inmunidades (art. 154), intangibilidad salarial, queda sujeto a deberes (art. 155), prohibiciones (art. 156) y es nombrado y removido de acuerdo a las causales de los magistrados.

La ley provincial también regula su organización, incompatibilidades, funciones, atribuciones, reemplazos, fuero de actuación, etc.; al mismo tiempo que reglamenta las condiciones para acceder a este servicio.

Son más de 80 las defensorías públicas que brindan el servicio de defensa en la provincia. Se complementa con la 1. Oficina de Apoyo: Mesa de Entradas, de Asesorías Civiles; 2. un Instrumento de Evaluación de Gestión de Defensores Penales; 3. una Guía de Buenas Prácticas de Asesoras de Niñez y Juventud; y 4. el fortalecimiento de Acceso a Justicia, a través de la creación de Defensorías Múltiples.

Formando parte del objetivo estratégico para el fortalecimiento de los procesos de asistencia, orientación y representación, también en el año 2011 se comenzó a dotar a las Asesorías Letradas de «Equipos Interdisciplinarios de Peritos y Consultores específicos de la Defensa Oficial». Se inició en las Asesorías Letradas Penales y luego en las de Niñez, Juventud, Violencia Familiar y de Género. (Ac. Reglamentarios n.º 77 serie «B» del 5.10.2010 y el n.º 1068 serie «A» del 8.8.2011).

Recientemente, mediante la Ley 10.915 de septiembre de 2023, se creó el Ministerio Público de la Defensa, el que forma parte del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba y tiene por objeto favorecer el acceso a la justicia de los sectores vulnerables de la sociedad, mediante una asistencia jurídica integral, creando además la figura del defensor público general y sus adjuntos, con funciones y atribuciones específicas.

9. CONCLUSIONES

Puede observarse, entonces, que la finalidad de la Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa (España), ha sido noble, fruto de un consenso político y de una necesidad social imperiosa en regular aspectos que son fundamentales

en un Estado social, democrático y de derecho. Sin embargo, le ha faltado claridad. Ello trae consecuencias ineludibles y específicas: que exista una interpretación demasiado amplia y flexible de los operadores judiciales, tanto en la terminología utilizada cuanto en su aplicación propiamente dicha y, más importante aún, que no se termine de entender de qué manera específica pueda traducirse este derecho de defensa en una tutela judicial «efectiva, concreta y real». Puesto que, como se ha dicho, como principios y anhelos son excelentes. Era la oportunidad para establecer una defensa pública como «institución»; dotarla de una estructura organizacional y gubernativa; con funciones claras, autonomía funcional y autarquía financiera; con funcionarios designados en procesos transparentes; con funcionamiento obligatorio exclusivo en el fuero penal; de dejar perfectamente establecido que es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos; que todo imputado tiene derecho a la defensa técnica, aun a cargo del Estado, desde el primer momento de la persecución penal. No se hizo. Deberá ser el próximo paso, sin prisa, pero sin pausa.

Marcos MORENO
Doctorando por la Universidad de Salamanca
id00722707@usal.es