

Manual Práctico del Letrado de la Defensa

Autor:

Faustino Gudín Rodríguez-Magariños

Doctor en Derecho

ediciones  experiencia

Consejo editorial:

Juan Manuel Perulles Moreno

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario
Abogado*

M^a Luisa Ochoa Trepal

*Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario
Doctora en Derecho*

Domingo Carbajo Vasco

*Economista. Abogado
Inspector de Hacienda del Estado*

José Luis Díaz Echegaray

*Doctor en Derecho
Abogado*

© Ediciones Experiencia, S.L.

© Faustino Gudín Rodríguez-Magariños

Edita: Ediciones Experiencia, S.L.

C/ Sant Eusebi, 53 - 1.º-2.ª

08006 Barcelona

Tel.: 93 200 23 09

Fax: 93 241 31 29

ediciones@edicionesexperiencia.com

www.edicionesexperiencia.com

Reservados todos los derechos. No está permitida la reproducción total o parcial de esta publicación, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros medios, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del copyright.

La editorial no comparte obligatoriamente las opiniones expresadas en la obra. Ni el editor ni los autores aceptarán responsabilidades por las pérdidas ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de ninguna información contenida en esta publicación.

Primera edición: Mayo 2007

Depósito legal: B. 13.980-2007

ISBN: 978-84-96283-51-0

Compone e imprime: Gràfiques 92, S.A., Avda. Can Sucarrats, 91
08191 - Rubí (Barcelona)

Impreso en España – Printed in Spain

Sumario

2.3.	Análisis de los principales medios de prueba	41
2.3.1.	<i>Confesión o interrogatorio del imputado</i>	41
2.3.2.	<i>La prueba testifical</i>	44
2.3.3.	<i>Careo</i>	46
2.3.4.	<i>La prueba pericial</i>	46
2.3.5.	<i>Documental</i>	48
2.3.6.	<i>Inspección ocular</i>	50
2.3.7.	<i>Prueba videográfica</i>	50
2.3.8.	<i>Reconocimiento en rueda</i>	50
2.3.9.	<i>Reconocimiento fotográfico</i>	52
2.3.10.	<i>Las intervenciones telefónicas</i>	52
2.3.11.	<i>Diligencia de entrada y registro</i>	57
2.3.12.	<i>Reconocimiento de voz</i>	58
2.3.13.	<i>Dictamen dactiloscópico</i>	59
2.3.14.	<i>Prueba de alcoholemia</i>	60
2.3.15.	<i>Prueba de ADN</i>	61
2.3.16.	<i>Valor probatorio de la grabación efectuada desde un teléfono móvil</i>	62
3.	Alegaciones con relación al proceso.....	62
3.1.	Prescripción	62
3.2.	<i>Non bis in idem</i> procesal	64
3.3.	Cosa juzgada.....	64
3.4.	Nulidad de actuaciones en el proceso penal	65
4.	La conformidad	66
4.1.	Concepto	66
4.2.	Clases.....	68
4.2.1.	<i>Simple</i>	68
4.2.2.	<i>Privilegiada</i>	68
4.2.3.	<i>En cuanto a los hechos</i>	69
4.2.4.	<i>Jurídica</i>	69
4.2.5.	<i>Excluyendo la responsabilidad civil</i>	69
5.	La calificación alternativa.....	69
6.	El sobreseimiento	70
6.1.	Importancia y alcance.....	70
6.2.	Clases.....	71
6.2.1.	<i>Provisional</i>	71
6.2.2.	<i>Libre</i>	72

6.2.3. Total.....	73
6.2.4. Parcial.....	73
7. La sentencia absolutoria.....	73
8. De la refundición de condenas.....	74
9. De las formas de eludir la condena de prisión.....	75
9.1. Suspensión de la pena privativa de libertad.....	76
9.1.1. Régimen ordinario.....	76
9.1.2. Del toxicómano.....	76
9.1.3. Del enfermo grave.....	78
9.2. Sustitución de la pena privativa de libertad.....	79
9.3. Libertad Condicional.....	80
9.4. Indulto.....	81
9.4.1. Concepto.....	81
9.4.2. Procedimiento para su obtención.....	82
9.4.3. Clases.....	82
9.4.4. El llamado indulto penitenciario.....	82
9.4.5. Especial consideración del indulto por dilaciones indebidas.....	83
II. TÉCNICAS INHERENTES DE DEFENSA DERIVADAS DEL DERECHO SUSTANTIVO ..	85
10. La alegación de minoría de edad.....	87
11. Las eximentes.....	89
11.1. Anomalía o alteración psíquica.....	89
11.1.1. La oligofrenia.....	89
11.1.2. Las psicosis.....	90
11.1.3. Las neurosis.....	91
11.1.4. Las psicopatías.....	91
11.2. Trastorno mental transitorio.....	92
11.3. Toxicomanía o alcoholismo.....	93
11.4. Alteraciones en la percepción.....	94
11.5. Legítima defensa.....	94
11.6. Estado de necesidad.....	97
11.7. Miedo insuperable.....	99
11.7.1. Concepto.....	99
11.7.2. Requisitos.....	100

Sumario

11.8. Cumplimiento de un deber, oficio o cargo	101
12. Las atenuantes	102
12.1. Eximentes incompletas	102
12.2. Grave adicción al alcohol y a las drogas.....	104
12.3. Arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.....	105
12.4. Confesión de la infracción a las autoridades.....	106
12.5. Reparación del daño	107
13. Especial consideración de las atenuantes por analogía	107
13.1. Concepto	107
13.2. La atenuante analógica de reparación del daño	108
13.3. Dilaciones indebidas.....	108
13.4. En relación con anomalía o alteración psíquica.....	109
13.5. Drogadicción y embriaguez.....	110
13.6. Con trastorno mental transitorio incompleto.....	110
13.7. Percepción disminuida.....	111
13.8. Con estado de necesidad incompleto	111
13.9. Con estado pasional.....	111
13.10. Con la atenuante de confesión.....	111
13.11. <i>Participe extraenus</i>	111
14. La circunstancia mixta de parentesco	112
15. La doctrina de la <i>poena naturalis</i>	112
16. Aspectos subjetivos del ilícito	112
16.1. El dolo y sus consecuencias	112
16.1.1. <i>Concepto</i>	112
16.1.2. <i>Clases</i>	113
16.2. Rebajar los hechos a imprudencia grave.....	114
16.3. Error.....	115
16.3.1. <i>De tipo</i>	116
16.3.2. <i>De prohibición</i>	116
16.4. Preintencionalidad	117
16.5. Caso fortuito	118
17. Negación del nexo causal.....	119

III. ANÁLISIS ESQUEMÁTICO DE LOS DIVERSOS PROCEDIMIENTOS CON CUADROS SINÓPTICOS	121
18. Procedimiento ordinario.....	125
18.1. Ámbito de aplicación.....	125
18.2. La fase de instrucción o sumarial.....	125
18.3. La fase intermedia: la preparación del juicio oral.....	129
18.4. El juicio oral	130
18.5. Cuadro sinóptico.....	133
19. Medidas cautelares	135
19.1. Concepto	135
19.2. Requisitos	135
19.3. De carácter personal	135
19.3.1. <i>Detención</i>	135
19.3.2. <i>Prisión preventiva</i>	140
19.3.3. <i>Libertad provisional</i>	142
19.3.4. <i>Medida de alejamiento</i>	143
19.3.5. <i>Privación del pasaporte</i>	144
19.3.6. <i>Privación del permiso de conducción</i>	144
19.4. Reales.....	144
19.4.1. <i>Fianza (art. 591, LECr)</i>	144
19.4.2. <i>Embargo</i>	144
19.4.3. <i>Pensión provisional</i>	144
20. El procedimiento de <i>Habeas Corpus</i>	145
20.1. Cuadro sinóptico.....	147
21. Procedimiento abreviado.....	148
21.1. Supuestos de aplicación.....	148
21.2. Cuestiones de competencia	148
21.3. Cambio de procedimiento	149
21.4. Ejercicio de acciones por particulares.....	149
21.5. Medidas de agilización a adoptar por los Juzgados.....	149
21.6. Especialidades en relación con las medidas cautelares.....	150
21.7. Recursos.....	151
21.8. Especialidades referentes a la actuación policial	152
21.9. Actuaciones especiales con relación a menores.....	153

Sumario

21.10. Especialidades con relación a extranjeros.....	153
21.11. Especialidades de la Instrucción en relación con el Ministerio Fiscal	154
21.12. La incoación de las diligencias previas.....	154
21.13. Finalización de las diligencias previas.....	156
21.14. Preparación del juicio oral.....	157
21.15. Apertura del juicio oral	158
21.16. El acto del juicio oral	160
21.17. Sentencia.....	163
21.18. Recursos contra la sentencia	163
21.19. Recurso de anulación.....	164
21.20. Especialidades de la fase de ejecución.....	165
21.21. Cuadro sinóptico.....	166
22. Procedimiento de juicios rápidos por delito	168
22.1. Supuestos de aplicación.....	168
22.2. Actuaciones de la Policía Judicial.....	169
22.3. Diligencias urgentes ante el Juzgado de guardia o de Violencia sobre la mujer.....	170
22.4. Preparación del juicio oral.....	172
22.5. Supuesto de sentencia de conformidad privilegiada	173
22.6. Recepción de la causa por el Juzgado de lo Penal.....	174
22.7. Juicio oral y de la sentencia	174
22.8. Impugnación de la sentencia	174
22.9. Cuadro sinóptico.....	175
23. Juicio ante el Tribunal del Jurado	176
23.1. Concepto y competencia	176
23.2. Fase de Instrucción.....	177
23.3. Fase intermedia.....	177
23.4. Fase ante el Tribunal del Jurado.....	177
23.5. La sentencia	179
23.6. Los recursos	179
23.7. Cuadro sinóptico.....	180
24. Los juicios de faltas	182
24.1. El juicio de faltas ordinario	182
24.2. El nuevo juicio de faltas rápido.....	183
24.2.1. <i>Supuestos de aplicación</i>	184
24.2.2. <i>Procedimiento</i>	184
24.2.3. <i>Celebración del juicio</i>	185

24.2.4. Sentencia	186
24.2.5. Impugnación de la sentencia.....	186
25. Los recursos	187
25.1. Concepto.....	187
25.2. Derecho al recurso.....	187
25.3. Recurso de reforma	188
25.4. Recurso de súplica.....	188
25.5. Recurso de apelación.....	188
25.6. Recurso de penal de queja.....	188
25.7. Recurso de casación	189
25.8. Recurso de revisión	190
IV. FORMULARIOS	191
1. Escrito de querrela. Modelo general	193
2. Escrito de querrela ante el Tribunal del Jurado	196
3. Escrito de denuncia con Letrado. Modelo general	198
4. Escrito de denuncia con presencia de Letrado por accidente de tráfico.....	199
5. Escrito instando la transformación a sumario y el procesamiento	200
6. Escrito de Letrado interesando inhibición por declinatoria a favor del Fiscal de Menores....	201
7. Solicitud de <i>Habeas Corpus</i>	203
8. Solicitud de Orden de Protección	203
9. Escrito de alegaciones de la defensa contra medidas cautelares del artículo 544 bis de la LECr..	206
10. Escrito del Letrado solicitando que se levanten las medidas cautelares acordadas	208
11. Escrito de recusación de miembros del Jurado.....	209
12. Escrito de recusación de Perito.....	210
13. Recurso de reforma contra auto de prisión provisional.....	211
14. Recurso de reforma contra el auto judicial acordando la detención	213
15. Recurso de reforma en el sumario	214
16. Escrito de interposición del recurso de reforma en procedimiento abreviado	215
17. Escrito de interposición del recurso de reforma y subsidiario de apelación en sumario	216
18. Escrito de interposición del recurso de reforma y subsidiario de apelación en el procedimiento abreviado.....	217
19. Escrito de alegaciones de las partes al recurso de reforma interpuesto	218
20. Escrito solicitando la incoación del procedimiento ante el Tribunal del Jurado.....	219
21. Escrito de conclusiones provisionales del acusador particular en el sumario.....	220
22. Escrito de acusación particular en el Tribunal del Jurado	223
23. Escrito de conclusiones provisionales de la defensa en el procedimiento ordinario	226

Sumario

24. Escrito de defensa en el procedimiento abreviado	228
25. Escrito de defensa en el Tribunal del Jurado	230
26. Escrito de defensa mostrando su conformidad con la acusación	232
27. Escrito de calificación del actor civil.....	233
28. Escrito de calificación de terceras personas civilmente responsables.....	234
29. Recurso de apelación en juicio de faltas.....	236
30. Impugnación de la apelación en el recurso de faltas	237
31. Escrito interponiendo recurso de apelación contra la sentencia condenatoria	239
32. Escrito de coimputado adhiriéndose a la apelación.....	242
33. Recurso de apelación contra la sentencia del Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado ..	243
34. Escrito de preparación del recurso de casación	246
35. Escrito de interposición del recurso de casación	248
36. Escrito de la defensa del acusado absuelto, oponiéndose al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal o por la acusación particular	252
37. Recurso de casación contra la sentencia dictada en apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia en el Tribunal del Jurado	253
A) Por infracción de ley	253
B) Por quebrantamiento de forma	255
38. Modelo de solicitud de indulto (cuando lo solicita el mismo penado)	256

INTRODUCCIÓN

El gran fantasma que perturba a la justicia es la eventualidad del castigo a un inocente, de emplear un rigor excesivo o una reacción desproporcionada frente a una persona que no merecía un agravio tan considerable. Frente a ellos, se alza el abogado defensor como una de las profesiones más dignas que el hombre ha creado encaminada a la salvaguarda de los derechos de sus semejantes. Este libro está destinado a proporcionar las herramientas básicas para el ejercicio de tan meritorio oficio.

El ordenamiento jurídico provee al letrado de un haz de instrumentos procesales y sustantivos que, si son debidamente utilizados, facilitan enormemente el desarrollo eficaz de su labor hasta el punto que se coloca como una figura difícilmente rebatible, quizás como el condicionante principal del resultado del proceso. Desde la redacción de la LECr, nuestro ordenamiento criminal se ha orientado bajo el prisma del principio *pro reo*, en aras de la defensa del inculpado, por lo que un buen letrado puede avanzar mucho en la defensa de su cliente si sabe manejar bien los entresijos (marcando los *tempos*) del proceso. Un adecuado conocimiento de un arsenal jurídico repercute en que las posibilidades iniciales de defensa de ser binómicas (condena/absolución) se multipliquen, logrando, cuando menos, mejorar sustancialmente la situación inicial del imputado dentro del proceso.

Contrariamente a lo que se piensa, un buen letrado penalista no es el que consigue un elevado número de sentencias absolutorias, colocando a su defendido a merced de una potencial condena y posterior ingreso en prisión. Muy al contrario, es aquél que consigue, partiendo de las circunstancias fácticas existentes, la situación más ventajosa y menos perjudicial para su defendido.

Esto es así porque el que recaiga una sentencia absolutoria, no es una variable que dependa exclusivamente del letrado, sino de la prueba de cargo practicada en el acto del Juicio Oral, dichas pruebas obedecen más a la actuación del Ministerio Fiscal y de la acusación particular, y no siempre van a poder ser anuladas o contradichas. Existe una multiplicidad de posturas jurídicas intermedias entre la condena y la absolución que pueden reportar perjuicios menores (a lo sumo meramente simbólicos para el cliente), tales como la suspensión de la condena.

Analizando cualquier causa, cuando menos en una inmensa mayoría de los casos, se puede advertir la existencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad. La primera misión del Letrado va a ser analizar el caso con sus circunstancias y llevar este examen bajo la forma de mensaje jurídico al Tribunal. El letrado defensor es también valedor de una serie de principios humanitarios: *favor libertatis, por reo, favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda*, lo que implica que debe hacer ver al Juzgador todos los condicionantes o situaciones que impulsaron la conducta de su defendido. Como decía el alegato bíblico “quien esté libre de pecado que tire la pri-

Introducción

mera piedra”, existen demasiadas circunstancias que determinan, envuelven y explican (aunque no justifican) la conducta del hombre.

Como apuntaba Calderón de la Barca, el mundo es un gran teatro donde todos desempeñamos un papel más o menos obligado por las circunstancias. Sin embargo, alguien tiene que poner un poco de luz, descubrir las circunstancias que operan como móviles, detrás de la comisión de todo comportamiento, especialmente de los que revisten carácter delictivo. Esta persona es el letrado defensor.

Tras el alegato de la defensa, el Tribunal tiene que dejar de ver el caso como una mera hipótesis matemática y contemplar al reo como una persona que actuó motivada por múltiples condicionantes. Para ello, con anterioridad, nosotros mismos debemos humanizarnos: ponernos en la situación del imputado y replantearnos cuál hubiera sido nuestro comportamiento en aquellas circunstancias.

En este sentido, un ejemplo paradigmático de las posibilidades de una buena defensa es el de los delincuentes que actuaron bajo el influjo de las sustancias estupefacientes. Las estadísticas penitenciarias nos señalan que el 54% de los reclusos son drogodependientes¹. Sin embargo, un competente abogado defensor que conozca el oficio, que sepa manejar los instrumentos procesales y materiales a su disposición podría hacer disminuir casi vertiginosamente esta cifra. Mas para ello es preciso plantear una estrategia procesal específica que debe comenzar desde la práctica de las primeras analíticas, desde el momento inicial de la detención, y que continúa durante toda la causa. Incluso una vez recaída la sentencia condenatoria, el haz de posibilidades se multiplica con la utilización de mecanismos procesales como la suspensión, la sustitución y el indulto. E, incluso, en el supuesto de que llegara a pisar la prisión, un buen abogado puede hacer factible que su defendido abandone el centro penitenciario ofreciendo al Tribunal una serie de alternativas que harán que cumpla su condena en centros específicamente destinados a ayudar a su defendido a salir de su problema (yo diría tragedia) personal.

En mi experiencia profesional como Secretario Judicial, Juez y Fiscal he podido comprobar cómo una inmensa mayoría de los letrados se limitan a optar por esta dicotomía jurídica (condena/absolución), apostando únicamente por esta última disyuntiva y eludiendo el uso de otras técnicas procesales y sustantivas que pudieran colocar en una difícilísima situación a un Tribunal que quisiera exacerbar la pena.

Este uso empobrecido de la *lex artis* (de las reglas del debate) repercute en hacer que la dialéctica procesal y sustantiva se limite a una serie de puntos muy concretos, facilitando en grado sumo la labor de la acusación que sólo

¹ Datos manejados de mi propia tesis doctoral «Retos del derecho administrativo frente al sistema penitenciario del siglo XXI» basándose, principalmente, en datos aportados por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias Dirección General de la Policía. Revisar también la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002, pp. 52-53. Memoria de la Fiscalía General del Estado, Ministerio de Justicia, Madrid, 2005, pp. 63-65.

tendrá que centrarse en probar una serie de extremos importantes para verificar sus tesis. Se dejan en el tintero una multiplicidad de argumentos procesales que, convenientemente utilizados, hubieran repercutido en que la posición de su defendido fuera más difícilmente atacable. Sin un conocimiento debido del oficio de letrado, reduciendo la discusión a una mera, simplista y maniquea negación de los hechos, se deja desguarnecido al cliente. Tras cada caso, parece necesario analizar si con otro tipo de defensa, mejor diseñada, se hubieran podido multiplicar las alternativas procesales y materiales. Dicha amalgama de alternativas hubieran provocado que el Tribunal –a veces sin conceder todos los motivos y argumentos planteados–, se inclinara por atender alguno dulcificando en todo caso, los términos estrictos de una eventual condena. El principio de eventualidad procesal, tan infrautilizado en el *usus fori*, permite estar proponiendo al Tribunal una multiplicidad de disyuntivas.

La burda negativa de los hechos es a veces contraproducente pues el reconocimiento de esos mismos, sabiamente interpretados, pudiera comportar una idéntica absolución. Por ejemplo, unos daños inferiores a 60.000 euros bastará introducir en la mente del Juzgador una duda razonable de que fueron realizados por imprudencia para conseguir la misma sentencia absolutoria, estrategia mejor que la nuda negación de los hechos. Consiguiendo que el Tribunal admita la posibilidad cierta de que actuó con *animus damnandi* o intención maliciosa de perjudicar para que remita la causa a la vía civil y absuelva al imputado.

Estamos acostumbrados a oír afirmaciones peyorativas sobre los letrados penalistas, que denigran su función señalando que son los peores pues “*el Derecho penal es muy sencillo*”. Lógicamente, ello dependerá del Derecho penal que uno sepa, pues si reducimos el debate a dos técnicas abstractas, la presunción de inocencia y carencia de prueba, entonces nuestro discurso sí que aparecerá como burdo y simple. Mas cuando finalicemos la lectura de esta monografía, aparte de conocer técnicamente un grupo numeroso de nuevas alternativas, seremos conscientes de que en el firmamento jurídico campean una multiplicidad de herramientas a las que poder acogerse en caso de apuro. Ni mucho menos el Derecho penal es un ordenamiento simple, simples son los que lo desconocen.

Este libro está escrito por una persona que lleva muchos años trabajando para la acusación y, por lo tanto, que conoce muy bien las prácticas y usos de la defensa. Lo primero para enfrentarte a un adversario es conocerle y saber al dedillo sus técnicas. Para ejercer un brillante papel como defensor se requieren dos cosas: a) actuar en conciencia y con vocación y, b) la segunda, disponer de un arsenal adecuado de argumentos jurídicos que se pueden utilizar oportunamente en defensa del cliente. Es insuficiente con el primero de los propósitos.

No es el propósito de este libro lograr que el letrado adquiera un conocimiento completo y exhaustivo de toda la materia. Ése debe ser el propósito de otro tipo de tratados de matiz más científico. El fin de este manual es más directo, la obra está orientada a que el Letrado domine una serie de técnicas básicas en el arte del ejercicio de la defensa que le permitan ejercer eficazmente su función. Una vez que domine estas técnicas básicas, se puede decir que el Letrado se encuentra bien orientado y conoce muy bien cuál es su papel en el teatro del proceso. A partir de ahí, si quiere, podrá evolucionar hacia otras miras más científicas. No nos centramos en la exquisita elucubración doctrinal, sino en la resolución práctica del caso concreto.

Introducción

Se buscan principalmente tres objetivos:

- a) Ilustrar al ejerciente de las herramientas jurídicas más básicas que, por su reiteración en la generalidad de los supuestos, pueden ser objeto de aplicación (aunque por desconocimiento no lo son).
- b) Dar un significado práctico y un sentido a una serie de conceptos y técnicas jurídicas abstractas, que parecen ser meras expresiones retóricas pero que convenientemente utilizadas, son instrumentos jurídicos idóneos para ser aplicados en determinados casos concretos.
- c) Orientar al Letrado sobre qué estrategia o sistema de defensa debe desempeñar en cada caso concreto, atendiendo las circunstancias fácticas en las que realmente se halla nuestro defendido.

Una persona que domine bien las técnicas a las que se hace referencia en este manual podrá sorprender tanto al Tribunal como a las partes acusadoras y controlar el *iter* discursivo del proceso. No está aquí todo lo que la práctica requiere, pero nada hay de lo que aquí se dice que puede dejar de ser esgrimido ante un Tribunal. Ahora bien, para sostener una postura no vale argüir vacuas exposiciones doctrinales, es necesario referir supuestos análogos donde la jurisprudencia falló en un sentido similar al que sostenemos. Todo lo afirmado en este libro tiene un exhaustivo soporte jurisprudencial. El abogado penalista cuando lee tratados corre el riesgo de perderse tras farragosas discusiones doctrinales (en su mayoría de origen germánico) que nada le ayudan, lo que sí le sirve de apoyo es conocer, que detrás de la alegación de un determinado argumento existe una línea jurisprudencial que lo avala. En definitiva, el letrado cuando habla con la jurisprudencia en la mano fuerza al Tribunal a atenderle, pues menospreciar lo que se está afirmando, significa que se desprecia el planteamiento del Tribunal superior, mientras que alegando posturas doctrinales el Tribunal es muy libre de compartirlas o no.

Los problemas en el mundo real se van repitiendo cíclicamente con anterioridad a nuestro caso; otro jurista ha debido enfrentarse a él en su lidiar con las circunstancias fácticas y el Derecho, es esa la razón por la que se acude a una cita pormenorizada de jurisprudencia. Con estas referencias, este manual se convierte en la punta de un iceberg y aquél que desee profundizar no tendrá más que acudir a la jurisprudencia y analizar los diferentes supuestos basándose en la técnica apuntada.

El oficio de la defensa –como toda actividad humana– está orientado a un fin. La estrategia del Letrado de la defensa debe consistir en arraigar un conjunto de técnicas que le permitan responder a los argumentos del Fiscal o de la acusación particular, no limitarse a manifestar una vacua oposición a la acusación. En este sentido, la calidad de un Letrado va a depender del conjunto de estrategias defensivas que atesore.

La estrategia del Letrado de la defensa también está marcada por las circunstancias; así no es la misma la defensa que se efectúa sobre una persona que ha sido sorprendida *in fraganti* cometiendo un delito, que sobre aquél que pesen unas conversaciones telefónicas. En el primer caso la estrategia deberá ser más de índole jurídica (se argumentará la eximente de legítima defensa, o en las excepciones de falta de dolo, la ausencia de imputabilidad o el error); en el segundo, la defensa deberá ir fundamentalmente orientada a atacar la existencia de los hechos y

a desprestigiar la endeble prueba existente poniendo de manifiesto las probables deficiencias que se hayan podido cometer en su obtención.

La labor de este libro es señalar vías o caminos, pero va a depender del sentido común del Letrado elegir la “receta” correcta, o sea, el discurso más idóneo o adecuado al caso.

La idea de este libro partió del ejercicio de la función adversa. Sentado como Fiscal advierte uno de las enormes posibilidades desaprovechadas por la defensa, es una visión desde el otro lado de la barrera, por lo tanto, enormemente enriquecedora pues, como decía Judá Ben Hur en la novela del mismo nombre, “Si quieres combatir a los romanos lo primero es conocerlos”. Del mismo modo, el abogado de la defensa debe ser consciente de lo endeble e insegura que es la posición del Fiscal en un proceso penal garantista: hay que probarlo todo hasta la certeza absoluta, a su vez, todo debe reunir una serie de garantías y no contentos con esta exigencia, en ocasiones hay que demostrar cuál era el ánimo subjetivo del acusado, en definitiva: una auténtica *probatio* diabólica. Mejores abogados repercutirán en que, a modo de contrapeso, se eleve el nivel de Jueces y Fiscales consiguiendo, en definitiva, un sistema más justo, menos abrupto y torticero.

En conclusión, no se ofrece un espeso material teórico que comprenda todos los institutos procesales y materiales, se trata de una guía práctica que, rehuyendo de las complejas elucubraciones doctrinales, busca acercar al Letrado a la esencia del proceso. Evidentemente, no está todo lo que puede estar, pero lo que está es realmente indispensable y manejando el núcleo duro de los instrumentos procesales y materiales aludidos, acudiendo a la jurisprudencia, a mi juicio, el Letrado lector elevará la calidad su discurso doctrinal. Con ello, conseguiremos hacer más fecundo el debate situándolo en la circunstancia más ventajosa posible para su cliente, evitando que se cometan sobre él cualquier género de injusticias.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AEAT	Agencia Estatal de Administración Tributaria
art./arts.	artículo/s
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
FGE	Fiscal General del Estado
FJ	Fundamento Jurídico
LECr	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LORPM	Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor
LOTJ	Ley Orgánica del Tribunal del Jurado
ONG	Organización No Gubernamental
p./pp.	página/s
RJ Ar.	Repertorio de Jurisprudencia, Editorial Aranzadi
RP	Reglamento Penitenciario
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TIP	Tarjeta de Identificación Profesional
TS	Tribunal Supremo
UOPJ	Unidad Orgánica Policía Judicial
v. gr.	verbigracia

I. LAS TÉCNICAS PROCESALES DEL DERECHO DE DEFENSA

1. El derecho de defensa	23
1.1. Concepto	23
1.2. El contenido esencial del derecho de asistencia letrada al imputado ..	26
1.3. El contenido amplio del derecho de defensa	27
1.4. El derecho de preparar la defensa.....	29
1.5. La estrategia forense frente al caso concreto	30
1.6. Aspectos para tener en cuenta en toda estrategia defensiva.....	31
1.7. La justicia gratuita	32
2. La prueba como medio de control de los hechos del proceso	32
2.1. Alegaciones con relación a la prueba	32
2.1.1. <i>La carga de la prueba</i>	33
2.1.2. <i>El derecho a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para su defensa</i>	33
2.1.3. <i>El principio de presunción de inocencia</i>	34
2.1.4. <i>El principio in dubio pro reo</i>	35
2.1.5. <i>Prueba indiciaria</i>	36
2.1.6. <i>Prueba de referencia</i>	38
2.1.7. <i>Prueba anticipada</i>	39
2.1.8. <i>Prueba preconstituida</i>	39
2.2. Los ataques a la prueba de cargo	40
2.2.1. <i>Prueba prohibida</i>	40

2.2.2. Prueba irregular	41
2.3. Análisis de los principales medios de prueba.....	41
2.3.1. Confesión o interrogatorio del imputado	41
2.3.2. La prueba testifical.....	44
2.3.3. Careo	46
2.3.4. La prueba pericial	46
2.3.5. Documental.....	48
2.3.6. Inspección ocular	50
2.3.7. Prueba videográfica	50
2.3.8. Reconocimiento en rueda	50
2.3.9. Reconocimiento fotográfico.....	52
2.3.10. Las intervenciones telefónicas.....	52
2.3.11. Diligencia de entrada y registro	57
2.3.12. Reconocimiento de voz	58
2.3.13. Dictamen dactiloscópico	59
2.3.14. Prueba de alcoholemia.....	60
2.3.15. Prueba de ADN.....	61
2.3.16. Valor probatorio de la grabación efectuada desde un teléfono móvil	62
3. Alegaciones con relación al proceso.....	62
3.1. Prescripción.....	62
3.2. <i>Non bis in idem</i> procesal.....	64
3.3. Cosa juzgada.....	64
3.3. Nulidad de actuaciones en el proceso penal.....	65
4. La conformidad	66
4.1. Concepto	66
4.2. Clases	68
4.2.1. Simple.....	68
4.2.2. Privilegiada	68
4.2.3. En cuanto a los hechos	69
4.2.4. Jurídica	69
4.2.5. Excluyendo la responsabilidad civil.....	69
5. La calificación alternativa.....	69

6. El sobreseimiento	70
6.1. Importancia y alcance	70
6.2. Clases	71
6.2.1. <i>Provisional</i>	71
6.2.2. <i>Libre</i>	72
6.2.3. <i>Total</i>	73
6.2.4. <i>Parcial</i>	73
7. La sentencia absolutoria	73
8. De la refundición de condenas	74
9. De las formas de eludir la condena de prisión	75
9.1. Suspensión de la pena privativa de libertad	76
9.1.1. <i>Régimen ordinario</i>	76
9.1.2. <i>Del toxicómano</i>	76
9.1.3. <i>Del enfermo grave</i>	78
9.2. Sustitución de la pena privativa de libertad	79
9.3. Libertad condicional	80
9.4. Indulto	81
9.4.1. <i>Concepto</i>	81
9.4.2. <i>Procedimiento para su obtención</i>	82
9.4.3. <i>Clases</i>	82
9.4.4. <i>El llamado indulto penitenciario</i>	82
9.4.5. <i>Especial consideración del indulto por dilaciones indebidas</i>	83

I. LAS TÉCNICAS PROCESALES DEL DERECHO DE DEFENSA

1. El derecho de defensa

1.1. Concepto

El letrado defensor debe ser muy consciente de la importancia de su papel en el proceso criminal y no debe permitir que otros poderes ninguneen su elevada misión. El derecho de defensa aparece recogido tanto en la Constitución (art. 24.2, CE) como en el artículo 6 del Convenio Europeo para la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas o en el artículo 14 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de Nueva York de 1966.

El principio jurídico *favor libertatis* se instrumentaliza en el proceso penal con la labor del letrado de la defensa, por eso su dignidad en la causa no es, ni mucho menos, inferior a cualquiera del resto de los actores que allí intervienen. El rol del abogado de la defensa radica entre otros factores, en recordar al Tribunal y al resto de las partes que con relación a la libertad y demás derechos fundamentales *odiosa sunt restringenda*, que las medidas o resoluciones que se acuerden en contra de su defendido sólo tiene una justificación en la necesidad de mantener el orden público y que siempre serán la *ultima ratio* (en apli-

cación de los principios fragmentario y de intervención mínima del Derecho penal).

Todas estas ideas van dirigidas a concienciar al abogado de la enorme dignidad de su función. El letrado penalista, en no pocas ocasiones tiene que soportar un cierto demérito a su elevada ocupación. A menudo, por el hecho de ser un profesional liberal que se enfrenta con funcionarios de carrera comporta, en no pocas ocasiones que el resto de los actores le subordinen como a una figura menor, mas es lo cierto que el letrado es la representación del valor constitucionalmente máspreciado de nuestro ordenamiento (junto a la vida): la libertad. Dicho principio se coloca por encima de otros que son igualmente estimables y que portan los otros actores del proceso: la justicia (el Juez) o la seguridad y el orden público (Ministerio Fiscal).

El ser una garantía y no un mero elemento del proceso tiene una serie de connotaciones prácticas: no todo lo que está vedado al resto de las partes, está prohibido al abogado de la defensa. Dada la importancia de su misión, una pregunta que pudiera ser capciosa o sugestiva en boca del Fiscal o de la acusación particular, puede no serlo para la defensa pues en los primeros comporta el riesgo de atacar su estrategia pro-

cesal, mas vedando una pregunta a la defensa se coloca a un eventual condenado en una situación de indefensión. El hecho de ejercer el abogado de la defensa un derecho fundamental comporta que sus atribuciones tiendan a optimizarse. Consecuente con este planteamiento, los Presidentes de la Sala suelen ser mucho más condescendientes con las preguntas de la defensa, y cuando se nos deniegue una pregunta por impertinente, capciosa o inútil, es preciso recordar al Tribunal que su inadmisión puede colocar a nuestro defendido en una situación de franca indefensión. Posteriormente, es necesario reflejar en el acta nuestra formal protesta, no por lo que consideramos una mera irregularidad procesal, sino una vulneración de un derecho fundamental de nuestro defendido, anunciando que agotaremos todos los recursos judiciales posibles, recurriendo en su caso al amparo del Tribunal Constitucional.

Como refiere la jurisprudencia² el respeto a la función del letrado de la defensa implica un respeto casi absoluto a su libertad de expresión en el proceso, que no conoce otro límite que el desprecio a la función jurisdiccional. No en vano, el artículo 441 de la LOPJ establece que los poderes públicos tienen la obligación de garantizar la defensa y asistencia del Letrado.

Ello repercute en que el derecho de defensa posea un doble carácter, es un derecho del imputado, pero es también un deber por parte de los poderes públicos el poder facilitar dicha asistencia. Así lo establecen los

artículos 118 y 767 de la LECr desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación contra persona determinada apareciendo como necesaria la asistencia letrada. En el marco de los juicios rápidos, el artículo 796 de la LECr obliga a la policía a informar al imputado, esté o no detenido, de su derecho a la asistencia letrada. Es más, si el interesado no manifiesta expresamente su voluntad de comparecer asistido de abogado, la Policía Judicial recabará del Colegio de Abogados la designación de un letrado de oficio.

Desde la Ley 38/ 2002, de 24 de octubre, la asistencia letrada al imputado o al detenido es configurado como un derecho irrenunciable de los afectados, y existe una obligación legal sobre la autoridad judicial para que se recabe un letrado de oficio caso de que el interesado no recabe un profesional determinado para el ejercicio de su defensa.

El derecho de defensa conlleva la potestad del derecho a elegir un Letrado de su propia elección³ (también denominado abogado de confianza, derecho reconocido expresamente en el art. 440.1, LOPJ) que se constituye como un derecho de la parte, convirtiéndose al tiempo en un requisito de validez de las actuaciones procesales. De conformidad con dicho derecho, como recalca la jurisprudencia⁴, es posible que el interesado cambie el letrado voluntariamente designado cuantas veces lo considere oportuno, siempre que ello no suponga un uso fraudulento o torticero de esta potestad con el consiguiente perjuicio para el proceso,

² STC 226/2001, (2ª), de 26 de noviembre (Jiménez Sánchez).

³ STC 162/1999, (2ª), de 27 de septiembre (Vives Antón), STC 37/1988, (Pleno), de 3 marzo (Tomás y Valiente) (FJ 6º) y STS 1560/2003, (2ª), de 19 de noviembre (Martínez Arrieta).

⁴ STS 1766/2003, (2ª), de 26 de diciembre (Colmenero Menéndez de Luarca).

reflejado negativamente en los intereses en juego. En estos casos, el Tribunal debe rechazar la pretensión al amparo del artículo 11 de la LOPJ por atentar el acusado a las reglas de la buena fe del proceso.

Igualmente la jurisprudencia establece que si el letrado del imputado no comparece por causa injustificada, el Tribunal está legitimado para designarle uno de oficio, aunque deberá hacerse la designación con las debidas garantías para el acusado, para que éste no vea mermado su derecho de defensa⁵.

De otro lado, la elección del Letrado encuentra su límite en que el abogado de libre elección no sirva de mensajero encubierto entre el acusado y una organización criminal, especialmente en los supuestos de terrorismo⁶.

El derecho de defensa debe ser entendido junto al principio de audiencia. Así, de los actos procesales (que no hayan sido declarados secretos) deberá darse traslado a la parte para que por ésta, debidamente asesorada por su Letrado, pueda ofrecer al Tribunal su propia versión de los hechos⁷.

El derecho de defensa está igualmente vinculado a la confidencialidad entre el abogado y su cliente, que aparece reforzado en el nuevo artículo 775 de la

LECr, estableciendo que, salvo los casos especiales del artículo 527 de la LECr, tanto antes como después de prestar declaración, se debe permitir entrevistarse reservadamente al imputado con su abogado. El artículo 32.1 del Estatuto General de la Abogacía (RD 658/2001, 22 jun.) se refiere al secreto profesional, tomando como referencia el artículo 437.2 de la LOPJ, según el cual, los abogados deben guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos.

El derecho de defensa no debe ser confundido con el derecho a ser informado de la acusación que posee sustantividad independiente, dado que, como establece la jurisprudencia⁸, tiene autonomía y significación propia dentro del elenco de derechos fundamentales que se constitucionalizan en el artículo 24, párrafo segundo, de la CE. No obstante, es un derecho instrumental en orden a que el abogado pueda ejercitar su derecho de defensa con las debidas garantías.

El derecho a conocer la acusación como presupuesto de la defensa debe ser facilitado⁹ por los acusadores y por los órganos jurisdiccionales ante quienes se sustancia el proceso, pues aun cuando se menoscaba produce una merma del derecho de defensa, y aun

⁵ STS 1304/2000, (2ª), de 14 de julio (Puerta Luis).

⁶ STC 196/1987, (Pleno), de 11 diciembre (Díaz Eimil).

⁷ STS 21/2003, de 21 de marzo (Marañón Chavarri). En su FJ único se dice: “incumplimiento del trámite de audiencia al penado establecida en las Disposiciones Transitorias Segunda y Cuarta; y es evidente y obvio que el derecho de defensa de la imputada fue lesionado, al haberse resuelto sobre la aplicación a la penada del CP de 1995, sin una previa audiencia a la misma, debidamente asistida de su letrado”.

⁸ STS 1974/2002, (2ª), de 28 de noviembre de 2002 (Aparicio Calvo-Rubio) establece que es posible imponer limitaciones en el ejercicio de la posibilidad de designar Letrado de libre elección en protección de otros intereses constitucionalmente relevantes, siempre y cuando dichas limitaciones no produzcan una real y efectiva vulneración del derecho de asistencia letrada, de manera que queden a salvo los intereses jurídicamente protegibles que dan vida al derecho.

⁹ STC 211/1991, (2ª), de 11 de noviembre (Rodríguez Bereijo).

siendo dos derechos fundamentales autónomos, ambos se complementan¹⁰, subordinándose el primero al ejercicio del segundo. El derecho de defensa surge paralelo a la formalización de la acusación en el momento del arresto, de la inculpación o de la apertura de las investigaciones preliminares”¹¹ pero, desde el momento en que surge una imputación contra una persona nace el derecho de defensa (art. 118, LECr).

En conclusión, en un Estado de Derecho el abogado defensor no puede ser considerado como un mero títere frente a la acusación, sino como una pieza esencial que reviste de garantías el proceso penal, y sin cuya intervención no es posible cualquier limitación de derechos.

1.2. El contenido esencial del derecho de asistencia letrada al imputado

Este derecho tiene una finalidad que sobrepasa ampliamente la de garantizar una mínima igualdad de armas, que es la función propia del letrado en otros órdenes jurisdiccionales. Muy por el contrario, como ya vimos, el Estado social y democrático de Derecho delega en el letrado defensor la salvaguarda de quizás su valor máspreciado: la libertad. La libertad, no es valor jurídico sin más, es un polo vertebrador de todo el ordenamiento, el primero de los valores superiores enunciados en el artículo 1.1 de la CE.

En consecuencia, en el orden penal el abogado de la defensa debe ser contemplado con un “plus” de juridicidad frente a su misión tradicional genérica, y sus

alegatos deben ser escuchados con respeto, a la par que expresamente contradichos por el Tribunal a la hora de inclinarse por una sanción, so pena de dejar en indefensión al condenado.

Esta última afirmación tiene un singular valor y, correctamente entendida, posee una utilidad inestimable, pero a la contra exige del letrado un ejercicio de concreción y precisión en la formulación de sus alegatos. No es extraño el caso en que el Tribunal se ve sumergido ante una caótica parafernalia de frases altisonantes y latiguillos, de expresiones abstractas encapsuladas en un autocomplaciente discurso dirigido más a los estrados que a las personas, sin aparente vinculación con el hecho concreto. Muy por el contrario, se debe exponer con claridad y exactitud los argumentos debidamente ordenados y sistematizados: sostengo esto, esto y esto por esto. Sólo así, caso de omisión, es posible hablar de indefensión, no cabe exigir al Tribunal que adivine lo que queremos decir. Los escritos de defensa de innumerables folios son muy impactantes a los ojos de un incauto cliente, pero poco efectivos de cara a un Tribunal.

En consecuencia, hemos de tener la convicción de que el letrado de la defensa no es un mero actor más dentro del proceso, es un eje del mismo y aquellos que ejercitan esta función no deberían nunca desconocer la importancia de su labor. Lo pedido por un letrado defensor a favor de su cliente, no puede ser mirado con los mismos ojos que lo solicitado por el resto de las partes pues detrás del letrado de la defensa se esconden valores constitucionales tan importantes como la libertad, la interdicción de la indefensión y la humanidad de las penas.

¹⁰ En este sentido, STC 32/1994, (2ª), de 31 de enero (Viver Pi-Sunyer).

¹¹ Sobre este particular, STEDH Casos “Wemhalf y Neumeister” y “Ringeisen”.

La jurisprudencia constitucional¹² destaca una triple finalidad a la exigencia de intervención del abogado en la detención, que coincide con lo que podríamos llamar los tres elementos de su contenido esencial:

- a) Función de garantía (“asegurar, con su presencia personal, que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración”).
- b) Función probatoria (“comprobar, una vez realizados y concluidos [los interrogatorios], la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presenta a la firma”); y
- c) Función de defensa (“asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio”, así como la “presencia activa del letrado” en esos interrogatorios).

Y de esos tres elementos, el Tribunal Constitucional destaca como más relevante el último: “lo esencial del derecho del imputado a la asistencia letrada es preciso encontrarlo, no en la modalidad de designación del Abogado, sino en la efectividad de la defensa, pues lo que quiere la Constitución es protegerle con la asistencia técnica de un letrado, que le preste su apoyo moral y ayuda profesional desde el momento de su detención”.

1.3. El contenido amplio del derecho de defensa

Como refiere la jurisprudencia¹³, la asistencia letrada “va irremediabilmente unida” al derecho de defensa

pues todos necesitamos un técnico que nos ayude cuando nos enfrentamos ante las complejidades de la vida (un médico si estamos enfermos, un dentista si nos duelen las muelas, un arquitecto si queremos construir una casa). La pura autodefensa¹⁴, sin asesoramiento de un letrado, debería ser considerada como un sinsentido. Igual que se prohíbe la automedicación, debería evitarse que un profano se dirigiera a los Tribunales pues no puede medir las consecuencias de lo que dice y desconoce cuáles son las posibilidades efectivas de la defensa técnica.

A la hora de especificar cuál es el contenido de este derecho, parece necesario que el letrado se conciente de la multifuncionalidad de sus cometidos. Para ello podemos partir de la definición que el diccionario de la Real Academia Española nos da de defensa: “razón o motivo que se alega en juicio para contradecir o desvirtuar la acción del demandante”. El Derecho de asistencia letrada tiene como finalidad asegurar una “mínima igualdad de armas” y evitar que se pueda achacar el resultado del proceso a la falta de asesoramiento y defensa por un técnico en derecho¹⁵. Por eso, tal como refiere la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, incluso el que se halla en situación de rebeldía goza de este Derecho¹⁶.

El Tribunal Constitucional ha relacionado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1, CE) con el derecho de defensa (art. 24.2, CE), pues el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE, comporta la exigencia de que en ningún momento

¹² STC 196/1987 (Pleno), de 11 diciembre (Díaz Eimil) (FJ 5º) y 38/2003, (1ª), de 27 de febrero (Rodríguez-Zapata Pérez), (FJ 4º).

¹³ STS, (2ª), de 28 de septiembre de 1995 (De Vega Ruiz) [RJ Ar. 6757/ 1985].

¹⁴ Sobre la problemática del derecho a la autodefensa es significativa la STC 143/2001, de 18 de junio de 2001.

¹⁵ STC 47/1987, (1ª), de 22 de abril (Díaz Eimil).

¹⁶ STEDH Katas y Sari c. Francia, de 16 de mayo de 2002 y Kombach c. Francia, de 13 febrero de 2001.