

EL DERECHO DE DEFENSA

Lavinia-Mihaela Vlădilă¹

Steluta Ionescu

Danil Matei

Universidad “Valahia” de Târgoviste, Rumanía

Resumen: El presente trabajo intenta ser un análisis profundo del derecho a la defensa, reglamentado en la legislación rumana. Hemos hecho la presentación desde una doble perspectiva: desde la perspectiva del derecho interno, particularmente del derecho procesal penal y del derecho procesal civil, pero también desde la perspectiva europea e internacional, conforme con los Convenios europeos e internacionales que Rumanía ha ratificado y aplica en su derecho interno.

Abstract: The present article is intended as an in-depth analysis of the right to defense, regulated by Romanian legislation. The analysis envisions a double perspective: that of national law, especially in terms of criminal and civil procedural law, and that of European and international regulations assimilated into Romanian law by way of ratification.

Palabras claves: el derecho de defensa, derecho procesal penal, derecho procesal civil, legislación rumana y legislación europea e internacional.

Keywords: right to defense, criminal procedural law, civil procedural law, internal legislation, European and international legislation.

¹ laviniavladila@yahoo.com

1. Introducción

Establecido desde el periodo de la antigüedad, en el derecho romano, el derecho de defensa se presenta como una garantía pero también como un equilibrio entre los intereses personales y los de la sociedad². El Derecho de defensa esgrime, ante de todos, un atributo fundamental de la persona, encontrado en estrecha relación con la propia condición humana.

Según el Diccionario de Derecho Penal y de Procedimiento Penal, elaborado por los famosos profesores de derecho George Antoniu y Costică Bulai, el derecho de defensa está representado por “*la totalidad de las prerrogativas, facultades y posibilidades, que, según la ley, tiene cualquier parte en el juicio penal, para sostener su posición en el juicio penal, para hacer las comprobaciones que considere oportunas y para participar en el desarrollo del juicio, siendo, al mismo tiempo, una garantía para la ley*”³. Aunque la definición se refiere solo al derecho de defensa en el juicio penal, puede ser aplicada para el derecho de defensa ejercitada en el juicio civil.

La comprensión de este principio obliga al conocimiento de los dos sentidos que comporta la idea de defensa. Uno, *material o substancial*, tiene en vista un complejo de derechos y garantías con carácter procesal, siendo esto el derecho de defensa, *en sentido amplio*. El segundo, *formal o institucional* se limita a definir el derecho de la parte a beneficiarse de un defensor especializado, siendo esto el derecho de defensa, *en sentido limitado*.

La mayoría de las veces, tal distinción no se hace. Fácilmente, el error que se hace es restringir el concepto de defensa al último sentido, pensando que es suficiente para dar satisfacción, por asegurar a la parte (sobre todo al inculpado) la asistencia por parte de un letrado. Pero el principio, reclama todos los medios y las modalidades por las cuales la ley asegura a las partes las condiciones óptimas para construir una buena defensa.

El derecho de defensa es un derecho reglamentado por las más importantes leyes internas. La primera de estas es la Ley Fundamental, que, por las disposiciones del artículo 24, muestra: “(1) *El derecho de defensa está garantizado. (2) Durante el*

² Ion NEAGU, *Tratado de procedimiento penal. Parte general, edición II revisada y ampliada*, Ed. Universul Juridic, Bucarest, 2010, p. 98.

³ George ANTONIU, Costică BULAI, *Diccionario de derecho penal y de procedimiento penal*, Ed. Hamangiu, Bucarest, 2011, p. 299.

entero juicio, las partes tienen el derecho a ser asistidas por un letrado, elegido o designado del oficio”.

En una primera etapa, el legislador constitucional menciona que el derecho de defensa está garantizado, sin hacer diferenciación entre el tipo de juicio en el que se ejercitará y sin detallar las formas en las cuales se esgrime. Con todo esto, el segundo párrafo reduce el derecho de defensa a la posibilidad de cualquier parte, independientemente del tipo del juicio en que se encuentra, de ser asistida, en las formas previstas por la Ley numero 51/1995, por un letrado libremente elegido⁴. Las modalidades en que el derecho de defensa puede ejercitarse en un juicio por los abogados son múltiples, y pueden cubrir la mayoría de los aspectos que se relacionan con la finalización con éxito de un caso⁵. Sin embargo el derecho de defensa no debe ser reducido a estas. Así, a pesar de las posibilidades concedidas actualmente por la ley, de tener un abogado de oficio en las causas civiles o penales, o de recibir ayuda público judicial en las causas civiles, en general⁶, tiene sus propias posibilidades de ejercitar el derecho de defensa; puede, por ejemplo, deponer documentos, exponer el propio punto de vista, proponer pruebas, y frente al letrado, puede renunciar al proceso e incluso, en algunos casos, cuando no se trata de derechos con carácter puramente per-

⁴ Según el art. 2 párrafo 4 de la Ley nr. 51/1995, en cuanto a la profesión de letrado, publicada en 2011, en BOE nr. 98/07.02.2011.

⁵ Según el art. 3 párrafo 1 de la Ley nr. 51/1995 en cuanto a la profesión de abogado, la actividad del abogado se hace por: consultas y solicitudes con carácter jurídico, asistencia y representación jurídica ante las instancias de juicio, de los órganos de persecución, de las autoridades con atribuciones jurisdiccionales, de los notarios y de los ejecutores judiciales, de los órganos de administración pública y de las instituciones, así como de otras personas jurídicas, en las condiciones de la ley, redacción de documentos jurídicos, atestar la identidad de las partes del contenido y de la fecha de presentación de los documentos para autenticación, acordar asistencia y representar las personas físicas o jurídicas interesadas ante otras autoridades públicas con la posibilidad de atestar la identidad de las partes, del contenido y de los documentos concluidos, defensa y la representación con medio jurídicos específicos de los derechos y de los intereses legítimos de las personas físicas o jurídicas en relación de estos con las autoridades públicas, con las instituciones o con cualquier persona rumana o extranjera, actividades de medición, actividades fiduciarios que consisten en el recibo en depósito, en el nombre y en la cuenta del cliente, de fondos financieros y bienes, resultados de la capitalización o ejecución de títulos ejecutorios, después de la conclusión del procedimiento de herencia, o de la liquidación, así como la colocación y recuperación de estos, en el nombre y en la cuenta del cliente, de la actividad de administración de los fondos o de los valores en cuales estos han sido puestos, establecimiento temporalmente del sede para empresas comerciales al sede profesional del abogado y registrar estos, en el nombre y en la cuenta del cliente, de las partes de interés, de las partes sociales o de las acciones sociales así registradas, cualquier otros medios y vías propias de la ejercitación del derecho a la defensa, en las condiciones de la ley.

⁶ Verse, especialmente las disposiciones del art. 1-10¹ del O.U.G. N° 51/2008 concerniendo a la ayuda pública judicial en materia civil, publicada e BOE N° 327/25.04.2008.

sonal, al derecho en sí mismo⁷. Con otras palabras, podemos decir que el texto de la Constitución cubre sólo el significado del principio de derecho institucional o formal de defensa, es decir, la asistencia jurídica cualificada, sin cubrir el significado substancial *que le da eficiencia y confiere a las partes, tanto en el proceso penal como en el civil, una cantidad de garantías y derechos*, permitiéndole a cualquiera de las partes a promover con éxito su posición reivindicada, en relación con el objeto del litigio (indiferentemente del modo en cual llamamos esta posición pretensión, derecho, interés legítimo, o situación jurídica). Además del sentido institucional –tener un abogado para realizar el proceso de defensa– el derecho de defensa debe proporcionar los medios, privilegios, derechos o facultades para hacer una defensa efectiva, amplia y exitosa⁸.

Pero el derecho de defensa recibe como reglamentación no solo la protección de la Constitución, sino también de la Ley n.º. 304/2004 con respecto a la organización judicial, del código de procedimiento penal y del código de procedimiento civil. Merece mostrar que es considerado, sobre todo, como un derecho procesal, y no como un derecho substancial.

Las disposiciones del art. 15 de la Ley número 304/2004 en cuanto la organización judicial⁹ solo reproducen, en gran medida, las disposiciones de la Constitución, añadiendo un elemento de aclaración: *las partes tienen el derecho de ser representadas, o, en su caso, asistidas, por un defensor elegido o designado de oficio, según la ley*. Este complemento es, sin embargo, importante. Diferencia entre representación y asistencia, de acuerdo con las disposiciones del código de procedimiento civil que no obligan a la parte a ser representada en el juicio, pero obligan al juez a citar a la parte y continuar citándola hasta que se presenta por primera vez al juicio, reglamentando así la institución del plazo en conocimiento¹⁰. Pero nada más.

En lo que concierne los códigos de procedimiento, en el código de procedimiento penal está previsto expresamente garantizar el derecho de defensa, siendo considerado un principio fundamental del derecho procesal penal¹¹. En cuanto el código

⁷ Verse por ejemplo la situación existente en el pleito civil reglamentado por las disposiciones del art. 246 concerniendo a la renuncia al juicio, y el art. 247 concerniendo a la renuncia a un derecho en el código de procedimiento civil.

⁸ Danil MATEI, *Note de curso*, no publicados, p. 17.

⁹ Ley N.º. 304/2004 concerniendo la organización judicial, publicada en el BOE N.º. 827/13.09.2005.

¹⁰ Verse las disposiciones del art. 114¹ y del art. 153 párrafos 1 del código de procedimiento civil.

¹¹ Según el art. 6 y el art. 171-174 del Código de procedimiento penal.

de procedimiento civil actual, existe una sola mención sobre el derecho de defensa, a saber, en el ámbito de las disposiciones del artículo 156, que se refiere al sentido estricto o limitado de la noción de derecho de defensa, a su sentido formal. Con todas estas, disposiciones que garantizan este derecho, incluso en ausencia de una declaración expresa. Una serie de artículos, por ejemplo: 85, 107, 108, 123, 124, 152, 153, 208, 312 o 358³ del código del procedimiento civil *son expresiones* de la garantía del derecho de defensa, en el sentido de que disponen, en varias formas, la imposibilidad de tomar una decisión por la instancia y de continuar el curso del proceso si la parte no conoce con certeza la causa del juicio.

2. El Derecho de defensa en el proceso penal

Como ya mencionamos, el Código del procedimiento penal actual¹² tiene un texto expreso que se refiere al derecho de defensa, titulado *Garantizar el derecho de defensa*¹³: *(1) El derecho de defensa está garantizado al demandado, al inculgado, y a otras partes durante el proceso penal. (2) Durante el proceso penal los órganos judiciales están obligados a asegurar a las partes la total ejercitación de los derechos procesales en las condiciones previstas por la ley y a administrar las pruebas necesarias para defensa. (3) Los órganos judiciales tienen la obligación de informar, inmediatamente y antes de audiencia del demandado o del inculgado, sobre el hecho por lo cual está investigado, la calificación jurídica del mismo y a asegurar la preparación y la ejercitación de la defensa. (4) Cualquier parte tiene el derecho a ser asistida por un defensor durante el juicio penal. (5) Los órganos judiciales tienen la obligación de informar al demandado o al inculgado, antes de tomarse la primera declaración, sobre el derecho a ser asistido por un defensor, consignado esto en el proceso-verbal de audición. En las condiciones y en los casos previstos por la ley, los órganos judiciales están obligadas a tomar medidas para asegurar la asistencia jurídica del demandado o del acusado, si esto no tiene defensor elegido”.*

¹² Vamos a seguir utilizando, para simplificar, el término: el código actual. Debe ser precisado que, actualmente, Rumanía pasa por un periodo de estructuración de la legislación fundamental, preparándose para la entrada en vigor de los cuatros códigos, código civil, código penal, código de procedimiento civil y el código de procedimiento penal, códigos que reforman, a veces desde cero, la actual legislación. Por lo tanto, tanto para el código de procedimiento penal como para el de procedimiento civil, usamos los sintagmas “actual código” y el “nuevo código”, haciendo las menciones correspondientes para cada en parte.

¹³ Nos referimos a las disposiciones del art. 6 del Código de procedimiento penal.

Según el texto del actual código los componentes del derecho de defensa son:

- la obligación procesal de asegurar a las partes¹⁴ la ejercitación total de los derechos procesales;
- la obligación de los órganos judiciales de administrar las pruebas necesarias para defensa, pero también el derecho del acusado de luchar contra la culpa mediante pruebas¹⁵. Esta obligación tiene su correspondencia en el artículo 202 del Código de procedimiento penal, según cual los órganos de enjuiciamiento recopilan las pruebas tanto en favor como en contra del acusado¹⁶;
- la obligación de informar el acusado, *antes de la audiencia e inmediatamente*, del hecho por cual está investigado, la calificación jurídica del hecho y, en relación con esto, darle la posibilidad de prepararse y ejercitar su defensa¹⁷;
- el derecho de tener asistencia por parte de un letrado;
- la obligación de los órganos judiciales de informar al demandado o acusado sobre el derecho a tener un defensor elegido¹⁸, relacionado con la obligación del órgano judicial de curarse sobre la asistencia jurídica, cuando el acusado no tiene defensor, y la defensa es obligatoria¹⁹. En relación con este aspecto, debemos mencionar que, para el inculcado, el código actual dispone en el Art. 171 que la asistencia jurídica es obligatoria cuando el acusado es menor de edad, está ingresado en un centro de educación o instituto médico educativo, cuando está retenido o detenido por otra causa, cuando, en relación con esta, fue dispuesta la medida de seguridad de hospitalizar o de asegurar un tratamiento médico, incluso si lo fue por otra en causa o, durante el juicio, cuando la ley requiere para la infracción cometida el castigo con la prisión de 5 años o más, incluida la cadena perpetua²⁰.

¹⁴ Por partes, según el código actual, queremos decir: la parte demandada, la parte perjudicada civilmente responsable.

¹⁵ Gheorghe DUMITRU, *Derecho procesal penal. Tratado. Parte general, tomo I*, Ed. Confession, 2006, p. 59.

¹⁶ Esta obligación se considera ahora como un derecho fundamental del derecho penal. Ion NEAGU, *op. cit.*, p. 101.

¹⁷ Según el autor de ION NEAGU, esta obligación se considera ahora como un derecho fundamental del derecho penal. Ion NEAGU, *op. cit.*, p. 101.

¹⁸ Según art. 171 párrafo 1 del actual código de procedimiento penal.

¹⁹ Según art. 171 párrafo 4 del actual código de procedimiento penal. También, esta obligación, presentemente esta considerada un principio fundamental de derecho procesal penal. Ion NEAGU, *operas leídas*, p. 101.

²⁰ Según el art. 171 párrafo 3 del actual código de procedimiento penal.

El actual texto pone dos problemas, que lo hace criticable:

- Habla sobre el derecho de defensa del inculpado, pero el enjuiciamiento penal y, especialmente, la etapa de las investigaciones preliminares, puede durar largo tiempo y el órgano de enjuiciamiento puede disponer que la investigación penal no se continúe, a pesar de pruebas abrumadoras; pero, según el texto, la persona investigada en esta etapa no puede ser asistida por un abogado. Del texto resulta que el órgano de investigación penal, cuando el llamado al interrogatorio como autor o persona investigada se presenta con abogado, puede oponerse y no permitir al abogado de ejercitar sus posibilidades de defensa, porque esta persona no está aún acusada o inculpada. El nuevo Código se encarga de mencionar también a otras personas, expresamente nombradas, cuando se presentan con un abogado, puede hacer el oficio de su preparación.
- En el caso en que el enjuiciamiento se iniciara “*in rem*” (es decir, solo con respecto al hecho), aunque el círculo de sospechosos se reduzca a una sola persona, como es el caso de las investigaciones preliminares, ni el código actual, ni el nuevo código de procedimiento penal²¹ han establecido el momento hasta cual se puede adoptar una resolución, en el sentido de constatar si existe o no un acusado en la causa. Un dossier puede permanecer en la etapa de las investigaciones preliminares, para un enjuiciamiento iniciado *in rem*, hasta el último día de cumplir con el plazo de prescripción de la responsabilidad penal, como también el enjuiciamiento penal hecho *in rem* puede ser seguido por el comienzo del enjuiciamiento penal o por la puesta en marcha de la acción penal en el mismo día, con graves consecuencias para el estado de libertad del autor.

En cuanto la asistencia de abogado cualificado, el actual código ha evolucionado el artículo 172, sometiéndolo a sucesivos cambios, así que se puede decir que, actualmente, la prestación que realizan los abogados puede hacerse en condiciones satisfactorias.

Según este texto, se hace distinción entre los derechos del defensor durante el periodo de investigación penal y durante el juicio.

Durante la primera etapa procesal del enjuiciamiento penal, el abogado tiene el derecho de asistir a la realización de cada acto de investigación, puede formular soli-

²¹ Que se llamará, por conveniencia, el Nuevo código. Esta es la Ley Nº. 135/2010, publicado en BOE Nº. 486/15.07.2010.

citades, puede hacer memorias y puede formular querellas, si sus solicitudes no son aceptadas²². Sobre la realización de cualquier acto de investigación penal, el abogado es informado, pero su falta no va a poner dificultades a la realización del acto; si el defensor está presente, entonces, en el acto realizado se va mencionar sobre esto y será firmado también por él²³. Todavía existe una discusión, sobre si el derecho del abogado de asistir a cualquier acto de enjuiciamiento está condicionado a presentar una solicitud para su ejercicio. En otras palabras, el órgano de investigación no está obligado a comunicar en qué acto de enjuiciamiento tiene que actuar el abogado, a menos que se solicite expresamente.

Durante el juicio, el defensor tiene el derecho a asistir al acusado, a ejercitar los derechos procesales al acusado y, cuando el acusado es detenido, tiene el derecho a ponerse en contacto con él²⁴. Observamos que sus derechos durante el juicio no son tan explícitos como en la fase de investigación, pero esto no implica una restricción de ellos, sino un ejercicio de acuerdo con la nueva etapa procesal.

De acuerdo con el difunto profesor Gheorghe Dumitru, los elementos que completan el derecho de defensa para el acusado son la posibilidad ofrecida a estos de no hacer ninguna declaración (derecho a guardar silencio)²⁵, el derecho de cualquier parte de participar a las discusiones, así como el derecho a la ejercitación de cualquier vía de ataque²⁶.

En la opinión del profesor Ion Neagu, el aspecto institucional combinado en un modo indirecto con el derecho de defensa se refleja de tres maneras: la posibilidad de las partes de defenderse durante el juicio penal, la obligación de los órganos judiciales de tener en cuenta de oficio los aspectos favorables para las partes, y también la posibilidad, y, a veces, la obligación de conceder asistencia jurídica durante el proceso penal²⁷. Sobre las últimas dos remitimos a los comentarios anteriores; la

²² Según el art. 172 párrafo 6 del actual código.

²³ Según el art. 172 párrafo 1 y 3 del actual código.

²⁴ Según el art. 172 párrafo del actual código.

²⁵ Este derecho está reglamentado por las disposiciones del art. 70 párrafo 2 del código de procedimiento penal actual y el art. 10 párrafo 4, relacionado con el art. 208 párrafo 6 del nuevo código de procedimiento penal. El derecho a guardar silencio fue definido por George ANTONIU, Costică BULAI, *op. cit.*, p. 300, como siendo: *el derecho concedido al acusado o al inculcado de rechazar responder las preguntas que se le pongan en relación con la acusación. Este derecho se refiere solo a las explicaciones en lo que concierne al hecho investigado y a las circunstancias de la comisión de este, no en cuanto los datos de identificación constituyen una obligación legal.*

²⁶ Gheorghe DUMITRU, *operas leídas* p. 59.

²⁷ Ion NEAGU, *operas leídas* p. 102-103.

posibilidad de las partes para defenderse nos revela, en opinión de Neagu, las modalidades indirectas de ejercitación del derecho de defensa tanto durante el periodo de investigación penal, como el del juicio, revelando su parte sustancial. Así, el acusado participa directamente a la realización de *unos* actos de investigación penal, tales como la investigación del lugar²⁸ o la reconstrucción²⁹ y, en la etapa de juicio, asiste a todos los actos³⁰. El aspecto más importante es aquel concerniente al conocimiento de las pruebas que son recogidas en contra o a favor del acusado. Aunque no haya concluido, parte del periodo de instrucción penal es público, así como en la etapa de juicio, donde todos los actos se hacen “*a la vista*”, al menos, de las partes. Sin embargo, existe un momento durante cual, el órgano de investigación está obligado a revelar todo el material probatorio al inculpado; este es el momento de la presentación del material de enjuiciamiento penal³¹, momento en cual el inculpado conoce todos los detalles que fueron recogidos en su contra o en su defensa, al mismo tiempo, teniendo la posibilidad de hacer nuevas solicitudes que completen el material probatorio y, si el fiscal no admite estas solicitudes, tiene la posibilidad de hacer querellas³². Una situación similar la encontramos también en la etapa del juicio, donde, según el artículo 294, párrafo 2, del actual código, *el acusado, las otras partes y los letrados tienen el derecho a conocer el dossier durante el juicio*. Un momento importante lo constituyen los debates³³, cuando las partes exponen sus conclusiones, solas o por medio de abogados, en lo que concierne a la acusación, insistiendo sobre las pruebas producidas a favor de cada de ellas y luchando contra las pruebas presentadas en su detrimento. Pero, además, al acusado se le concede la última palabra, momento que es exclusivamente suyo, no pudiendo ser interrumpido, no pudiéndose formular preguntas, pero limitándose a hablar solo de su opinión sobre lo sucedido³⁴. Por último, otro momento de la ejercitación del derecho de defensa es la posibilidad ofrecida a las partes de ejercitar las vías de apelación, tanto ordinarias³⁵, como extraordinarias³⁶. Las partes ejercitan las vías de apelación en los límites de la posición procesal que las tengan; así el inculpado, la parte civil y la parte responsable civilmente puedan

²⁸ Según el artículo 129 del actual código.

²⁹ Según el artículo 130 del actual código.

³⁰ Según el artículo 291 del actual código.

³¹ Según los artículos 250-254 del actual código.

³² Según las disposiciones del artículo 275-278¹ del actual código.

³³ Según el artículo 340 del actual código.

³⁴ Según el artículo 341 del actual código.

³⁵ Son consideradas vías ordinarias de ataque: *apelo*, de cual ejercitación fue sustancialmente reducida, por la Ley N° 202/2010 o la Ley de la Pequeña Reforma, publicada en BOE N° 714/26.10.2010, y el *apelo*.

³⁶ Son consideradas vías extraordinarias de apelación: contestación en anulación, revisión y el apelación en el interés de la ley.

apelar la decisión tanto en cuanto la parte penal, como en lo que concierne la parte civil, mientras que la parte perjudicada solo en cuanto la parte penal³⁷.

Desde nuestro punto de vista, también en el sentido sustancial del derecho de defensa y completando lo que hemos presentado anteriormente, queda también la obligación de asegurar un intérprete gratuito para las personas que no conozcan el idioma rumano, para que por medio y con el apoyo de dicha persona el acusado conozca las notas del dossier, se prepare y exponga sus conclusiones³⁸.

El nuevo código de procedimiento³⁹ adoptó esta denominación de “*derecho de defensa*”, reglamentándolo en el art. 10. El título en cual esta introducida la reglamentación se llama *Los Principios y los límites de la aplicación de la ley procesal penal*, que representa una prueba del hecho de que el derecho de defensa está considerado un principio fundamental. La manera de redacción de este derecho-principio en el nuevo código es más elaborada⁴⁰. Se refiere a las mismas modalidades que encontramos también en el artículo 6 del actual código, pero tiene claros elementos de novedad. Según el nuevo código, las partes⁴¹ y los sujetos procesales principales⁴² tienen el derecho de defenderse o de ser asistidos por un abogado, tienen el derecho de tener el tiempo y las facilidades necesarias para preparar la defensa. La diferencia es importante porque permite la concesión legal de un plazo para la preparación de la defensa, hecho que ya admitido en la práctica, pero que no tenía un soporte legal na-

³⁷ Según el artículo 362 Según el artículo. Verse al mismo tiempo las disposiciones del artículo 385² del actual código.

³⁸ Según el artículo 8 del actual código.

³⁹ El Nuevo Código de Procedimiento Penal, que hace el contenido de la Ley N° 135/01.07.2010, publicada en el BOE N° 486/15.07.2010, no ha entrado todavía en vigor, esperándose la redacción y adopción de su ley de aplicación.

⁴⁰ He aquí el texto:“(1) Las partes y los sujetos procesales principales tienen el derecho de defenderse o de ser asistidos por un abogado. (2) las partes, los sujetos procesales principales y el abogado tienen el derecho a tener el tiempo y las facilidades necesarias para la preparación de la defensa. (3) el sospechoso tiene el derecho a ser informado, antes de ser interrogado, sobre el hecho por cual está investigado y el encuadramiento jurídico de esta. El inculpado tiene el derecho de ser informado inmediatamente sobre el hecho por cual fue puesta en marcha la acción penal contra él y el encuadramiento jurídico de esto. (4) Antes de ser interrogados, al sospechoso y al inculpado debe informárseles de que tienen el derecho a no hacer ninguna declaración. (5) Los órganos judiciales tienen la obligación de asegurar la total y efectiva ejercitación del derecho a la defensa por las partes y los sujetos procesales principales durante el pleito penal. (6) el derecho a la defensa debe ser ejercitado con buena fe, según el fin por cual fue reconocido por al ley”.

⁴¹ El nuevo código considera partes al inculpado, a la parte civil y a la parte responsable civilmente.

⁴² Son sujetos procesales principales, en el nuevo código, el sospechoso, que sustituye en el nuevo código, al término y la noción de acusado del actual código, y la parte perjudicada.

cional⁴³, y al mismo tiempo se refiere también a las facilidades necesarias para preparar la defensa, lo que supone el derecho del abogado, de las partes y de los sustitutos procesales a estudiar los documentos del dossier, incluso durante el enjuiciamiento penal. Una disposición similar la encontramos en el código actual: es el derecho del sospechoso de ser informado, *antes* de ser escuchado, sobre el hecho por el que está siendo investigado y de su calificación jurídica; también, el inculpado, conforme con el artículo 10 párrafo 3 del nuevo código, tiene el derecho de ser informado *inmediatamente* sobre el hecho por cual se ha puesto en marcha la acción penal en su contra y la calificación jurídica de esta. Una adición importante es aquella según la cual, tanto al sospechoso como al inculpado, los órganos judiciales deben precisarles, antes de la audiencia, que tienen el derecho a no hacer ninguna declaración. Esta mención existe en el código actual, pero por su aplazamiento en el artículo 10 párrafo 4, se convierte en una expresión clara del derecho de defensa. Aunque el texto del artículo 10 del nuevo código impone una serie de obligaciones para que los órganos judiciales permitan ejercitar de una manera integral el derecho de defensa, llama la atención para que aquellos en favor de los cuales este texto legal fue dispuesto lo ejerciten de buena fe, según el propósito para el cual fue reconocido por la ley⁴⁴.

Aunque las reglas del nuevo código se han mejorado, el texto presenta una falta, en el sentido de que no se dice en la audiencia del delincuente, antes de tener la calidad de sospechoso o de inculpado, que pueda hacerse en la presencia de un abogado. Nuestra experiencia de abogados nos ha demostrado que el organismo de enjuiciamiento penal “se cumple” cuando se puede tomar la primera declaración sin abogado. A menudo, el acusado, antes de tener la cualidad de sospechoso o de inculpado no realiza la trampa de unas preguntas; aquí no nos referimos a los infractores patentados, sino sólo a aquellos cuyas acciones están en el límite entre civil y penales o comercial y penal.

Del análisis realizado hasta ahora a las disposiciones de la legislación interna, se deduce que el acento se coloca principalmente sobre el derecho de defensa del acusado/sospechoso y del inculpado. Las otras partes no parecen ser en su totalidad descuidadas por el legislador, si estamos hablando del código actual o del nuevo Código de Procedimiento Penal; sin embargo, no podemos dejar de notar la especial atención que se presta a esta parte con respecto a su derecho de defensa. Es, por una parte, natural, porque aquel que ha sufrido más y es en relación con quien pesa la comisión de un delito o violación de la ley penal sobre quienes se pueden cometer

⁴³ Se pueden invocar las disposiciones del artículo 6 de la Convención Europea de los Derechos Humanos.

⁴⁴ Según el artículo 10 párrafo 6 del nuevo código de procedimiento penal.

mayores abusos, y menos sobre la víctima, constituida ya como parte perjudicada, ya como parte civil, en el proceso penal y la cual se beneficia, a veces, de la “caricia” del alma del órgano judicial. Pero, por otra parte, la realización de una desproporción obvia de reglamentación entre una y otra parte, desde la perspectiva del derecho de defensa no debe hacerse. Inclinar la balanza a favor del acusado, por ser más vulnerable, no es necesariamente un acto de justicia; y lo mismo puede decirse sobre las concesiones excesivas a la parte perjudicada o civil. Por lo tanto, creer y mantener un equilibrio de “atención” por parte de los órganos judiciales y de reglamentación por la parte del legislador parece una actitud justa. Desde este punto de vista, el nuevo código de procedimiento penal es más adecuado para cumplir esta delicada tarea.

3. El derecho de defensa en el proceso civil

Aunque en el *procedimiento civil* la intensidad del principio es más reducida y su carácter es esencialmente facultativo, su presencia es incontestable. Las partes usan este atributo, bajo sus dos aspectos, material y formal. Lo confirma también la preocupación del Código de procedimiento civil para la posibilidad de asegurar la asistencia judicial gratuita. Así, refiriéndose al carácter formal del principio, debe mostrar que en el proceso civil, la asistencia judicial no es obligatoria, las partes están libres a elegir cómo pueden ser mejor defendidos sus intereses legítimos. Así, por la perspectiva del principio tratado, según el artículo 75 párrafos 1 punto 2 códigos procedimiento civil, la asistencia judicial contiene: “*defensa y asistencia gratuita, a través de un letrado delegado por el Colegio de Abogados*”. En las condiciones que la parte no puede soportar los gastos de una defensa especializada⁴⁵, puede recibir, a petición, asistencia judicial gratuita, siendo asimilada a la asistencia judicial de oficio concedida en el proceso penal.

La preparación de una *buena defensa* significa, más allá del empleo de un defensor, el ejercicio de todas las posibilidades conferidas por la ley (posibilidad de formular acción y de modificarla, la posibilidad de obtener aplazamientos, la posibilidad de proponer pruebas o de alzar excepciones así como de utilizar otros medios procesales para asegurar a la parte la preparación necesaria y el sostenimiento de la causa, todos estos de acuerdo con otro principio que gobierna la materia, el de disponibilidad)⁴⁶.

⁴⁵ Verse el artículo 74 del Código de procedimiento civil: “*aquel que no es apto de soportar los gastos de un juicio, sin perjudicar su propio mantenimiento o de su familia, puede solicitar asistencias judiciales*”.

⁴⁶ Para una aproximación de natura monográfica de la problema, ver Gheorghe FLOREA, *Defensa en el juicio civil – garantías procesales*, Editorial Universul Juridic, 2006.

En el *Nuevo Código de Procedimiento Civil*⁴⁷, el *derecho de defensa* está garantizado, siendo considerado como un principio del proceso civil, junto con otros importantes principios. Consagrado como un principio, se beneficia de una doble calificación. Por una parte, el derecho de defensa, como cualquier principio, es una premisa desde cual inicia la obra del reglamento y constituye la base del nuevo edificio normativo. Por otra parte, viene a ser un imperativo al que debe responder toda la economía de la reglamentación. La nueva sistematización dada por el Nuevo Código al procedimiento civil confiere a los principios del procedimiento civil un espacio de reglamentación incluso en el título preliminar, titulado *El campo de reglamentación del Código de procedimiento civil y los principios fundamentales del proceso civil* –Capítulo II titulado *Principios fundamentales del proceso civil* (artículos 5-23). Teniendo en cuenta que, en la actual reglamentación, la problemática de los principios del proceso civil no es objeto de una reglamentación unitaria y expresa en el contenido del código, el nuevo texto viene a remediar esta falta, que ha sido señalada a menudo. Se muestra así que, si hasta ahora, los principios del proceso civil estaban en gran parte derivados de la reglamentación constitucional, por la interpretación de unos textos encontrados en varios libros del Código de procedimiento civil, siendo más una creación doctrinaria, sancionada jurisprudencialmente, que un acto de voluntad expresa del legislador, el Nuevo Código realiza la fijación de estos principios configurados en tiempo.

La nueva forma del Código de procedimiento civil ofrece un espacio de reglamentación a quince principios fundamentales para el procedimiento civil, unos clásicos, en su mayoría ya consagrados constitucionalmente o/y al nivel de los documentos internacionales con significación para el derecho interno, otros consagrados en la doctrina y confirmadas por jurisprudencia. Con fidelidad por el orden de los textos, los principios reglamentados son el derecho a un proceso justo, en plazo óptimo y previsible (art. 6); celeridad (art.6); legalidad (art.7); igualdad (art.8); el derecho de disposición de las partes (art.9); buena fe (art. 12); *el derecho de defensa* (art. 13); contradicción (art. 14); oralidad (art. 15); intermediación (art. 16); publicidad (art. 17); idioma del desarrollo del juicio (art. 18); continuidad (art. 19); el rol del juez para encontrar la verdad (art. 22); el debido respeto por la justicia (art. 23).

El texto del Nuevo Código de procedimiento civil confirma así el carácter común del principio y su presencia en ambos procedimientos públicos siendo evidente. Los ámbitos de la defensa en el juicio, la formal y la material, son claros en la propuesta de reglamentación del Nuevo Código de Procedimiento civil.

⁴⁷ El Nuevo Código de Procedimiento Civil esta reglamentado por la Ley N° 134/15.07.2010, publicada en BOE N° 485/15.07.2010.

Así, las siguientes disposiciones del texto establecen los derechos de las partes que “*durante el proceso, de ser representadas o, depende del caso, asistidas en condiciones de la ley. En apelación, las solicitudes y las conclusiones de las partes no pueden ser formuladas y sostenidas solo por un letrado o, en su caso, por un consejero jurídico*” (art.13 párrafo 2)⁴⁸. Al mismo tiempo, “*a las partes se le asegura la posibilidad de participar en todas etapas de desarrollo del proceso. Ellas pueden ser informadas sobre el contenido del expediente, proponer pruebas, hacer su defensa, presentar sus sostenimientos en escrito y oral y ejercitar las vías de apelación legales, con el respecto de las condiciones previstas por la ley*”.

Así, bajo el aspecto *formal*, las partes tienen el derecho de ser representadas o, en su caso, asistidas en las condiciones legales. Bajo aspecto *material*, a las partes se le asegura la posibilidad de participar en todas las etapas de desarrollo del proceso. Pueden ser informadas sobre el contenido del dossier, proponer pruebas, hacer sus defensas, presentar sus sostenimientos en escrito y oral, y ejercitar las vías legales de apelación, con respecto de las condiciones previstas por la ley⁴⁹.

El texto que impone el derecho de defensa como un principio fundamental se concluye con una disposición en cuanto a la posibilidad de la instancia de disponer la presentación personal de las partes, aun cuando estas son representadas (art. 13 (4)), previsión que puede ser interpretada no en los términos de una obligación procesal de la parte, sino en el sentido de un beneficio que la instancia confiere a esta.

4. Análisis del derecho de defensa por la prisma de jurisprudencia CEDO en contra de Rumanía

La promulgación del derecho de defensa es un hecho de nuestra legislación, no sólo interna sino también del derecho internacional o europeo. Saliendo de las disposiciones constitucionales de los artículos 11 y 20, que consagran la prioridad del derecho internacional en relación con la legislación interior, si esta se refiere a los derechos fundamentales humanos, con la excepción de la situación en cual la legislación interna sería mas permisible, añadimos que el derecho de defensa está previsto también en el artículo 6, párrafo 3, de la Convención Europea de los Derechos

⁴⁸ Excepto en caso de que la parte o su mandatario, esposo o pariente hasta el segundo grado, incluido este, esté licenciada en derecho.

⁴⁹ Para un punto de vista crítico, ver Gheorghe DOBRICAN, *Los principios fundamentales del pleito civil en el proyecto del Código de Procedimiento Civil*, publicado *on-line* en fecha de 19 Junio 2009.

Humanos, en el art. 48 párrafo 2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General ONU por la Resolución 217 (III) del 10 de Diciembre de 1948 o en el art. 14 punto 3 letra d) del Pacto internacional concerniendo los derechos civiles y políticos⁵⁰.

El más elaborado documento internacional concerniente al derecho de defensa es la *Convención Europea de los Derechos Humanos*, que en las disposiciones del artículo 6 punto 3 enuncia los derechos mínimos del acusado:

- el de presentársele la acusación, en su totalidad, en un idioma conocido;
- asegurarle el tiempo y las facilidades necesarias a su defensa;
- defenderse por sí mismo o ser asistido por un defensor elegido por él o asegurársele un defensor de oficio;
- el derecho de preguntar los testigos de la acusación, de beneficiarse de su interrogación directa;
- de proponer y beneficiarse del interrogatorio de testigos que sostengan su posición, en las mismas condiciones que los testigos de la acusación;
- el inculpado tiene derecho a tener un intérprete que sea pagado por el Estado que inicia el proceso.

En “la protección” de esta disposición de la Convención Europea de los Derechos Humanos, la Corte se pronunció varias veces. Así, en la causa *Pantea contra Rumanía* del 03.06.2003, el demandante se quejó de que no había recibido asistencia jurídica con la ocasión de la primera declaración que le fue tomada en la etapa de enjuiciamiento penal. La Corte mostró, en un comentario que, así como había ordenado en otras causas, (*Imbrosia contra Suiza* del 24.11.1993 y *Murray contra Reino Unido* del 28.10.1994), el derecho de defensa se ejercita también durante el enjuiciamiento penal, porque, incluso cuando está en una etapa del proceso penal (n.n.), representa un elemento de la noción de proceso justo en el proceso penal, por lo cual puede jugar un papel importante en la medida en que su no respeto inicial podría comprometer el carácter justo del proceso. Con todo esto, para establecer si las exigencias del artículo 6, párrafo 3, de la Convención Europea de los Derechos

⁵⁰ El pacto fue adoptado por la Resolución del Asamblea General de ONU N° 2200 A (XXI), y entro en vigor el 23 de marzo de 1976. Fue ratificada por Rumanía por el Decreto N° 212/1974, publicado en BOE N° 146/20.11.1974.

Humanos han sido respetadas, es necesario conocer las particularidades del procedimiento y las circunstancias de la causa⁵¹. También en la causa *Mircea en contra de Rumanía* del 29.03.2007, así como en la causa *Calmanovici contra Rumanía* del 01.07.2008⁵², la Corte afirmó que se trataba de una violación del derecho de defensa el no interrogar al acusado, aunque en ese momento no había obligación legal de la antigua Corte Suprema de Justicia⁵³ de hacer esto⁵⁴. En otro caso, en la causa *Anghel contra Rumanía*, del 04 de Octubre de 2007, la Corte considero que existía una violación del derecho de defensa porque una instancia rumana, el Juzgado de Pucioasa, concedió prioridad a las declaraciones de dos testigos, sin intentar a interrogar otras personas presentes en el incidente objeto de la causa y por cual se quejó el señor Anghel. También, aunque el demandante interrogó a sus testigos, la instancia no tuvo en cuenta y eliminó las declaraciones porque razón no las consideró creíbles. Otra situación que se ha teniendo en cuenta en la Corte es una violación del derecho de defensa que se produjo en la causa *Gaga contra Rumanía del 25.03.2008*, causa en la cual un inculpado fue condenado en rebeldía, y el abogado de oficio ante la ex CSJ., no conoció ni el dossier, ni a la persona acusada, y no ha tenido ningún plazo para preparar su defensa, porque la apelación fue juzgada en un solo plazo, así que la defensa no pudo ser considerada eficiente y adecuada. En la misma causa se mostró que la notificación de una persona por citación sobre el desarrollo del procedimiento penal en su contra es un acto jurídico de una gran importancia, de manera que esta citación debe cumplir las condiciones de fondo y de forma para garantizar el derecho efectivo de defensa del inculpado, y su no cumplimiento representa una violación del artículo 6, párrafo 3, de la Convención.

⁵¹ Beatrice RAMASCANU, *Jurisprudencia CEDO en las causas en contra de Rumanía –colección de sentencias para los exámenes de admisión y promoción en magistratur–*, edición segunda, Ed. Hamangiu, Bucarest, 2009, p. 178.

⁵² Ídem, pp. 954-955.

⁵³ Presentemente la Tribunal Superior de Casación y Justicia de Rumanía. Verse el site www.scj.ro.

⁵⁴ Ídem, p. 774-775.