

SOBRE EL DERECHO DE DEFENSA: CUESTIONES GENERALES*

Víctor Moreno Catena

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Carlos III de Madrid

Sumario: 1. El derecho de defensa. 2. La defensa penal y los derechos fundamentales “a la defensa y a la asistencia de abogado”. La indefensión material. 3. El derecho de defensa y la información sobre la acusación. 4. El momento inicial para el ejercicio del derecho de defensa. 5. El derecho del imputado a defenderse por sí mismo. 6. El derecho a la asistencia de Abogado. 7. Las relaciones del imputado con su abogado defensor y la confidencialidad. 8. Las excepciones en el derecho de defensa. A. En la detención policial incomunicada. B. En la detención judicial incomunicada. C. En la prisión provisional incomunicada. D. El argumento de la proporcionalidad de la medida. Nota bibliográfica

1. EL DERECHO DE DEFENSA

El derecho de defensa es uno de los derechos fundamentales que se hallan reconocidos en todas las Constituciones y en todos los textos sobre derechos humanos. Aun cuando normalmente se pone el acento en el derecho de defensa que asiste a la parte pasiva en un proceso penal, eso no quita para que el derecho deba salvaguardarse en cualquier orden jurisdiccional.

Como el proceso es una relación que se entabla entre el juez, a quien se pide la resolución de un conflicto, y los litigantes, que ocupan las posiciones activa y pasiva, del sujeto que pide y contra quien se pide, el derecho fundamental a un proceso justo ampara a todo el que acuda o sea llamado ante un tribunal de justicia. El derecho a un proceso justo, aunque conectado

en su finalidad con el derecho a la defensa y no sufrir indefensión, se erige en derecho fundamental autónomo, estructural e instrumental al principio de igualdad de las partes (STC 233/1998, de 1 diciembre, F. 3).

Ahora bien, entre este haz de garantías que integran este derecho se incluyen tanto la norma del artículo 24.1 —que proscribe la indefensión— como la del artículo 24.2 de la Constitución —que reconoce el derecho a la defensa— que protegen estos derechos con independencia del tipo de proceso en donde se actúe, con la finalidad de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción; eso lleva aparejado el deber judicial de evitar desequilibrios e impedir limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas un resultado de indefensión (SSTC 152/2000, de 12 de junio, F. 3,

* Este artículo es fruto del trabajo correspondiente al Proyecto de Investigación del Programa Nacional, dirigido por el autor como IP, financiado por el Ministerio de Cultura e Innovación, DER2008-06178 “Las privaciones de libertad en los procesos por terrorismo”.

211/2003, de 1 de diciembre, F. 6, 18/2006, de 30 de enero, F. 2).

Así lo han considerado también los tribunales del resto de los órdenes jurisdiccionales, garantizando naturalmente estos derechos fundamentales en los procesos que se siguen ante ellos, y aplicándolos en relación con el derecho a utilizar los medios de prueba (v.gr., SSTS Civil 530/2009, de 9 julio —RJ 2009\4462—, o de 8 julio 1998 —RJ 1988\10371—, o la STEDH de 15 octubre 2002 —caso Cañete de Goñi contra España— en relación con un proceso contencioso-administrativo).

El derecho de defensa reconoce así una doble vertiente. De un lado, la del sujeto activo en el proceso, el demandante —en los procesos civiles o mercantiles, contencioso-administrativos o sociales— o el acusador en los procesos penales, que se concreta en el derecho a la tutela judicial efectiva, de modo que el ordenamiento jurídico le proporcione un cauce adecuado para sostener su pretensión ante los tribunales de justicia cuando considere que su derecho ha sido desconocido, discutido o vulnerado, o que encuentre respuesta procesal siempre que esté legitimado para ejercer una acusación contra la persona que considere responsable de una infracción penal. A esta protección parece responder la consagración constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1, si bien, como luego se dirá, presenta una lectura general que permite amparar en aplicación de esta norma la protección frente a toda clase de indefensión.

De otro lado, la del sujeto pasivo, de la parte del demandado o del acusado, que debe tener medios para reaccionar frente a la agresión que representa el inicio de un proceso contra él. A esta última parece referirse la Constitución cuando reconoce el derecho a la defensa en el artículo 24.2.

En ambos casos, debe entenderse proscrita la indefensión, de modo que las partes no se vean constreñidas en su actuación ante los tribunales ni se les impida, de manera directa o indirecta, sostener sus pretensiones para lograr la tutela efectiva de sus derechos o, desde el punto de vista del sujeto pasivo, que no se les

impida utilizar todos los medios jurídicos para resistir la posición actora, así como contrarrestar o neutralizar las posiciones planteadas por el demandante o el acusador.

El derecho fundamental de defensa, así entendido, incorpora un doble mandato: un mandato al legislador, que debe remover todos los obstáculos que pudieran impedir o disminuir la eficacia de la actuación procesal de las partes para lograr los legítimos fines que cada una de ellas sostenga, resultando entonces inconstitucionales las trabas que la ley pudiera llegar a establecer a estos efectos, siempre que no respondan a las exigencias del propio desarrollo del proceso o del respeto a otros derechos fundamentales. Pero también incorpora un mandato a los intérpretes de la ley, a los jueces y magistrados ordinarios, que han de entender y aplicar las normas legales en el sentido más favorable a los fines de la defensa de los derechos de los ciudadanos en el proceso.

Con todo, siendo esencial la salvaguarda de los derechos de la parte actora en el proceso, la defensa se ha entendido tradicionalmente desde la perspectiva del sujeto pasivo, como reacción a la agresión que supone el ejercicio de la acción ante los tribunales.

Sin embargo, tradicionalmente no se ha prestado excesiva atención al derecho de defensa en los procesos civiles y mercantiles, seguramente porque en ellos se ventilan derechos disponibles, sobre todo de contenido patrimonial, en los que siempre se respetó el principio de contradicción. Lo propio sucedía en los procesos sobre derechos de las personas (tanto en los que afectaban a la capacidad como en los referidos a cuestiones matrimoniales, entre otros), en los que se hizo intervenir a un órgano público en la posición de defensa de la ley, pero también en defensa de la parte demandada, que comúnmente venía a ser la parte más débil. Por todo ello, en los procesos sobre derecho privado puede decirse que junto al principio de contradicción se ha venido respetando también el principio de igualdad y, por eso mismo, no se ha puesto en cuestión la garantía del derecho de defensa o, dicho en otros términos, no se ha considerado

el derecho de defensa como un problema vivo en los procesos seguidos ante los tribunales de este orden jurisdiccional.

Comoquiera que los principios y el esquema del proceso civil se trasladó luego a los procesos seguidos ante los tribunales de los órdenes contencioso-administrativos o social, creados en el siglo XX, tampoco se han generado grandes discusiones sobre el derecho de defensa ni en la teoría ni en la práctica, pues la parte más débil precisamente suele aparecer en la posición de parte actora (sea como administrado, sea como trabajador) de modo que los problemas se vuelcan más hacia esa posición procesal; las cuestiones que crean mayores dificultades son las relativas al acceso a los tribunales y a la falta de cumplimiento de las sentencias condenatorias debido a la pasividad o a las trabas de la Administración Pública.

Sin embargo, el derecho de defensa en el proceso penal ha sido desde el Iluminismo y la Revolución Francesa un problema de enorme relevancia tanto desde el punto de vista doctrinal como en su salvaguarda práctica. Porque el proceso penal es el único instrumento para actuar el Derecho penal, el poder de coacción estatal para sancionar ciertas conductas tipificadas como delitos, y a este instrumento han de someterse tanto el Estado, que no puede imponer un castigo si no es a través de un proceso judicial y de una sentencia, como el ciudadano, quien no puede renunciar a las garantías jurisdiccionales para autoimponerse una pena sin pasar por el proceso. Sin embargo en épocas históricas anteriores el proceso penal inquisitivo —en el que no cabía reconocer siquiera la forma de un proceso al no existir verdaderas partes procesales que sustentaran posiciones contrapuestas— desconocía enteramente el derecho de defensa, pues el investigado era el mero objeto del procedimiento.

Fue con el nuevo marco normativo español, representado por la Ley de enjuiciamiento criminal de 14 de septiembre de 1882, cuando se incorporaron a nuestro país las grandes líneas del modelo procesal penal que desde 1808 había estado rigiendo en Francia, con la aprobación del Code d'instruction criminelle,

y desde donde se había exportado al resto de los países del continente.

Con este texto legal —y desde su antecedente, la Ley provisional de enjuiciamiento criminal de 1872— se asumieron los principios básicos del moderno proceso penal, introduciendo las normas reguladoras de un modelo de justicia escrupulosamente respetuoso con los postulados del liberalismo más exquisito y, por tanto, con el respeto a las garantías de la persona sometida a enjuiciamiento así como la misma idea de proceso, pues desde entonces puede efectivamente hablarse de la existencia de un juez y de unas partes.

En este marco normativo el imputado, que tradicionalmente había sido considerado como un mero objeto del proceso, pasó a ser su protagonista, y podía intervenir en las actuaciones desde el momento en que el instructor formulara una imputación, teniendo como guía prioritaria el reconocimiento y la salvaguarda del derecho a la libertad de los individuos y el respeto por la dignidad de la persona.

Al propio tiempo, se distinguieron de un modo nítido la función de acusar, que se atribuyó al Ministerio Fiscal, y las funciones de investigación y de enjuiciamiento, que se encomendaron a órganos del Poder Judicial.

Finalmente, como consecuencia de haberse importado a la Europa continental el enjuiciamiento por jurado, se hubo de establecer un proceso oral y público, de instancia única, en donde iba a regir el principio de libre valoración de las pruebas, pues no era exigible que los jurados se sujetasen a las complejas normas legales de valoración probatoria entonces vigentes.

Estos elementos lograron romper con la anterior etapa oscurantista de la justicia penal hecha a espaldas del acusado, donde el hecho presuntamente delictivo al que se comenzaba refiriendo el procedimiento penal se convertía en un mero pretexto para someter a investigación y enjuiciamiento toda la vida de una persona.

2. LA DEFENSA PENAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES "A LA DEFENSA Y A LA ASISTENCIA DE ABOGADO". LA INDEFENSIÓN MATERIAL

En el nuevo modelo de enjuiciamiento penal, la persona sometida al procedimiento se coloca en el centro del proceso en vez de seguir representando el papel de un mero objeto de la investigación. El tratamiento del imputado presenta un cambio radical, al trasladar a las leyes procesales los principios básicos de respeto y salvaguarda de los derechos de la persona en el tratamiento que los órganos oficiales le han de dispensar. Y junto con todo ello, se consagran algunos derechos fundamentales de contenido procesal que, como la presunción de inocencia, el derecho a no declarar contra sí mismo o el derecho a la defensa, dan un vuelco definitivo al enjuiciamiento de los delitos.

El gran principio de la libertad individual impregna también las actuaciones procesales y, de acuerdo con él, se establecen los presupuestos para la adopción de las medidas cautelares, poniéndose coto a las ilimitadas facultades de privación de la libertad durante el procedimiento. Y en este orden de cosas, frente a la actuación procesal de la acusación, al ejercicio de la acción penal por las partes acusadoras, la ley procesal inevitablemente ha de reconocer un derecho de signo contrario: el derecho del sujeto pasivo del proceso, del acusado, a intervenir por medio de una adecuada defensa.

Al menos desde que aparece en el procedimiento su consideración como una parte procesal, es decir, desde que el instructor le confiere el estatus de procesado, el imputado tiene derecho a su defensa, lo que se traduce en un haz de derechos instrumentales que van desde el derecho a conocer que se está siguiendo un proceso contra él, al derecho a intervenir activamente en el procedimiento proponiendo las diligencias exculpatorias de investigación que crea convenirle u oponerse a las solicitadas u ordenadas, o al derecho a recurrir cualquier

resolución que le sea desfavorable, así como intervenir en el juicio oral.

Frente al derecho a la acusación se reconoce un derecho de signo contrario: el derecho del acusado a articular una adecuada defensa, a repeler esta agresión que pone en cuestión sus bienes jurídicos más importantes, entre ellos, su libertad.

Con esta perspectiva la Ley establece determinadas garantías para la adecuada tramitación del proceso (como la asistencia de abogado), que se convierten también en garantías de una recta Administración de Justicia para la sociedad y para el imputado; porque, trascendiendo de la simple esfera individual, atañe al interés general que el proceso sea decidido rectamente.

El Estado de Derecho es capaz de someter el uso de la represión a unas garantías que pasan por restringir su propia fuerza coactiva, estableciendo un previo equilibrio de las posiciones procesales de la acusación —aunque se trate de la acusación pública— y de la defensa. Ello supone que el Estado renuncia a colocarse en una posición de "ventaja" dentro del proceso frente al imputado para contrarrestar los cuidados que haya podido procurarse su autor en la preparación de los hechos delictivos, no sólo en el momento del juicio, sino en la fase del procedimiento más cercana a los hechos.

Por lo tanto, puede decirse que la defensa, el derecho de defensa, opera como el factor esencial en donde se sustenta la legitimidad de la acusación y de la sanción penal en el Estado constitucional de Derecho. En efecto, si no se respeta la posición procesal de la defensa, si no se ponen a disposición del imputado los medios jurídicos para oponerse a la parte actora del proceso, de ningún modo cabe sostener que estemos ante un proceso justo; en ese caso la fuerza estatal actuaría sin control, sin contrapeso, imponiéndose unilateralmente como sucediera en la etapa del procedimiento inquisitivo, y todo ello con independencia de que el resultado final pudiera resultar más o menos correcto o acertado.

Las reglas del procedimiento establecidas por el Estado, también el derecho de defensa,

exigen la plena sumisión a dichas reglas por parte de todos los que intervienen en el proceso penal, y ni siquiera para sancionar las agresiones más graves a los bienes jurídicos más relevantes pueden desconocerse estas reglas, de modo que el precio que el Estado de Derecho debe pagar es el acatamiento leal a las garantías procesales.

Con todo, junto al carácter estructural en el marco del debido proceso, la defensa se establece como un verdadero derecho subjetivo, reconocido en favor de la persona imputada en un procedimiento penal, que tiene además rango de derecho fundamental.

En efecto, el artículo 24.1 de la CE termina prohibiendo la indefensión en todo caso, con lo que parece que estaría contemplando la garantía de la defensa dentro del conjunto de garantías que integrarían el contenido esencial del derecho a la jurisdicción, del derecho a la tutela judicial efectiva.

Esta consideración de la defensa —o de la indefensión— como una garantía general, que alcanza y ampara a todas las partes del proceso, intentando evitar que de derecho o de hecho se encuentren impedimentos o dificultades para sostener sus respectivas posiciones, sus argumentos o sus pretensiones, debe compatibilizarse con lo dispuesto en el artículo 24.2 de la CE, que tras el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, comienza disponiendo que “todos tienen derecho a la defensa”, con el fin de establecer el ámbito de actuación de cada uno de esos derechos fundamentales, que se reconocen separadamente, y atribuirles un contenido propio.

Así pues, parece que el artículo 24.1 de la CE está considerando la posición de quien acude a los tribunales de justicia reclamando su actuación, solicitando la tutela de sus derechos o intereses legítimos, pretendiendo evitar con esta cláusula de cierre que las normas procesales o la actividad jurisdiccional le impidan reaccionar y hacer valer sus derechos en el curso del proceso frente a las iniciativas de la contraria o a la intervención del propio juez. Como sostenía la STC 94/2005, de 18 de abril (F. 2), el “derecho a la tutela judicial efectiva

reconocido en el art. 24.1 CE implica, entre sus múltiples manifestaciones, no sólo el derecho de acceso al proceso y a los recursos legalmente previstos, sino también un ajustado sistema de garantías para las partes, entre las que se encuentra el adecuado ejercicio del derecho de defensa, para que puedan hacer valer en el proceso sus derechos e intereses legítimos”.

Por su parte, el artículo 24.2 de la CE reconoce un conjunto de derechos fundamentales de contenido procesal que en la mayoría de los casos son de aplicación exclusiva en el proceso penal, y tratan de establecer las garantías esenciales del imputado que han de respetar los tribunales de este orden jurisdiccional, como baluarte de su libertad. Así sucede con los derechos “a ser informados de la acusación formulada contra ellos”, “a no declarar contra sí mismos”, “a no confesarse culpable” y “a la presunción de inocencia”.

Sin embargo, otro conjunto de derechos fundamentales contemplados en ese artículo 24.2 no son aplicables solamente en el proceso penal, sino que deben respetarse en cualquier orden jurisdiccional, como el “derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley”, “a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías”, “a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa”, así como el derecho “a la defensa y a la asistencia de letrado”.

Claro es que el derecho de defensa cuando se aplica al proceso penal cobra un especial significado, sobre todo porque, a diferencia de lo que sucede en el resto de los órdenes jurisdiccionales, aquí el derecho de defensa se ejerce frente a la acusación, es decir, frente a una imputación de responsabilidad penal que sustenta normalmente un órgano público, el Ministerio Fiscal, y a partir de la cual se está solicitando la imposición del castigo más grave que puede infligir el Estado: una sanción penal.

Esta doble característica, que el titular del derecho de defensa tiene enfrente a la acusación ejercida por una autoridad pública, y que la acusación persigue como resultado del proceso y de la sentencia la imposición de una

pena, marca la gran diferencia entre el derecho a la defensa en el proceso penal y la defensa de los propios derechos o intereses, sea como parte actora o como parte pasiva, en los procesos que se siguen ante otros tribunales.

Conforme sostenía la STC 18/1999, de 22 febrero (F. 3), “el derecho fundamental a la defensa alcanza su máxima intensidad en el ámbito penal por la trascendencia de los intereses en presencia y los principios constitucionales que entran en juego en dicho ámbito, pues no en vano al proceso penal se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema (la imposición de penas criminales) y esta actuación puede implicar una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más “sagrado” de sus derechos fundamentales (recientemente las SSTC 135/1997 y 102/1998)”.

En todo caso, el derecho de defensa se conforma con el respeto de las normas y garantías procesales, siempre que éstas, a su vez, respondan a la finalidad de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción (STC 160/2009, de 29 junio, F. 4).

No obstante, la jurisprudencia constitucional considera que para apreciar la vulneración del derecho fundamental a la defensa no es suficiente el quebrantamiento de las garantías previstas en la ley, sino que se requiere que se produzca una verdadera indefensión material, es decir, que objetivamente se haya dejado al imputado sin la posibilidad de utilizar los medios de defensa legalmente previstos de forma materialmente relevante, provocándole una situación de indefensión, una lesión material del derecho de defensa, precisamente por no observar las garantías previstas en la ley.

Como se sostiene, por todas, en las SSTC 233/2005, de 26 septiembre (F. 10) o 130/2002, de 3 junio (F. 4), para que “una irregularidad procesal o infracción de las normas de procedimiento alcance relevancia constitucional debe producir un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa de quien las denuncie”, línea seguida en algunos casos por

la Sala Penal del Tribunal Supremo, como en la STS 37/2007, de 1 febrero.

Desde la STC 48/1984, de 4 abril (F. 1), el TC destacó, por un lado, que “la idea de indefensión engloba, entendida en un sentido amplio, a todas las demás violaciones de derechos constitucionales que pueden colocarse en el marco del art. 24” y, por otro, que “el concepto jurídico-constitucional de indefensión que el art. 24 de la Constitución permite y obliga a construir, no tiene por qué coincidir enteramente con la figura jurídico-procesal de la indefensión... La conclusión que hay que sacar de ello es doble: por una parte, que no toda infracción de normas procesales se convierte por sí sola en indefensión jurídico-constitucional y por ende en violación de lo ordenado por el art. 24 de la Constitución; y, por otra parte, que la calificación de la indefensión con relevancia jurídico-constitucional o con repercusión o trascendencia en el orden constitucional ha de llevarse a cabo con la introducción de factores diferentes del mero respeto o, a la inversa, de la infracción de las normas procesales y del rigor formal del enjuiciamiento”.

Y la STC 48/1986, de 23 abril (F. 1), señaló que “una indefensión constitucionalmente relevante no tiene lugar siempre que se vulneren cualesquiera normas procesales, sino sólo cuando con esa vulneración se aparejan consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella”.

Esta restrictiva interpretación del TC, exigiendo que la indefensión sea siempre materialmente relevante para estimar quebrantado el derecho fundamental, no sólo se aplica respecto de las vulneraciones del artículo 24.1 de la CE, como la omisión del trámite de audiencia (STC 156/2007, de 2 julio, F. 4) o los emplazamientos defectuosos (STC 199/2006, de 3 julio, F. 5), sino, según sostiene la STC 258/2007, de 18 diciembre (F. 3) “específicamente, respecto de derechos expresamente reconocidos en el art. 24.2 CE, como los derechos al juez ordinario predeterminado por la Ley y a la imparcialidad judicial, en relación con las incidencias en las composiciones de los órganos judiciales (por todas, STC 215/2005, de 12 de septiembre, F. 2), o determinadas garantías contenidas en el derecho a un proceso con todas las garantías, como pueden ser la de contradicción en la práctica de diligencias de entrada y registro domiciliario, respecto de su valor probatorio (por todas, STC 219/2006, de 3 de julio, F. 7), o la de intermediación, respecto

de dar por reproducido en juicio las pruebas documentales sin proceder a su lectura (por todas, STC 233/2005, de 26 de septiembre, F. 10”).

En este mismo orden de consideraciones coloca la jurisprudencia constitucional el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa reconocido en el artículo 24.2 de la CE, diciendo que “es especialmente significativo y paradigmático en cuanto a la exigencia de indefensión material”, y requiere también la concurrencia de indefensión material para considerar vulnerado el propio derecho a la defensa (art. 24.2) tanto en los supuestos de denegación del derecho a la asistencia letrada de oficio en los procedimientos penales en que no sea un requisito estructural, como incluso cuando se deniegue el derecho a la “última palabra” al acusado (STC 258/2007, de 18 diciembre, F. 3).

Sin perjuicio de analizar con posterioridad estas manifestaciones del derecho a la defensa, lo cierto es que la exigencia del Tribunal Constitucional de que se haya producido una indefensión material para apreciar la vulneración del derecho fundamental a la defensa es claramente discutible, pues en los tres supuestos se exige la valoración del resultado de indefensión después de que se haya producido indudablemente la real y efectiva vulneración del derecho —por haberse impedido la prueba, por haberse negado la asistencia de abogado de oficio o por no haberse concedido la “última palabra”—.

Por consiguiente, estamos ante una genuina infracción del derecho fundamental, y aunque podría justificarse que la jurisdicción constitucional, por su naturaleza e intervención en el amparo, o por su carga de trabajo, rechazara a limine la demanda de amparo si no se hubiera producido una verdadera indefensión material, de ningún modo cabe sostener que la vulneración no tuvo lugar, aunque de ella no haya derivado directamente el vencimiento en el proceso y la indefensión, porque el titular del derecho de defensa cuando invoca la vulneración del derecho es cuando ha sido condenado.

Sea como fuere, la doctrina constitucional que constriñe el contenido esencial del derecho fundamental a la defensa y su ámbito de protección a las infracciones procesales sólo cuando se haya producido al propio tiempo una indefensión material, está trasladando a la actividad de la jurisdicción ordinaria un principio de actuación que se refleja a diario en la práctica forense: con mucha frecuencia se considera que las normas procesales ordinarias son enteramente irrelevantes, y su infracción no puede ser sancionada, salvo que provoque efectiva indefensión.

Este modo de proceder de los tribunales ordinarios, que se desentiende de los derechos y garantías procesales, produzcan o no indefensión material, tampoco se ataja por la vía de aplicar el derecho a un proceso con todas las garantías, porque, al igual que sucede con el derecho a la defensa, si el olvido o la inaplicación de esas garantías no han dañado materialmente a la parte procesal, tampoco va a considerarse constitucionalmente relevante por el Tribunal Constitucional.

En esta misma línea se ha producido la reforma en materia de nulidades procesales en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 225.3º), y en la LOPJ (art. 238.3º LOPJ, redactado por la LO 19/2003). Según lo dispuesto en ambas leyes los actos procesales serán nulos de pleno derecho cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, “haya podido producirse indefensión”; sin embargo en la primitiva redacción del art. 238.3º LOPJ se ordenaba la nulidad “...siempre que efectivamente se haya producido indefensión”. Este cambio de redacción supone, a mi entender, un cambio en la formulación del “juicio de incidencia”, que no se corresponde con la doctrina del Tribunal Constitucional cuando exige que la limitación del derecho de defensa cause un perjuicio real y efectivo. El juicio de indefensión es un juicio hipotético y “a posteriori”, y dentro de sus posibles formulaciones es conveniente optar por la aplicación de un “juicio de probabilidad de la incidencia”, lo que es acorde con las funciones judiciales de instrucción, enjuiciamiento y decisión

del proceso, actividades que permiten valorar el mayor o menor fundamento de la defensa esgrimida y su posible incidencia en el fallo, por mucho que el Tribunal Constitucional siga aplicando un “juicio de certeza de la no incidencia” o, lo que es lo mismo, que no hay indefensión si se tiene la certeza de que el resultado habría sido el mismo, apartándose de otra línea jurisprudencial donde se estima la indefensión cuando “haya podido causar razonablemente un perjuicio al recurrente” (STC 162/1993, de 18 de mayo).

Habría que reclamar, por tanto, más allá del encaje en el ámbito de protección de los derechos fundamentales, pero sobre todo más allá de la decisión de la jurisdicción constitucional de entrar en el examen de todas esas vulneraciones “menores” que la terminarían por colapsar más de lo que ya lo está, el valor para la defensa del respeto de todas las garantías que la ley procesal incorpora.

Es verdad que para eso habría que despojar a la ley de los trámites o actuaciones que sean irrelevantes desde el punto de vista de las garantías para un mejor desarrollo del proceso, y en alguna medida eso se está haciendo en las disposiciones aprobadas en las dos últimas décadas. Pero al mismo tiempo hay que exigir un escrupuloso cumplimiento de las normas procesales, de modo que su infracción lleve aparejada una radical nulidad, y esta medida de expulsar del proceso y de la decisión judicial resulta especialmente oportuna cuando se quiere, con toda razón, modificar en España el modelo de procedimiento penal, atribuyendo la responsabilidad de la investigación de los delitos y de la acusación al Ministerio Fiscal, como luego se razona.

3. EL DERECHO DE DEFENSA Y LA INFORMACIÓN SOBRE LA ACUSACIÓN

El derecho de defensa, que está reconocido como derecho fundamental por la Constitución (art. 24.1: prohibición de indefensión;

art. 24.2: derecho a la defensa), se traduce en una serie de garantías o derechos instrumentales, también de rango constitucional, que configuran, por tanto, un derecho de contenido múltiple: derecho a la asistencia de abogado; a la utilización de los medios de prueba pertinentes; a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, derechos estos dos últimos, como dice la STC 142/2009, de 15 junio, que prestan cobertura al derecho de defensa en su manifestación pasiva, la que se ejerce con la inactividad del imputado.

El titular del derecho de defensa, derecho fundamental inalienable, es el propio imputado, aunque su ejercicio puede llevarse a cabo tanto por él mismo como por su defensor técnico, y a tal fin se reconoce el derecho a hacerse asistir de un abogado. Por consiguiente, el ejercicio de este derecho fundamental se concreta en las actuaciones de la persona que se ve privada de su libertad o la tiene bajo amenaza, precisamente desde el momento en que nace su imputación en relación con unos hechos aparentemente delictivos de la actuación de un órgano público (policía, fiscal o juez instructor). Pero para poder actuar en cualquier forma es requisito imprescindible que el titular del derecho a la defensa pueda conocer la acusación formulada contra él, los hechos que se le imputan.

De lo dicho puede extraerse ya una primera conclusión: el derecho de defensa ha de reconocerse no sólo después de que el instructor haya formado su convicción sobre la responsabilidad del imputado, ni una vez que se haya abierto el juicio y se haya formulado la acusación formal, sino desde el instante en que exista una imputación contra persona determinada.

Porque un elemento capital del moderno proceso penal es el derecho a ser informado de la acusación en todo momento; de este modo se evitan las inquisiciones generales y se impide la actuación secreta e ignorada del aparato estatal, superando el proceso penal inquisitivo, que en su forma más aguda y radical representa la situación de una persona que se sabe sometida a un proceso pero ignora de qué se le acusa.

De la imputación se debe informar inmediatamente, sin que sea legítimo ningún género de demora, ni siquiera para practicar alguna diligencia de investigación que pretendiera corroborar a limine los hechos. Esta comunicación de la imputación consistirá en dar a conocer al imputado, de modo que le sea comprensible (lo que impide tanto las comunicaciones formularias como las que no permitan un cabal entendimiento de aquélla), todos y cada uno de los hechos delictivos que se le atribuyen y están siendo investigados, el sentido de las investigaciones y las posibles consecuencias del proceso penal, ilustrándole de forma suficiente para poder defenderse con eficacia, lo que comprende al propio tiempo la información acerca de todos los derechos que integran la defensa (STC 186/1990).

El derecho a conocer la imputación forma parte del derecho de defensa del imputado para articular una adecuada reacción frente a la imputación, a oponerse a ella y al ataque que representa; porque el derecho de defensa, que es un derecho fundamental inalienable cuyo titular es el imputado, se traduce en una serie de derechos instrumentales, también de rango constitucional: derecho a la asistencia de abogado, a la utilización de los medios de prueba pertinentes, a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpable (art. 24.2).

En España tanto el derecho a la información sobre la imputación, como el derecho a la designación de abogado se han adelantado hasta el momento de la apertura del procedimiento penal, tras la reforma que se aprobó, en paralelo con la elaboración de la Constitución, por la Ley 56/1978, de 5 de diciembre, modificando el artículo 118 de la LECRIM.

4. EL MOMENTO INICIAL PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA

La mera imputación confiere al imputado una serie de derechos de defensa que deben ser escrupulosamente respetados: el derecho a co-

nocer que se está siguiendo una investigación que le apunta como presunto responsable y el derecho a la asistencia de abogado (art. 17.3 CE), derechos que se le deben garantizar también en las investigaciones policiales o en las que desarrolle el Ministerio Fiscal, permitiéndole intervenir en ellas, con independencia de su resultado final.

Desde la reforma del procedimiento abreviado por la Ley 38/2002, el derecho a la información se reconoce no sólo desde el momento de la incoación del procedimiento o desde que el imputado ha sido detenido, sino desde las primeras diligencias realizadas por la policía judicial, con o sin detención (arts. 767 y 771.2ª), por lo que puede decirse que el derecho de defensa se protege y garantiza en nuestro ordenamiento desde el mismo instante en que un órgano público inicia actuaciones de persecución penal contra persona determinada, y debe salvaguardarse a lo largo de todo él. Por eso, el artículo 118 de la LECRIM dispone con acierto que “toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho”.

No faltan, sin embargo, quienes consideran que la presencia de un abogado y, más aún, que se le faculte a éste para intervenir en las diligencias de investigación, representa una grave dificultad, de modo que reclaman que se aparte de la investigación al imputado y a su defensor, sobre todo pensando en un nuevo modelo de procedimiento en el que estuviera encomendada al Ministerio Fiscal esta primera fase.

Se plantea la conveniencia de que el fiscal, al menos en los primeros momentos, pueda dirigir la investigación sin interferencias del imputado o de su defensor, concediendo una especie de prerrogativa a la acusación con la idea de reequilibrar su situación inicial para el descubrimiento del hecho delictivo y la obtención de las fuentes de prueba, ya que los ór-

ganos públicos encargados de la investigación criminal se encontrarían en una clara desventaja respecto del autor del delito, quien se pudo procurar los medios necesarios para impedir u ocultar los elementos probatorios que acreditaran la comisión del hecho o su participación en él.

Como podrá comprenderse, no se compare en absoluto esta solución, que facilitaría evidentemente la labor de investigación, pero lo haría a costa de mermar los derechos que la defensa tiene actualmente reconocidos. Además, introduciría un campo enorme de discrecionalidad en la labor de la policía y del Ministerio Fiscal, de muy difícil control; porque volcados en la eficacia del descubrimiento de los delitos y en el éxito de la acusación penal, faltaría la presencia activa de un órgano que velara por la protección de los derechos fundamentales, sobre todo de los sometidos a investigación, ya que en ese caso la función constitucional del Ministerio Fiscal de promover la acción de la justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos (art. 124.1 CE) estaría muy lejos en este modelo de procedimiento penal que algunos pretenden implantar. Finalmente, esta opción legislativa revelaría una gran debilidad del propio Estado, impotente para descubrir todas las circunstancias de un delito si no es a costa de expulsar del procedimiento al imputado, permitiendo actuar a los investigadores oficiales en secreto, acumulando elementos probatorios de espaldas a la defensa, simplemente porque puede resultar un molesto compañero que fiscalice la actividad de estos órganos públicos en beneficio del imputado.

Claro es que en el derecho comparado se reconocen distintos modelos de investigación penal y en algunos de ellos —señaladamente en el sistema norteamericano— esta labor se realiza sin conocimiento del imputado, pero al propio tiempo esos mismos ordenamientos jurídicos incorporan una serie de mecanismos que sirven de contrapeso al poder inicial de los órganos públicos de investigación, ya que establecen unas reglas estrictas de nulidad, expulsando de las actuaciones los elementos probatorios obtenidos y aportados por la acusación

si no se han respetado escrupulosamente —al milímetro— las garantías del procedimiento. Por otra parte, exigen que toda investigación oficial salga a la luz, y debe hacerlo por completo, con todos los elementos que se hayan manejado de modo que pueda ser controlada y discutida por la defensa, que no se somete pasivamente al trabajo de la policía y del Ministerio Fiscal sino que puede intervenir y cuestionar esa labor. Pero, al propio tiempo, provoca una suerte de privatización del proceso penal, en la medida en que el imputado ha de buscarse por sus propios medios particulares los elementos de descargo y la contradicción de los elementos de cargo presentados por la acusación; esta circunstancia introduce gravísimos desequilibrios en razón de la capacidad económica del imputado, de modo que mientras que las personas con escasos recursos —que son la mayoría de los “clientes” de la justicia penal— han de conformarse con abogados de oficio y con unos limitados medios para poder investigar, unos pocos privilegiados pueden enfrentarse al aparato estatal con un arsenal defensivo suficiente para lograr una absolución, aun en los casos más difíciles. Este desequilibrio intolerable, que sitúa al acusado a las puertas de una segura condena, se mueve con dos vías de escape: de un lado, el sometimiento de todo el material probatorio de cargo a un examen minucioso por parte de la defensa; de otro lado, la negociación con la acusación para lograr el mínimo de condena y evitar el juicio.

5. EL DERECHO DEL IMPUTADO A DEFENDERSE POR SÍ MISMO

El derecho a la defensa debe reconocer como su primera manifestación el derecho a defenderse por sí mismo. Como antes se apuntó, en el proceso penal el titular del derecho fundamental es el imputado, de modo que no puede verse privado de la capacidad de articular la estrategia defensiva que estime conveniente, lo que debe incluir la posibilidad de

actuar en el proceso. Es lo que se llama autodefensa que, si bien no resulta expresamente reconocida como derecho fundamental en la Constitución, rige sin duda en nuestro ordenamiento en la medida en que, con esa naturaleza, se reconoce en el Convenio Europeo de Derechos Humanos a todo acusado el derecho “a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección” (art. 6.3.c), como se reconoce también en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos a toda persona acusada de un delito el derecho “a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección (art. 14.3.d).

El derecho a defenderse por sí mismo, la autodefensa, consiste en la intervención directa y personal del imputado en el proceso, realizando él mismo actuaciones procesales encaminadas a preservar su libertad: impedir la condena u obtener la mínima sanción penal posible.

Sin embargo, a pesar del reconocimiento en los textos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, nuestra Ley procesal penal es extremadamente cicatera en permitir la intervención del imputado a lo largo del procedimiento, puesto que se potencia extraordinariamente el protagonismo y la intervención del abogado en detrimento de la autodefensa, y no se ponen al alcance del imputado los medios necesarios para llevarla a efecto.

Entre las actuaciones procesales que la ley permite realizar al imputado aparecen: la de proponer verbalmente la recusación cuando se encontrara incomunicado; asistir a las diligencias de investigación; nombrar peritos; solicitar ser reconocido a presencia judicial por quienes dirijan cargo contra él; proponer diligencias; proponer prueba anticipada; prestar declaración en el sumario cuantas veces quiera; pedir de palabra la reposición del auto elevando la detención a prisión; prestar conformidad con la calificación más grave, o decir la última palabra en el juicio oral (arts. 58, 333, 336, 350, 356, 368, 396, 400, 471, 501, 655, 689, y 739 LECRIM).

En nuestro sistema procesal penal se viene produciendo un notable desapoderamiento del

derecho a la autodefensa, basculando tanto la ley pero sobre todo la práctica forense a conceder todo el protagonismo del ejercicio de la defensa al abogado, de modo que el proceso se ha convertido en unas actuaciones eminentemente técnicas, cuyo desarrollo el imputado desconoce realmente en un buen número de casos.

Es totalmente inusual que el imputado proponga diligencia alguna en la instrucción, que sería una genuina manifestación de la autodefensa, designe perito o plantee una prueba anticipada, de modo que la única intervención directa del imputado es la prestación de conformidad, como acto de carácter personalísimo, y la última palabra.

No obstante, aun cuando el derecho proclamado con énfasis a defenderse por sí mismo con frecuencia resulta negado a efectos prácticos, ya que para estimar su vulneración la jurisprudencia exige que se haya producido materialmente la indefensión del acusado, lo cierto es que en determinadas circunstancias la jurisprudencia ha sido sensible a su necesaria protección, como cuando el acusado por incapacidad mental no se encontraba en condiciones de ejercitar con eficacia el derecho a la autodefensa, siguiendo con la debida atención las vicisitudes del proceso y haciendo a su abogado y al tribunal las observaciones pertinentes sobre el desarrollo de las pruebas o sobre cualquier otra incidencia o circunstancia que pudiera surgir a lo largo del juicio (STS 669/2006, de 14 junio).

Respecto del derecho a la última palabra, momento procesal en que el acusado, tras las intervenciones de la acusación y de su defensor, podrá manifestar lo que considere oportuno en torno a los hechos por los que se le acusa y en torno a la prueba que se ha practicado en el acto del juicio, haciendo las valoraciones que él mismo, de forma directa y personal, tenga por convenientes para su defensa, completando la intervención de su abogado, o incluso discrepando de él; así lo señala la jurisprudencia constitucional (entre otras muchas, SSTC 181/1994, de 20 junio, 29/1995, de 6 febrero o 143/2001, de 18 junio).

La STC 93/2005, de 20 abril (F. 4), otorgó el amparo solicitado porque el recurrente, que había tenido desde el primer momento en un juicio de faltas la condición de denunciante y denunciado, y expresó su voluntad de defenderse por sí mismo no pudo actuar con este carácter en el acto del juicio, pues “no tuvo ocasión de interrogar a las denunciadas, ni se le dio ocasión de resumir la prueba practicada o formular conclusiones sobre la misma, es decir, no pudo ejercer su autodefensa y participar contradictoriamente en el juicio de faltas como sujeto activo, en su condición de parte. Tampoco pudo ejercer el derecho a la última palabra, que no le fue ofrecido”.

Lo más importante, si cabe, de esta sentencia es que otorga el amparo “aunque la Audiencia Provincial argumenta que no consta que el demandante estuviera indefenso”; es decir, el TC deja de lado el criterio de la “indefensión material” como presupuesto para analizar si se ha producido la vulneración del derecho fundamental a la defensa. Sin embargo, cuando la jurisprudencia constitucional afirma que el derecho “a la última palabra” —o, en general, a defenderse por sí mismo— no tiene un contenido sólo formal o formulario, y exige que se haya producido una efectiva indefensión material para otorgar el amparo —por lo tanto, en la definición del contenido esencial del derecho se estaría comprendiendo como componente previo esa indefensión— (como hace la STC 258/2007, de 18 diciembre, F. 3), el derecho a la autodefensa y su manifestación en el derecho a la última palabra pierden toda razón de ser, pues se ha de argumentar a posteriori, en la demanda de amparo, es decir, mucho tiempo después, tras haber pasado por la apelación o la casación, cuál hubiera sido el contenido de una intervención del acusado al final del juicio que en realidad nunca se produjo, o el contenido del interrogatorio a testigos o a coacusados, o las cuestiones a plantear a un perito en el acto del juicio que nunca tuvieron lugar.

Por su parte, con buen criterio, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado en la sentencia 669/2006, de 14 junio (RJ 2006\4759) que, de acuerdo con su

doctrina de las SSTs de 9 diciembre de 1997 (RJ 1997\8938) y de 5 abril de 2000 (RJ 2000\1445), no se puede suprimir este trámite del plenario sin lesionar gravemente el derecho fundamental a la defensa, de modo que el privarle de la posibilidad de decir la última palabra es motivo suficiente para casar la sentencia.

Por consiguiente, cabe reclamar una efectiva protección del derecho a la autodefensa en el proceso penal, especialmente en los casos en que no viene legalmente exigida la asistencia de abogado, considerando que la posibilidad de ejercitarlo integra el contenido esencial del derecho, de modo que cuando se le priva al imputado del ejercicio de su derecho a la defensa por sí mismo se produce una vulneración del derecho, con independencia o del éxito que pudiera alcanzar su intervención personal. Vincular la existencia de violación con la influencia hipotética que la autodefensa pudiera tener en el resultado del proceso, y con una posible indefensión material, es rebajar el contenido del derecho, permitiendo pasar por encima de la previsión constitucional, pues de esa manera se podría prescindir también de la asistencia de abogado si es que en verdad la indefensión no se hubiera producido, a pesar de haber recaído una sentencia condenatoria.

De la misma manera que el Tribunal Constitucional ha sostenido que “el concepto de secreto tiene un carácter formal, porque se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado” (STC 114/1984, de 29 noviembre, F. 7), ese mismo criterio debe operar cuando se trata de garantizar los derechos de la defensa en el proceso penal.

El respeto por las garantías procesales, máxime cuando se hallan constitucionalizadas, reconocidas como derechos fundamentales, debe analizarse con sumo cuidado y atención en todo caso, pero habrán de respetarse con total escrupulosidad cuando se trata de sentencias penales de condena, sin admitir atajos o exigir requisitos que no derivan ni se exigen en la norma constitucional.

6. EL DERECHO A LA ASISTENCIA DE ABOGADO

Como uno de los derechos instrumentales del más amplio derecho de defensa, se reconoce constitucionalmente el derecho a la asistencia de abogado que se garantiza tanto en las diligencias policiales como en las judiciales (arts. 17.3 y 24.2 CE). Se trata en todo caso de un derecho del defendido, que es su titular, y no del propio abogado, que debe asistirle, que le ha de proporcionar su consejo y sus conocimientos para mejor ejercer el derecho de defensa.

Justamente por su formulación normativa, asistencia, la actuación del defensor no puede entrar en colisión con la voluntad del defendido, ya que el abogado que asume la defensa es un alter ego procesal, algo así como el oído y la boca jurídicas del imputado.

El abogado defensor es llamado a colaborar con el imputado en el ejercicio del unitario derecho de defensa, y con ello se explica que el defensor deba gozar de total autonomía frente al juez y de una autonomía sólo relativa o limitada frente al defendido, porque éste no puede ser despojado o expropiado de su derecho de defensa, ni siquiera en favor de un abogado.

Así pues, el derecho a la asistencia de abogado ha de consistir, primariamente, en la facultad de elección de un abogado de confianza, de hacerse acompañar por el profesional de derecho que el imputado considere más adecuado para ello.

Como sostiene la STC 18/1995, “el derecho a la asistencia letrada, interpretado por imperativo del art. 10.2 de la CE de acuerdo con el art. 6.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas y con el art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es, en principio y ante todo, el derecho a la asistencia de un Letrado de la propia elección del justiciable (STC 216/1988, F. 2), lo que comporta de forma esencial que éste pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y con-

sidere más adecuado para instrumentalizar su propia defensa (SSTC 30/1981, F. 3; 7/1986, F. 2; 12/1993, F. 2)”.

Ahora bien, existen situaciones en que no resulta posible la designación de un abogado de confianza, bien por desconocimiento, bien por imposibilidad momentánea para que el abogado de confianza intervenga, bien por falta de recursos económicos para satisfacer sus honorarios, bien por el rechazo de todo abogado. En tales casos, nuestro sistema procesal prevé la designación de un abogado de oficio, como sustitutivo del mecanismo prioritario, y consiste en la llamada de un abogado a través de un turno establecido por cada Colegio para que se haga cargo de la defensa de un imputado.

Con algunas críticas iniciales, el sistema de asistencia penal se ha ido asentando en nuestro país, y funciona bajo dos premisas introducidas en tiempos relativamente recientes: frente a la antigua intervención en el turno de oficio ad honorem, ahora se retribuye el trabajo de los abogados, por medio de una subvención pública que se entrega a los Colegios de Abogados para su distribución entre los colegiados que intervienen en los distintos “turnos de oficio”; en segundo término, frente a la intervención obligatoria en el turno de oficio para todos los abogados sin excepción, ahora se funciona a base de una incorporación voluntaria, para lo que se exige el cumplimiento de ciertos requisitos de preparación o de aptitud, que pueda incrementar la confianza y la calidad del servicio que se presta.

Se trate de un abogado que goce inicialmente de la confianza del imputado, o de quien viniendo de la designación colegial se haya ganado su papel de defensor o en todo caso deba desempeñar su cometido profesional como tal, es obvio que el abogado viene al procedimiento penal para sostener la posición de inocencia de su defendido u obtener, de acuerdo con la ley, la condena a la pena menos gravosa de las posibles.

La garantía de la defensa por medio de abogado, de la asistencia letrada, debe ser efecti-

va porque, como se sostiene por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “el objetivo primordial del Convenio consiste en proteger derechos no teóricos ni ilusorios, sino concretos y efectivos” (STEDH de 9 octubre 1979, caso Airey), por lo que hay que evitar las renunciaciones o excusas del abogado de oficio que pudiera provocar la falta de asistencia efectiva del defensor al acusado (STEDH de 13 mayo 1980, caso Artico), ya que no se trata de un mero nombramiento de abogado, sino que el Convenio exige la “asistencia” (STEDH de 25 abril 1983, caso Pakelli).

Como señalaba la STEDH de 21 de abril de 1998 (caso Daud c. Portugal), “el nombramiento de un abogado no asegura, por sí mismo, la efectividad de la asistencia que puede proporcionar el acusado” (Sentencia Imbroschia contra Suiza del 24 noviembre 1993, Serie A número 275, p. 13, ap. 38). “No se podría, por lo tanto, imputar a un Estado la responsabilidad de todo incumplimiento de un abogado de oficio (...). De la independencia del Colegio de Abogados con relación al Estado, se desprende que la conducción de la defensa pertenece esencialmente al acusado y a su abogado, nombrado a título de ayuda judicial o retribuido por su cliente. El artículo 6.3, c) sólo obliga a las autoridades nacionales competentes a intervenir si la carencia del abogado de oficio aparece manifiesta o si se les informa de ello suficientemente de alguna otra manera”. (Sentencia Kamasinski contra Austria de 19 diciembre 1989, serie A número 168, p. 33, ap. 65)”.

Pero en nuestra Ley procesal, además del reconocimiento del derecho del imputado de hacerse asistir de un defensor, se configura la defensa técnica como obligatoria en el proceso por delitos (no en el juicio por faltas) desde el momento de la detención o prisión, salvo cuando se persigan hechos delictivos contra la seguridad del tráfico (arts. 520.2.c), 520.5 LECRIM); y también cuando el imputado necesite el consejo del abogado o pretenda interponer algún recurso (art. 118.IV LECRIM). A ello hay que añadir, conforme al art. 767 LECRIM, en sede de procedimiento abrevia-

do, que desde la detención, o desde que de las actuaciones resulte la imputación de un delito contra persona determinada es necesaria la asistencia letrada y debe procederse a la designación de abogado de confianza o de oficio. Eso no quita para que el derecho a la asistencia de abogado, aun no siendo preceptiva, deba garantizarse en todo proceso penal siempre que el imputado lo solicite (STC 212/1998).

Este régimen de asistencia obligatoria de abogado ha de considerarse irreprochable desde el punto de vista constitucional, porque no supone en su formulación (cosa distinta es lo que pueda pasar en la realidad) quebranto alguno del derecho fundamental, aunque tampoco viene exigido por él. La regulación representa una opción legislativa válida, que tiende a salvaguardar mejor el derecho de defensa del imputado; sin embargo, cuando el imputado no quiera defenderse y adopte conscientemente una actitud pasiva y de rechazo de todo abogado (que podría ser en definitiva un medio de defensa), y aún así la ley le impusiera la presencia de un defensor, éste vendría al proceso actuando un legítimo mecanismo de autoprotección del sistema, para que se vean cumplidamente satisfechas las “reglas del juego” de la dialéctica procesal y de la igualdad de las partes, paliando la inferioridad en que pueda encontrarse el imputado por falta de conocimientos técnicos, de experiencia forense, de serenidad, o por imposibilidad física de actuar, funcionando al mismo tiempo como controlador del regular desenvolvimiento del proceso en interés del imputado.

Para determinar el momento a partir del cual resulta obligatoria la intervención del abogado en el proceso, debe distinguirse el supuesto en que el imputado ha sido detenido de aquel otro en que no se ha dispuesto contra él dicha medida cautelar. En el primer caso el abogado de oficio comenzará sus servicios en las diligencias policiales de prevención, puesto que, de conformidad con lo establecido en los arts. 17.3 de la CE y 520 de la LECRIM, la intervención del abogado de oficio es preceptiva en las “diligencias policiales y judiciales”. Si el imputado no estuviere detenido la interven-

ción obligatoria del abogado defensor habrá de producirse a partir del primer interrogatorio judicial, como se desprende de la lectura del art. 775 de la LECRIM y de que, sea cual fuere la actitud del imputado en el primer interrogatorio judicial y la naturaleza de esta diligencia, en la práctica forense ese interrogatorio constituye un “acto de prueba”, y en esa clave es ya imprescindible la plena instauración del contradictorio, por lo que el imputado habrá de necesitar el consejo de su abogado antes de dicho interrogatorio (La STC 186/1990 afirma con rotundidad, y con razón, que el imputado goza del derecho a la asistencia letrada en el interrogatorio judicial que necesariamente ha de tener lugar en la fase de “diligencias previas”). La asistencia de abogado también ha de garantizarse en el interrogatorio que pueda practicar el MF al amparo de lo establecido en el art. 773.2.II de la LECRIM, toda vez que en el mismo “se observarán las mismas garantías señaladas en esta Ley para la prestada ante el Juez o Tribunal”.

Del mismo modo, debiera reclamarse la intervención necesaria del abogado en el supuesto de práctica de prueba anticipada (art. 777.2 LECRIM) y, en todo caso, una vez abierto el juicio oral, tanto si el acusado comparece al juicio, como en el excepcional supuesto de que pueda celebrarse en su ausencia (art. 784 LECRIM).

7. LAS RELACIONES DEL IMPUTADO CON SU ABOGADO DEFENSOR Y LA CONFIDENCIALIDAD

En todo caso, para hacer efectiva la defensa lo primero que ha de hacer el abogado es conocer en toda su extensión los hechos tal y como los conoce y los vivió su defendido, por lo que las comunicaciones y las entrevistas con el abogado representa un elemento nuclear de su función, y resulta asimismo esencial para preparar con su defendido la estrategia defensiva que vayan a seguir en el procedimiento.

De acuerdo con lo que se acaba de manifestar, el secreto de las comunicaciones entre el abogado y el cliente es la piedra angular del derecho de defensa, que se vería traicionado si se intervienen o se descubre el contenido de las confidencias expresadas en esa especial relación, en la que, a diferencia del resto de las comunicaciones que pueda mantener del imputado, representa la confidencia el elemento esencial para el ejercicio de un derecho fundamental, porque es el factor que permite en puridad defenderse por medio de la asistencia de un abogado.

La confidencialidad de las comunicaciones entre el abogado y su defendido, con independencia de su contenido, y aunque pudiera servir a finalidades diferentes de las puramente defensivas, debe respetarse por encima de todo, incluso frente a la eventualidad del abuso (STEDH de 25 marzo 1992, caso Campbell c. Reino Unido, ap. 52), lo que impide todo control sobre las mismas, pues el mero hecho de la intervención afecta al secreto de estas comunicaciones, que se vincula directamente con el derecho de defensa.

Unos meses antes, la STEDH de 2 noviembre 1991, caso S. C. Suiza, ap. 48 había sostenido que “el derecho, para el acusado, de comunicarse con su abogado fuera del alcance del oído de un tercero, figura entre las exigencias elementales de un proceso equitativo en una sociedad democrática y deriva del artículo 6.3 c) del Convenio. Si un abogado no pudiera entrevistarse con su cliente sin tal vigilancia y no pudiera recibir de él instrucciones confidenciales, su asistencia perdería mucha de su utilidad, cuando el fin del Convenio consiste en proteger derechos concretos y efectivos (véase Sentencia Artico de 13 de mayo de 1980, serie A núm. 37, p. 16, ap. 33)”.

Aun cuando reconoce el TEDH que en el ámbito del Convenio Europeo el derecho del acusado a comunicarse sin trabas con su defensor no se consagra en términos concretos, como sucede en algunos Estados miembros y en el Convenio Interamericano de Derechos Humanos (Pacto de San José), se refiere en esta sentencia, por un lado, al enunciado del artí-

culo 93 de las Reglas Mínimas para el trato de los detenidos, anexas a la resolución (73) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que reconoce respecto de la comunicación con el abogado que el inculcado “debe poder preparar y suministrar a éste instrucciones confidenciales, y poder recibirlas de él. Si lo solicita, deben concedérsele todas las facilidades para este fin... Las entrevistas entre el inculcado y su abogado pueden hacerse al alcance de la vista pero no del oído, de manera directa o indirecta, de un funcionario de la policía o del establecimiento”. Por otro lado, reconoce el artículo 3.2.c) del Acuerdo Europeo relativo a las personas que participan en los procedimientos ante la Comisión y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos que los detenidos “tienen el derecho, con respecto a una demanda a la Comisión y a todo procedimiento que resulte de ello, a comunicarse con un abogado admitido para litigar ante los tribunales del país en el que están detenidas y entrevistarse con él sin poder ser escuchados por otras personas”.

No cabe duda, finalmente, de que el derecho de defensa guarda una estrecha relación con los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (que son instrumentales de aquél, STC 142/2009, de 15 junio), y desde esta perspectiva la confidencialidad de las comunicaciones entre los Abogados y sus clientes es básica para garantizar la efectividad real del derecho a no reconocer voluntariamente la culpabilidad, porque se estaría vulnerando el derecho de defensa así como el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable si se pudieran intervenir esas comunicaciones logrando a través de ellas datos, informaciones o noticias perjudiciales para el imputado y en contra de su voluntad, aprovechando la aparente relación de confianza con su abogado.

Por eso no está regulada la intervención de las comunicaciones orales directas habidas entre el defensor y el defendido, como no lo están, además, con carácter general. Tal medida abriría una brecha de vigilancia pública indiscriminada insoportable para la ciudadanía, que sin duda se rebelaría contra ese control que se

cuela en el núcleo más estricto de la intimidad personal. El TEDH de 12 mayo 2000 (caso Khan c. Reino Unido, ap. 26) declara que para no infringir el artículo 8 del CEDH (derecho a la vida privada) la grabación de comunicaciones por medio de aparatos de escucha instalados en un domicilio precisa no sólo de una norma con rango de ley, sino que ésta “debe ser lo suficientemente clara en sus términos como para indicar de forma adecuada las circunstancias y condiciones en las que las autoridades públicas están autorizadas a recurrir a dichas medidas encubiertas”.

Ahora bien, una especial atención merecen las relaciones entre el abogado y el imputado cuando éste se encuentra privado de libertad. Por esa razón, una de las más claras manifestaciones del contenido esencial del derecho a la asistencia de abogado es la entrevista reservada con él, como derecho expresamente reconocido al detenido en el artículo 520.6.c) de la LECRIM para el caso de que el imputado se hallara detenido. La principal crítica que merece esta medida es precisamente que sólo pueda realizarse una vez que haya finalizado la diligencia en que el abogado hubiera intervenido. Por lo tanto, es imprescindible reconocer el derecho a la entrevista con anterioridad a la declaración que la policía pretende que el detenido preste, si no se quiere que padezca la asistencia efectiva del abogado y la credibilidad del sistema penal.

Junto con la situación de privación de libertad de corta duración, el problema se agrava cuando se trate de imputados sometidos a prisión provisional, que deben comunicarse con su letrado en los lugares habilitados para ello por la Administración Penitenciaria (ver el Auto del TSJ Madrid de 25 marzo 2010, que anuló las intervenciones de las comunicaciones habidas entre presos preventivos y sus abogados en el llamado caso Gürtel). La Ley orgánica General Penitenciaria permite que se intervengan las comunicaciones de lo reclusos con sus abogados, pero sólo cuando concurren dos presupuestos acumulativos, como ya había sostenido de modo terminante el Tribunal Constitucional desde la sentencia 183/1994,

de 20 junio: que se trate de delitos de terrorismo y que medie una autorización judicial (art. 51.2 LOGP), compendiando la STS 737/2009, de 6 julio, los requisitos que debe cumplir la resolución judicial.

La STC 58/1998, de 16 marzo (F. 5) razona precisamente en este orden de ideas que

El hondo detrimento que sufre el derecho de defensa a raíz de este tipo de intervenciones, se basa en la peculiar trascendencia instrumental que tiene el ejercicio de este derecho para quien se encuentra privado de libertad y pretende combatir jurídicamente dicha situación o las condiciones en las que se desarrolla. Que dicho detrimento se produce por la intervención de las comunicaciones del preso con su Abogado y por el hecho de que dicha intervención sea administrativa, es algo tan ostensible que no requiere especiales esfuerzos argumentativos, a la vista tanto de la importancia que el secreto de tales comunicaciones tiene para el adecuado diseño de la estrategia defensiva (como subraya el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus Sentencias de 28 de junio de 1984 —como Campbell y Fell contra el Reino Unido—, párrafos 111 y ss.; y de 25 de marzo de 1992 —caso Campbell contra el Reino Unido—, párrafos 46 y s.), lo que demanda las máximas garantías para su limitación, como del hecho de que su objeto puede ser la propia atribución de infracciones penales o administrativas a la Administración penitenciaria. No en vano, “la Ley ha conferido a la intervención de las comunicaciones un carácter excepcional” (STC 179/1996, fundamento jurídico 5º). No en vano, también, es la trascendente incidencia del derecho fundamental a la defensa la que hace que el legislador penitenciario constriña toda intervención de las comunicaciones de los internos con sus Abogados o Procuradores a “los supuestos de terrorismo” y que exija además la garantía judicial (art. 51.2 L.O.G.P.) (STC 183/1994).

Por lo demás, debemos advertir, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia de 25 de marzo de 1992 —caso Campbell contra el Reino Unido—, párrafo 50) y frente a lo que alega el Fiscal, que el peculiar detrimento del derecho de defensa que se deriva de la intervención administrativa de la correspondencia no queda suficientemente paliado por el hecho de que el interno y su Abogado puedan siempre someter sus comunicaciones al régimen de mayores garantías de la comunicación oral presencial, pues será frecuente que dicho tipo de comunicaciones sea de imposible o costosa realización por la distancia que pueda separar el establecimiento penitenciario del lugar en el que el Abogado tiene su despacho profesional.

Claro es que la confidencialidad de las comunicaciones con el Abogado vienen ampa-

radas por el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) tanto orales como por escrito; ello exige, en el caso de tratarse de las que mantenga este profesional con su cliente imputado en un proceso penal, que se hallen especialmente protegidas. En la STEDH de 21 enero 2010 (caso Da Silveira c. Francia), en relación con los registros en los despachos de abogados se señala que si bien se puede prever la posibilidad de registros domiciliarios en ellos, “deben imperativamente estar rodeados de ‘garantías especiales de procedimiento’ (ver, especialmente, Niemietz § 37, Roemen y Schmidt § 69 y André § 42)”.

8. LAS EXCEPCIONES EN EL DERECHO DE DEFENSA

España reconoce constitucionalmente ciertas excepciones en el proceso penal (art. 55.2 CE) cuando se trata del enjuiciamiento de delitos cometidos por bandas armadas o elementos terroristas. Dispone este precepto que “una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”.

En realidad la incorporación de mecanismos singulares para obtener una mejor respuesta en Derecho, una solución más eficaz, contra esa delincuencia, no está exenta de dificultades, pues las normas especiales en el proceso introducen en realidad discriminaciones en el tratamiento de los sujetos que difícilmente pueden sostenerse.

En efecto, debe exigirse del Estado la suficiente solidez como para tratar de la misma manera a todos los que somete al proceso penal. Además, habrá de arbitrar los recursos necesarios para igualar las oportunidades procesales de la acusación con los medios de que dispon-

ga el imputado; supliendo las situaciones de desigualdad que, en algunos casos, poderosas organizaciones criminales puedan introducir en el proceso con recursos propios. Pero todo ello, sin acudir a disposiciones especiales que en ocasiones se justifican solamente por la falta de medios del aparato estatal. Es verdad que la justicia penal moderna es más cara que la expeditiva justicia del *cadí*, y desde luego más costosa que la justicia inquisitiva (en donde se ahorran puestos de trabajo ya que una sola persona asumía todos los papeles procesales). Respetar los derechos fundamentales y no utilizar la tortura para obtener declaraciones de culpabilidad; mantener la presunción de inocencia; obligar a la acusación a probar cada uno de los hechos que fundamentan la responsabilidad penal y consiguientemente el castigo, supone mucho más esfuerzo; pero ese es el precio del sistema democrático, que antepone a la seguridad pública la protección de los derechos individuales y la dignidad de la persona.

La realización del Estado democrático de Derecho exige que los poderes públicos, que ostentan el uso legítimo de la fuerza, se mantengan dentro de los límites de la ley; de modo que cuando su actuación entra en conflicto con el ciudadano, haya un mecanismo de protección de sus derechos frente a los posibles excesos del poder. Por eso, el Poder Judicial está llamado, por encima de otras consideraciones, a garantizar la libertad de los ciudadanos y el libre ejercicio de los derechos.

En nuestro ordenamiento, el tratamiento del fenómeno del terrorismo ha impregnado también el proceso penal, en el que se insertan medidas que excepcionan el normal desenvolvimiento del procedimiento cuando se trata del enjuiciamiento de estos delitos. Sin embargo la excepción constitucional es bien clara: pueden ser suspendidos solamente tres derechos fundamentales: el derecho a que la detención no dure más que el tiempo indispensable para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y el plazo máximo de setenta y dos horas para poner al detenido en libertad o a disposición

de la autoridad judicial; el derecho a la inviolabilidad del domicilio y el derecho al secreto de las comunicaciones.

Pues bien, eso quiere decir sin ninguna duda que no se pueden establecer excepciones a la protección de cualquier otro derecho fundamental, ni siquiera para el esclarecimiento y enjuiciamiento de delitos de terrorismo. Así pues, no existe habilitación constitucional alguna para restringir el derecho fundamental a la defensa del artículo 24.2 de la CE, y el derecho a la asistencia de abogado (arts. 17.3 y 24.2) puesto que no resultan excepcionados para los casos de terrorismo por el artículo 55.2 de la CE. No obstante, la legislación procesal efectivamente los limita.

Aun cuando el derecho a la asistencia de abogado ha de consistir, primariamente, en la facultad de elección de un abogado de confianza, del profesional del derecho que el imputado considere más adecuado (STC 18/1995), esta facultad viene excepcionada en nuestra LECRIM para todos aquellos casos en que se hubiera decretado la incomunicación del detenido o preso (art. 527.a).

La exigencia de la designación de oficio del abogado en estos casos responde al hecho de que en ocasiones se ha utilizado al defensor como un elemento de control o de difusión de órdenes o de informaciones a los elementos de la organización o de la banda en que estuviera integrada la persona privada de libertad. Esta es una solución que se aprobó inicialmente en Alemania con motivo de la persecución de los miembros de la banda Baader-Meinhof y se ha extendido por otros países, entre ellos, España.

Aunque esas circunstancias se hayan producido, y la proximidad del abogado con la organización criminal sea evidente, debe analizarse con sumo cuidado esta medida a la luz de los derechos fundamentales a la asistencia de abogado y a la defensa. En este mismo sentido se pronuncian tanto Amnistía Internacional, como la organización Human Rights Watch, mostrando su preocupación por la limitación del derecho a la libre elección de abogado durante la incomunicación.

Inicialmente resulta difícil aceptar la distinción que plantea el TC entre el derecho a la asistencia de abogado durante la detención en las diligencias tanto policiales como judiciales (art. 17.3 CE), que operaría como una de las garantías del derecho a la libertad, y el derecho a la asistencia de abogado del art. 24.2, que se enmarcaría dentro del derecho a la tutela judicial efectiva con el significado de garantía del proceso debido (SSTC 197/1987 y 7/2004), especialmente del penal (SSTC 21/1981 y 48/1982), y, por tanto, en relación con el “acusado” o “imputado”.

Porque lo cierto es que la formulación constitucional no difiere en ambos casos (asistencia de abogado al detenido, asistencia de letrado), y la esencia del derecho fundamental deriva de la defensa jurídica de la persona contra quien se ha formulado una imputación y frente a quien la ha formulado, sea la policía durante la detención policial, sea un juez si se trata de detención judicial o de prisión provisional.

A. EN LA DETENCIÓN POLICIAL INCOMUNICADA

Conforme se ha apuntado, el TC hace derivar como exigencia constitucional para la situación de detención la mera presencia de abogado, como garante de la libertad del detenido, aunque de ese modo fuerza sin duda la norma constitucional, que no se refiere estrictamente a la presencia sino a la asistencia de abogado, de forma que el TC da validez a la prohibición legal de la designación de un abogado de confianza en los casos en que se acuerde la detención incomunicada, como se previene en el art. 527 de la LECRIM.

Resulta de todo punto inconsistente justificar que en la detención policial la intervención del abogado quede limitada a garantizar el derecho a la libertad del detenido, de modo que el contenido esencial del derecho fundamental del art. 17.3 de la CE se satisfaga con tal que el abogado vele por el cumplimiento de las condiciones y el respeto de los derechos y garantías de la privación de libertad.

El TC sostiene (STC 7/2004, F. 6) que la confianza del detenido en el Abogado que le asiste en su detención (que integra lo que hemos denominado contenido normal del derecho), no se puede afirmar que forme parte del contenido esencial del derecho fundamental, pues “la esencia del derecho del detenido a la asistencia letrada es preciso encontrarla, no en la modalidad de la designación del abogado, sino en la efectividad de la defensa, pues lo que quiere la Constitución es proteger al detenido con la asistencia técnica de un Letrado, que le preste su apoyo moral y ayuda profesional en el momento de su detención y esta finalidad se cumple objetivamente con el nombramiento de un abogado de oficio, el cual garantiza la efectividad de la asistencia de manera equivalente al letrado de libre designación” (STC 196/1987, F. 5).

Así concebido, es indudable que el papel del abogado tendría, con todo, una gran relevancia, pero se estaría lejos de la propia formulación constitucional, porque el abogado no puede convertirse durante la detención en una suerte de convidado de piedra, que dé fe en interés del detenido de las condiciones en que se ha practicado la privación de libertad, aplicando sus conocimientos jurídicos, es decir, una especie de testigo silencioso, con escasa capacidad y posibilidad de intervenir o de recurrir efectivamente contra las razones de la detención.

El derecho fundamental está expresado como derecho a la asistencia del abogado, esto es, derecho a la intervención proactiva de éste en defensa de su patrocinado; porque también durante las diligencias policiales de detención el sometido a esta medida debe tener la garantía de poder articular una estrategia que conduzca no sólo a su más inmediata recuperación de la libertad, sino también a preparar, ante la propia policía y para una eventual puesta a disposición de la autoridad judicial, su defensa no sólo frente a la agresión que supone la detención, sino en el marco del proceso penal al que la detención viene preordenada.

Desde luego que un abogado de oficio, en quien el detenido deposite su confianza, o se resigne a su intervención por falta de medios

económicos o de conocimiento de otro profesional, satisface el derecho fundamental. Sin embargo, no puede seriamente sostenerse que también el derecho se satisface cuando la designación del abogado de oficio se produce porque la ley le impide al detenido que se haga asistir de un abogado de su confianza, y que sea equivalente la asistencia que al detenido le proporciona tanto uno como otro.

B. EN LA DETENCIÓN JUDICIAL INCOMUNICADA

Partiendo de las anteriores consideraciones, mucho menos se puede encontrar justificación a la limitación del contenido esencial del derecho fundamental a la asistencia de abogado, ceñido a la garantía de la libertad, cuando se trata de una detención judicial, es decir, ordenada por el instructor en el curso de un proceso penal abierto.

En efecto, la detención judicial se extiende no sólo a la que sigue inmediatamente a la puesta a disposición judicial del detenido, que en tal caso encontraría una similar justificación que en los supuestos de detención policial, sino que comprendería también a la que derive de las diligencias practicadas por el propio instructor.

Pues bien, cuando el juez ordena la detención de una persona como consecuencia de sus propias actuaciones procesales, es evidente que se debe salvaguardar estrictamente el derecho a la defensa —si se quiere, el derecho a la tutela judicial efectiva en el marco del derecho al debido proceso—, a pesar de que la medida de detención se pretenda encajar en el ámbito del derecho fundamental a la libertad (art. 17.3 CE), porque la medida se adopta por el juez y dentro de un proceso penal, donde en todo caso debe garantizarse sin restricciones el derecho a la defensa frente a las actuaciones judiciales.

C. EN LA PRISIÓN PROVISIONAL INCOMUNICADA

El problema se complica mucho más porque la medida limitativa de la designación de

abogado de confianza, y la exigencia legal de que el abogado sea designado de oficio, viene prevista en el art. 527.a) de la LECRIM en todos los casos en que se decreta la privación de libertad incomunicada; es decir, no sólo cuando se acuerde la detención incomunicada sino también cuando la medida adoptada sea de prisión provisional incomunicada.

Pues bien, precisamente en los supuestos de prisión incomunicada no puede resultar de aplicación la aludida doctrina del TC, y por eso es preciso poner en duda la constitucionalidad de la mencionada medida, al menos respecto de la exigencia legal de que el abogado que debe prestar la asistencia al imputado sea en todo caso designado de oficio.

En efecto, si resulta más que discutible lo que el TC sostiene como contenido del derecho a la asistencia de abogado en la detención, cuando se analiza desde la situación de la prisión provisional no cabe duda alguna de su inconsistencia, máxime si la prisión incomunicada no sigue inmediatamente a una anterior situación de incomunicación y ya que se trata de una medida genuinamente judicial. Porque es evidente que la intervención del abogado cuando su patrocinado se encuentra en esta modalidad de cumplimiento de la prisión provisional, que debe ser ordenada por la autoridad judicial en el curso de un proceso penal abierto por delito grave, no se produce como garantía de su libertad, en el marco del art. 17 de la CE, no interviene para prestarle al preso preventivo su apoyo moral y ni tampoco constituye una ayuda profesional en el momento de su detención (como se dice en la ya referida STC 196/1987).

La asistencia letrada en caso de prisión incomunicada ha de ser esencialmente actividad defensiva, una intervención exigida por el derecho a la defensa en un proceso penal en curso, en los términos del art. 24.2 de la CE, derecho fundamental que no admite limitación alguna por aplicación del art. 55.2 de la CE. Así pues, carece de sentido que el imputado haya podido designar un abogado de confianza con anterioridad a su situación de incomunicación, que le haya prestado asisten-

cia durante ciertas diligencias y haya intervenido en el procedimiento, para ser sustituido por un abogado de oficio, desconocedor de todas las actuaciones, que deba hacerse cargo de la defensa (en el marco de la tutela judicial efectiva y el debido proceso) por el corto periodo de tiempo que dure la incomunicación; es indudable que la referencia entonces a una asistencia letrada efectiva al imputado, es decir, la garantía del derecho fundamental, no es más que un flatus vocis.

D. EL ARGUMENTO DE LA PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA

A pesar de los argumentos con los que el TC ha sostenido, desde la perspectiva del respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales, la constitucionalidad de la prohibición legal de que el incomunicado designe abogado de confianza, debió reconocer que la privación de la posibilidad de libre elección del abogado “constituye una indudable restricción del derecho, que el legislador no puede imponer a su libre arbitrio, pues las limitaciones de los derechos fundamentales requieren no sólo que respeten su contenido esencial, sino también que sean razonables y proporcionadas al fin en atención al cual se establecen” (STC 196/1987). Partiendo de esta consideración, entiende el TC en esa misma sentencia que la medida de incomunicación del detenido adoptada bajo las condiciones previstas en la ley y la limitación temporal del ejercicio del derecho a la libre designación de abogado, que no le impide proceder a ella una vez cesada la incomunicación, “no puede calificarse de medida restrictiva irrazonable o desproporcionada”.

Aun aceptando a efectos dialécticos que la prohibición legal de la libre designación de abogado por el incomunicado no afecte al contenido esencial del derecho a la asistencia

de abogado en los supuestos de detención policial, en modo alguno cabe extender esta justificación a los casos de detención ordenada por un juez y, mucho menos, a los casos de prisión provisional, según se ha dicho. Pero aunque así fuera, tampoco razonando en clave de proporcionalidad puede aceptarse la constitucionalidad de la medida, al menos en los casos de prisión provisional en que el imputado haya sido asistido con anterioridad por un defensor de su elección; todo lo más, se podría impedir la comunicación del abogado libremente designado con su defendido, pero no se justificaría su salida del proceso. En efecto, el art. 527.a) de la LECRIM no sólo impide la comunicación, sino que supone el apartamiento del procedimiento del abogado de confianza por el tiempo de la incomunicación y su sustitución por uno designado de oficio, impidiendo al letrado que ha venido sosteniendo la defensa intervenir en las diligencias que se practiquen mientras su defendido se encuentre incomunicado; esta posibilidad separa a la medida prevista en la ley de los parámetros tanto de razonabilidad como de proporcionalidad a que se refiere el TC, pues la limitación del derecho a la libre elección del abogado y la salida del letrado de confianza del proceso, sustituyéndolo por uno de oficio, no afecta a la finalidad que se persigue con la incomunicación, máxime cuando ésta no viene seguida necesariamente del secreto de las actuaciones. En conclusión, no parece aceptable la limitación del derecho a la asistencia de abogado tal y como viene regulada en la LECRIM, ni desde el punto de vista del contenido esencial del derecho fundamental de los arts. 17.3 y 24.2 de la CE, ni tampoco desde el punto de vista de la proporcionalidad. Por todo ello, debieran seguirse las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que viene pidiendo a España ya desde 1996 que se abstenga de utilizar la detención en régimen de incomunicación.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

1. Sobre los aspectos históricos del proceso penal puede verse, TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, 2ª ed., Madrid, 1992, especialmente las páginas relativas al proceso penal,

pp. 153 a 200; una aproximación más exacta, puede verse en ALONSO ROMERO, M. P., Historia del proceso penal ordinario en Castilla (siglos XIII-XVIII), Salamanca, 1979, y DE LAS HERAS SANTOS, J. L., *La Justicia Penal de los Austrias en la Corona de Castilla*, Salamanca, 1994. Para un examen del proceso “inquisitivo” y “acusatorio”, por todos, MONTERO AROCA, “El Derecho Procesal Penal en el Siglo XX”, publicado en los *Estudios en Honor de Gelsi Bidart*, en 2000 y consultado en www.derechoproc.es. Sobre el “fair trial” y el “due process”, GÓMEZ COLOMER, J. L., *El Sistema de enjuiciamiento Criminal propio de un Estado de Derecho*, México D.F., 2008, pp. 37 y ss. Una reflexión moderna sobre las “inquisiciones generales” puede verse en AGUILERA MORALES, M., *Proceso penal y causa general. La inquisitio generalis en el Derecho*, Madrid, 2008.

2. Sobre el derecho de defensa en general, y fundamentalmente en el proceso penal: ASECIO MELLADO, J. M., *Principio Acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Madrid, 1991; CAROCCA PÉREZ, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Barcelona, 1998; CHIAVARIO, M., *Processo e garanzie della persona*, Milán, 1976; GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., “El Derecho de defensa y el perjudicado”, en *La Reforma del proceso penal*, 1989, pp. 419 a 427; LÓPEZ YAGUES, V., *El derecho a la asistencia y defensa letrada: su ejercicio en situaciones de privación de libertad*, Alicante, 2002; MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso penal*, Madrid, 1982; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “El derecho de defensa”, en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, nº 5 (2000), pp. 175 a 226.

3. En relación con el concepto de indefensión: BORRAJO INIESTA, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ y FERNÁNDEZ FARRERES, *El Derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1995; SERRANO HOYO, *La prohibición de indefensión y su incidencia en el proceso*, Granada, 1997.

4. En cuanto las distintas manifestaciones del Derecho de defensa en el proceso penal: ARANGÜENA FANEGO, C., “Exigencias en relación con el derecho de defensa: el derecho a la autodefensa, a la defensa técnica y a la asistencia jurídica gratuita (art. 6.3c) CEDH)”, en *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos* (Coord. Santolaya y García Roca), Madrid, 2005, pp. 389 a 406; CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., “El derecho a la defensa y asistencia letrada. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes”, en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 10 (2000), pp. 113 a 132; BEJARANO GUERRA, F., “Derecho de defensa, detención preprocesal y “Habeas Corpus””, en *Detención Policial y habeas corpus, Estudios de Derecho Judicial*, nº 48 (2008), pp. 225 a 250; DAMIÁN MORENO, J., “Sobre el derecho de defensa y prueba prohibida”, en *Poder Judicial*, nº 16 (1989), pp. 151 a 158; DE URBANO CASTRILLO, E., “La prueba ilícita penal y el derecho de defensa”, en *La Ley*, nº 3 (1998), pp. 1589 a 1590; GÓMEZ COLOMER, J. L., *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*, Barcelona, 1988; GUTIÉRREZ-ALVÍZ Y CONRADI, F., “El derecho a la defensa y a la asistencia de letrado”, en *Derechos procesales fundamentales, Estudios de Derecho Judicial*, nº 22 (2004), pp. 277 a 318; JIMÉNEZ ASENSIO, R., “Libertad de Expresión de los Abogados, derecho de defensa e imparcialidad judicial”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 540 (2002), pp. 1 a 5; JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “El derecho fundamental a ser asistido por abogado e intérprete”, en *La Orden de detención y entrega europea* (Dir. Arroyo y Nieto), UCLM, 2006, pp. 325 a 354; MIRA ROS, C., “El derecho del acusado a defenderse por sí mismo a la luz de la Constitución Española y de los Instrumentos Internacionales ratificados por España”, en *Revista General de Derecho Procesal*, nº 15 (2008); NISTRAL MARTÍNEZ, J., “La Libertad de las comunicaciones con el abogado defensor como garantía del derecho a la defensa”, en *La Ley*, nº 7383 (2010); ORTÍZ PRADILLO, J. C., “Juicio oral y videoconferencia: incidencia en el derecho de defensa del acusado”, en *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (Coords. De la Oliva, Aguilera y Cubillo), 2008, pp. 117 a 130; PELAYO JIMÉNEZ, RAMÓN, “Intervención de las Comunicaciones entre abogado y cliente: intromisión legítima en el derecho a la defensa”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 795 (2010), pp. 1 a 6.

Fecha de recepción: 10 de septiembre de 2010

Fecha de aceptación: 11 de octubre de 2010