

CONSEJO EDITORIAL

Luis Aguiar de Luque  
José Alvarez Junco  
Paloma Biglino Campos  
Bartolomé Clavero  
Luis E. Delgado del Rincón  
Eliás Díaz  
Santos Juliá  
Francisco J. Laporta  
Clara Mapelli Marchena  
Francisco Rubio Llorente  
Joan Subirats Humet  
Joaquín Varela Suanzes-Carpegna

Dirección: *Estudios Constitucionales*

Director: FRANCISCO RUBIO LLORENTE

# La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos

(SEGUNDA EDICIÓN)

Javier GARCÍA ROCA    Pablo SANTOLAYA

*Coordinadores*

Mar AGUIERA    Pablo A. FERNÁNDEZ  
Alfredo AILLUÉ    Javier GARCÍA ROCA  
Fco. Javier ÁLVAREZ    Susana HUERTA  
Coral ARANGÜENA    Isabel PERELLÓ  
Nuria ARENAS    Argelia QUERALT  
Juan María BILBAO    Fernando REY  
Rafael BUSTOS    Ana SALADO  
Raúl CANOSA    Pablo SANTOLAYA  
Encarna CARMONA    Alejandro TORRES  
Marta DÍAZ CREGO    José Miguel VIDAL  
Juan Fernando DURÁN

### XIII

## EXIGENCIAS EN RELACIÓN CON EL DERECHO DE DEFENSA: EL DERECHO A LA AUTODEFENSA, A LA DEFENSA TÉCNICA Y A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA [Art. 6.3.c) CEDH]

CORAL ARANGÜENA FANEKO

Catedrática acreditada de Derecho Procesal  
Universidad de Valladolid

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: ENCUADRAMIENTO DE LAS GARANTÍAS CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 6.3.c) EN EL DERECHO DE DEFENSA Y EN EL DERECHO AL PROCESO EQUITATIVO.—2. DERECHO A DEFENDERSE POR SÍ MISMO (AUTODEFENSA).—3. DERECHO A LA DEFENSA TÉCNICA.—4. DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA.—5. CONCLUSIONES.—ANEXO: JURISPRUDENCIA SELECCIONADA.

### 1. INTRODUCCIÓN: ENCUADRAMIENTO DE LAS GARANTÍAS CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 6.3.c) EN EL DERECHO DE DEFENSA Y EN EL DERECHO AL PROCESO EQUITATIVO

*«Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos... c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.»*

La letra c) del apartado 3 del artículo 6 del CEDH añade tres nuevas garantías al catálogo de derechos mínimos<sup>1</sup> que se reconocen en el proceso penal al acusado: el de defenderse por sí mismo o ser asistido por un defensor de su elección y, de no tener medios para pagarlo, poder ser asistido gratuita-

<sup>1</sup> Su carácter no exhaustivo, que se desprende de la propia expresión utilizada en el apartado 3 del artículo 6 (*como mínimo*) también empleada en el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (*garantías mínimas*) alude no sólo a la existencia de otros derechos exigibles para la noción de proceso equitativo no enumerados en el artículo 6.3 (como por ejemplo el de no declarar contra sí mismo y no declararse culpable).

mente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan<sup>2</sup>.

Aparecen así como tres derechos que asisten al acusado, pudiendo optar, en principio, entre los dos primeros y garantizándose la efectividad de esta opción con el derecho a obtener la asistencia jurídica gratuita para quienes carezcan de recursos para litigar. Los iniciales problemas suscitados por la divergencia entre las dos versiones oficiales del texto, inglesa y francesa, que a la hora de establecer las recíprocas relaciones entre los tres derechos planteaban interrogantes en orden a la virtualidad del de asistencia jurídica gratuita<sup>3</sup>, han sido superados desde la sentencia dictada en el caso **Pakelli contra Austria**, de 25 de abril de 1983 (§ 31), que al hacer prevalecer la francesa a efectos interpretativos, no deja lugar a duda de que éste se le reconoce al acusado que carezca de medios económicos para litigar sin que pueda considerarse suficiente (como parecía admitir la versión inglesa) a los fines del Convenio, permitiéndole en tales casos el recurso a la autodefensa.

Al igual que el resto de las enumeradas en las restantes letras de este apartado y relacionadas todas ellas con el derecho de defensa<sup>4</sup>, las exigencias citadas constituyen aspectos diversos del más amplio derecho a un proceso equitativo o al debido proceso afirmado en el párrafo primero del precepto, lo que ha conducido a que cuando su violación ha sido denunciada ante los órganos del Convenio, éstos en atención a ese tronco común las hayan examinado desde un punto de vista conjunto, tomándolas en consideración a la luz del 6.1 y de su garantía general<sup>5</sup>.

Ello no ha impedido, naturalmente, que se haya creado un significativo cuerpo de doctrina sobre los tres derechos que acoge este apartado 3.c) del artículo 6, del mismo modo que, aún cuando tales derechos estén íntimamente relacionados, puedan diseccionarse a efectos expositivos.

La formulación que acoge el precepto del Convenio es, desde luego, más precisa que la empleada por la Carta de Derechos Fundamentales de la

<sup>2</sup> Cfr. con el paralelo artículo 14.3.d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde se añade a los tres citados el derecho del acusado a estar presente en el proceso y a ser informado, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, en su caso, a que le sea designado de oficio y con carácter gratuito.

<sup>3</sup> Debido a que en la versión inglesa, los tres derechos enunciados aparecerían unidos entre sí por la conjunción disyuntiva «or», mientras que en la francesa el derecho a la designación de un abogado de oficio se añadía con la conjunción copulativa «e» a los otros dos derechos que a su vez y entre sí resultaban unidos por la disyuntiva «ou». Véase la explicación que se proporciona en el § 31 de la sentencia dictada en el caso **Pakelli**.

<sup>4</sup> Así como la presunción de inocencia a la que se refiere el apartado segundo.

<sup>5</sup> Así en el caso **Hadjianastassiou contra Grecia**, de 16 de diciembre de 1992, § 31, la Corte, tras afirmar que las exigencias del artículo 6.3.b) y c) constituyen elementos particulares del derecho a un proceso equitativo garantizado por el § 1, decide estudiar el conjunto de las demandas bajo la perspectiva de los tres textos combinados. Véase, asimismo casos **Monnell y Morris contra Reino Unido**, de 2.03.1987, **Van Geyselhem contra Bélgica**, de 21.01.1999, **Krombach contra Francia**, de 13.02.2001, **Collozza contra Italia**, de 12.02.1985, **Sannino contra Italia**, de 27.04.2006; **Saldutz contra Turquía**, de 27.11.2008.

Unión Europea que tras declarar que «toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar» y asegurar la prestación de «asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia» (artículo 47) específicamente garantiza a todo acusado «el respeto de los derechos de la defensa» (artículo 48.2) sin concretar, no obstante, cuáles sean estos.

Sin embargo hemos de recordar que el artículo 52 de la Carta expresamente declara que cuando ésta contenga derechos que correspondan a otros garantizados por el CEDH, su sentido y alcance serán iguales a los que le confiere dicho Convenio. Cobra así importancia adicional el catálogo de derechos enunciados en el artículo 6.3 del Convenio y la interpretación jurisprudencial del TEDH, de cara a integrar los citados preceptos de la Carta, según se refrenda igualmente en las Explicaciones del *Protistum*<sup>6</sup> además de su utilidad para aclarar algunos interrogantes que se plantean en determinadas normas emanadas de la Unión Europea. Por ejemplo, en la Decisión marco sobre la orden de detención europea<sup>7</sup>, en la que se reconoce a toda persona buscada que sea detenida a efectos de la ejecución de una euroorden, el derecho a contar con la asistencia de un Abogado, de conformidad con el derecho interno del Estado miembro de ejecución (artículo 11.2); tal remisión a las normativas y derechos nacionales en principio supone un evidente riesgo de falta de cohesión, dada la gran diversidad existente y consistente heterogeneidad entre los ordenamientos jurídicos de los veintinueve Estados miembros, lo que puede paliarse tomando como referencia los derechos reconocidos en el artículo 6.3 CEDH y su interpretación por el Tribunal de Estrasburgo e integrando con ellos el estatuto del detenido<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Elaboradas en su día bajo la responsabilidad del *Protistum* de la Convención que en 2000 redactó la Carta y actualizadas en 2004 bajo la responsabilidad del *Protistum* de la Convención Europea a la vista de las adaptaciones de la redacción del texto de la Carta reafirmado por la Convención (en particular los arts. 51 y 52) y de la evolución del Derecho de la Unión. Sobre la formulación acogida en la Carta, véanse los recientes trabajos de MUERZA ESPARZA, CALDERÓN CUADRADO, ARANGÜENA FANEGO y SANCHEZ CRESPO en la obra colectiva *El apartar de libertad, seguridad y justicia* (CALDERÓN CUADRADO e IGLESIAS BUIH-GUÉS, coords.), Cizur Menor, 2009.

<sup>7</sup> Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros (2002/584/JAI). DO L 190, de 17 de julio de 2002. Véase monográficamente sobre la misma ARANGÜENA FANEGO, C. (coord.): *La justicia penal en la Unión Europea. La orden europea de detención y entrega*, Valladolid, 2005.

<sup>8</sup> De acuerdo con la remisión efectuada en el Considerando 12 del Preambulo de la Decisión marco al artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, cuyo apartado 2, según es sobradamente conocido, declara que la Unión respetará los Derechos Fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio de Roma. No obstante lo anterior, consideramos altamente conveniente una armonización de las garantías procesales en los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, de cuya necesidad se hizo eco la Comisión con el inicial Libro Verde sobre Garantías procesales para sospechosos e inculcados en procesos penales en

## 2. DERECHO A DEFENDERSE POR SÍ MISMO (AUTODEFENSA)

La llamada autodefensa, primero de los derechos que en este precepto se le reconocen al acusado, supone la posibilidad de que sea el propio acusado quien intervenga personal y directamente en el procedimiento a efectos de ejercer su derecho fundamental a la defensa<sup>9</sup>.

La primacía que se le confiere obedece, entendemos, a que aun en los casos en que se haya optado por la defensa técnica, pueden convivir ambas modalidades en un mismo procedimiento al ser perfectamente compatibles las actuaciones llevadas a cabo por el letrado de la defensa con las diversas manifestaciones del acusado tendentes a hacer frente a la acusación<sup>10</sup>, y al suscribirse a dicha defensa técnica algunas parcelas que legalmente se confieren con exclusividad al acusado<sup>11</sup>, como por ejemplo el llamado derecho a la última palabra, que aparece previsto en la mayor parte de las legislaciones procesales penales europeas<sup>12</sup>. De ahí que cuando por disposición legal o

La Unión Europea, origen de la posterior Propuesta de Decisión Marco relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea (COM (2004) 328 final) presentada al Consejo en abril de 2004 y que sigue sin ser aprobada. Para un análisis sistemático de su contenido, permítaseme remitir a ARANGÜENA FANEGO, C. (coord.): *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea/Procedural Safeguards in criminal proceedings throughout the European Union*, Valladolid, 2007.

<sup>9</sup> Nótese por tanto que, según advierte MORENO CATENA (*La defensa en el proceso penal*, Madrid, 1982, p. 27), el término autodefensa se emplea aquí para expresar la defensa llevada a cabo por el propio inculcado, y no en el concepto propugnado por otros autores de la doctrina procesal (senaladamente, ALCALA-ZAMORA y CASTILLO, N., quien en su obra *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, 1970, p. 53, empleaba ese término para referirse a aquel medio extraprocesal para solucionar litigios que se caracteriza por la ausencia de Juez distinto de las partes y por la imposición de la decisión por una de las partes a otra).

<sup>10</sup> Por ello y en nuestro ordenamiento si bien en principio pudiera parecer que la autodefensa se reduce a los procesos en que no es preceptiva la intervención letrada, lo cierto es que como ha matizado el Tribunal Constitucional «... el que ha de ejercer el derecho de defensa es el acusado: el Letrado se limita a *asistirle* técnicamente en el ejercicio de su derecho... la opción por la asistencia jurídica gratuita o por la de un Letrado de elección, no puede entenderse como renuncia o impedimento para ejercer la defensa por sí mismo. Ambas son compatibles, de modo que la defensa técnica no es, en definitiva, sino un complemento de la autodefensa» (STC 91/2000, de 30 de marzo).

<sup>11</sup> Como advierte MENDIZBAL ALLENDE en el voto particular a la STC 38/2000, de 14 de febrero, si el acusado tiene un derecho primario a defenderse por sí mismo, «con mayor razón puede participar en la defensa, correspondiéndole como titular del derecho las decisiones procesales más importantes: hablar o callar, no declarar contra sí mismo o declararse culpable, desistir o transigir, recurrir o consentir con o sin o incluso contra el consejo de su defensor, mientras que no son válidas o eficaces las decisiones de éste sin la ratificación del interesado».

<sup>12</sup> En nuestro derecho se recoge en el artículo 739 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de él ha dicho nuestro Tribunal Supremo que aparece integrado en el ejercicio del derecho a la autodefensa siendo perfectamente compatible el derecho a autodefenderse con la debida asistencia técnica y representación mediante Abogado y Procurador. Al constituir una formalidad esencial del procedimiento su omisión produce una inconstitucional indefensión y por ello el efecto inmediato de la anulación del juicio oral, fase en la que se comete el defecto

por disposición de la autoridad judicial se restrinja sustancial e indebidamente dicha intervención personal se producirá una limitación de la autodefensa y, en definitiva, la eventual generación de una grave situación de indefensión que afecte a este derecho fundamental<sup>13</sup>.

Naturalmente la garantía del derecho a defenderse por sí mismo lo que determina es la posibilidad de intervenir activamente en el proceso, pero no la obligación de hacerlo; de tal modo que en el ejercicio de este derecho el acusado puede optar por guardar silencio y negarse a declarar, derechos que aún no mencionados expresamente por el artículo 6, el TEDH ha considerado incluidos en el bloque de garantías del derecho a un juicio justo y equitativo (caso *Funkh contra Francia*, de 25 de febrero de 1993; caso *John Murray contra Reino Unido*, de 8 de febrero de 1996; caso *Saunders contra Reino Unido*, de 17 de diciembre de 1996; caso *Allan contra Reino Unido*, de 5 de noviembre de 2002; caso *Shannon contra Reino Unido*, de 4 de octubre de 2005 y, recientemente, el caso *Jalloh contra Alemania*, de 11 de julio de 2008, donde realiza un interesante análisis de la extensión actual del derecho a guardar silencio y no auto incriminarse<sup>14</sup>). Por ello no constituye limitación alguna a esta garantía el que el acusado en el ejercicio del derecho de autodefensa no declare, o se ausente voluntariamente del proceso, sino que las verdaderas limitaciones a este derecho se producirían en los casos en que a la parte no se le permitía participar o proseguir su participación en el proceso cuando así lo quiera hacer.

<sup>13</sup> o vulneración del derecho y la retroacción de las actuaciones al momento de la iniciación del plenario (Sentencia 566/2000, Sala de lo Penal del TS de 5 de abril de 2000).

<sup>14</sup> NARVAEZ RODRIGUEZ, A.: «El derecho de defensa», en *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal*, V, Madrid, 2000, p. 193.

<sup>15</sup> En este caso se analizaba la cuestión del valor probatorio que podía darse a una bolsa de droga extraída del cuerpo del detenido con métodos lesivos del art. 3 CEDH (inmovilización por cuatro policías para colocar una sonda nasogastrica mediante la cual se le administraron sustancias químicas que provocaron una reacción patológica en su organismo y la consecuente expulsión de las bolsas). El TEDH considera que se trata de un caso de utilización de elementos de prueba obtenidos con violación del derecho a guardar silencio y no contribuir a su propia incriminación, derechos que se encuentran en el corazón de la noción de proceso equitativo consagrado por el art. 6. Advierte que aunque normalmente el derecho a no auto incriminarse se refiere a declaraciones o confesiones realizadas por el detenido, también puede tener un significado más amplio incluyendo el derecho a no facilitar material que tenga una existencia independiente de la voluntad del sospechoso cuyo uso en general no está prohibido por las leyes (sangre, aire espirado, orina, fluidos corporales, etc.). Si bien en su jurisprudencia anterior había considerado que el uso de este material no puede considerarse protegido por el derecho a no incriminarse, en el caso concreto al que ahora se enfrentaba este material fue arrancado del detenido con un procedimiento en exceso violento. En los supuestos planteados con anterioridad en cambio para la obtención de este material sólo se requiera del detenido una actitud pasiva con una mínima interferencia de su integridad (extracción de sangre) o una actitud activa considerada normal y habitual (producción natural de fluidos corporales) y no una actividad *anormal e inducida artificialmente* (los vómitos consecuencia de la actuación considerada degradante). Por todo ello entiende que existe vulneración del art.6 en su vertiente de derecho a no autoincriminarse.

La premisa básica para que este derecho pueda hacerse efectivo es la presencia del acusado en el proceso, garantía exigible al amparo del artículo 6, pese a no estar mencionada expresamente [la diferencia de lo que sucede en el artículo 14.3.d) del PIDCP], pero derivada, como las demás, del derecho al proceso equitativo. De este modo el TEDH ha declarado en el **caso Colozza contra Italia**, de 12 de febrero de 1985, y en el **caso Poitrimol contra Francia**, de 23 de noviembre de 1993, que el derecho del acusado a estar presente en su juicio se vincula a la efectividad de otros derechos que si se encuentran garantizados, pues resulta difícil entender el derecho a la autodefensa o a interrogar a los testigos o a ser asistido de un intérprete si no se está presente.

Ahora bien, se trata del ejercicio de un derecho, no del cumplimiento de una obligación que imponga al acusado en todo caso y bajo cualquier circunstancia la obligación de comparecer, por lo que es renunciable por su titular, como ha reconocido el TEDH en diversas sentencias en las que ha precisado, además, que dicha renuncia no autoriza a privarle del derecho a la asistencia de un abogado (**caso Poitrimol contra Francia**, de 23 de noviembre de 1993, **caso Lala contra Holanda**, de 22 de septiembre de 1994, **caso Van Geveghem contra Bélgica**, de 21 de enero de 1999, **caso Mariani contra Francia**, de 31 de marzo de 2005).

Su exigencia es reclamable, desde luego, cuando de la primera instancia se trata mientras que en apelación no puede decirse que exista un derecho incondicional a comparecer personalmente ante el Tribunal ni siquiera cuando éste goza de plenitud de jurisdicción y examina no sólo cuestiones de Derecho sino también las de hecho; el TEDH considera que para apreciar una violación del art. 6 por falta de comparecencia personal han de tomarse en consideración la forma en que los intereses de la defensa han sido expuestos y protegidos ante el Tribunal de apelación en atención, especialmente, a las cuestiones que hubieren de ser resueltas y a su importancia y repercusiones para el inculpado, consideraciones predicables igualmente de la casación (**caso Zliberberg contra Moldavia**<sup>15</sup>, de 1 de febrero de 2005 y **caso Marcello Viola contra Italia**, de 5 de octubre de 2006, §§ 53-56, con cita de los precedentes **casos Sutter contra Suiza**, de 22 de febrero de 1984, **Monnell y Morris contra Reino Unido**, de 2 de marzo de 1987, **Ekbartani contra Suecia**, de 26 de mayo de 1988, **Helmerts contra Suecia**, de 29 de octubre de 1991 y **Kremzow contra Austria**, de 21 de septiembre de 1993).

<sup>15</sup> En este caso el TEDH estima la demanda por falta de emplazamiento a la vista de su recurso de apelación penal que se siguió sin su presencia recordando que en los precedentes que suponen **Krozov contra Austria**, de 21.09.1993, y **Kamasinski contra Austria**, de 19.1.1989, se dijo que la presencia del inculpado en la vista del recurso de apelación donde sólo fueran considerados aspectos jurídicos no era un punto crucial. Pero este caso es distinto, pues a diferencia de aquéllos donde estuvieron presentes los Abogados de la defensa representando a los acusados, el inculpado aquí no tuvo ni siquiera noticia de la vista y, en consecuencia, careció de un juicio justo.

Ahora bien, este derecho a estar presente no equivale en sentido estricto a asistencia *personal*; se admite la participación por videoconferencia, en cuanto da la posibilidad de participar realmente en el proceso, escuchando y siguiendo los debates<sup>16</sup>. Y, por otra parte, y según ha precisado en el **caso Sejdovic contra Italia** (Gran Sala), de 1 de marzo de 2006, tampoco impide la celebración del juicio en ausencia, si bien hay que asegurar una eventual revisión posterior (fáctica y jurídica) de los cargos salvo en dos casos que han de acreditarse: a) cuando medie renuncia expresa o implícita, pero inequívoca, a comparecer y defenderse, siempre que esté rodeada de un mínimo de garantías en proporción a su gravedad y no vaya en contra de ningún *interés público*; b) cuando haya pretendido eludir el juicio y sustraerse a la justicia<sup>17</sup>.

El acusado, por tanto, debe disponer de la posibilidad de defenderse personalmente según las reglas del derecho interno. No obstante, este derecho podrá ser objeto de restricciones de naturaleza procesal, por ejemplo, en aquellos casos en que el derecho nacional exija la asistencia de un Abogado defensor. Y es que, una vez más, no estamos en presencia de un derecho absoluto, sino que se encuentra sometido a las condiciones de ejercicio establecidas en las diversas legislaciones internas reconociéndose un amplio margen de apreciación y actuación a tal fin por los Estados. En tal sentido estos pueden introducir limitaciones atendiendo a las circunstancias del sujeto (formación, conocimiento pleno de las consecuencias derivadas de la asunción de la autodefensa, etc.), a las particularidades del procedimiento de que se trate (no es igual ante jueces honorarios que técnicos en Derecho, y en primera instancia que en segunda o en casación y que inter venga o no el Ministerio Fiscal) correspondiendo al derecho interno admitir o no la autodefensa (entendida a estos efectos como exclusión de la defensa técnica) siempre que el sistema previsto pro-

<sup>16</sup> Así el ya citado **caso Marcello Viola contra Italia**, de 2006, tanto más justificado cuanto que se trataba de una vista de apelación y con un condenado en prisión, garantizándose plenamente el derecho de defensa con el empleo de la videoconferencia, prevista en la legislación italiana y en el Convenio de Asistencia judicial en materia penal de 2000, y la presencia del Abogado defensor con quien el condenado pudo entrevistarse previamente. La sustitución de la comparecencia personal (que hubiera exigido tomar medidas especiales en materia de seguridad) por el recurso a este medio técnico perseguía además un objetivo legítimo; la protección de los derechos a la vida, a la libertad y la seguridad de los testigos y víctimas del delito, así como el respeto al plazo razonable.

<sup>17</sup> En ese caso la Gran Sala concluyó apreciando la vulneración del derecho al no concurrir ninguna de las excepciones indicadas y, no existir la posibilidad real de reaprir y revisar la causa con plenitud, tanto en cuanto a los hechos como en cuanto al Derecho, lo que obedecía a un defecto estructural en el sistema jurídico italiano. Y tomando en consideración que a la fecha de la sentencia ya había una nueva regulación reformadora del juicio en contumacia (Ley 60/2005, de 22 de abril), entiendo que habrá que esperar a que se genere nueva jurisprudencia y considere innecesario fijar medidas generales a escala nacional para dar cumplimiento a la sentencia en este caso. Renuncia pues a dictar una *sententia pñón*, modalidad sentenciadora inaugurada en el **caso Broniowski contra Polonia**, de 22 de junio de 2004, y cuyo uso ha sido una de las recomendaciones centrales de la Comisión de expertos presidida por Lord Wolf en el Informe de diciembre de 2005 (apartado 9.1.3).

porcione una defensa *adequada* (*vid.* casos *Airey contra Irlanda*, de 9 de octubre de 1979; *Monnell y Morris contra Reino Unido*, de 1987; *Artico contra Italia*, de 13 de mayo de 1980; *Quaranta contra Suiza*, de 24 de mayo de 1991). En tal sentido, y si ponemos la mirada en el sistema español, advertimos cómo la autodefensa entendida en ese sentido estricto excluyente de la defensa técnica, tan sólo rige en el juicio de faltas, en atención a su, en principio, escasa complejidad técnica, (al menos en lo que la primera instancia se refiere), menor entidad de las infracciones enjuiciadas y correlativa pequeña entidad de la eventual pena a imponer<sup>18</sup>, sin olvidar el hecho de que en ocasiones no es necesaria la asistencia del Ministerio Fiscal a tales juicios<sup>19</sup>, mientras que en los restantes tipos de procesos penales resulta en todo caso preceptiva la defensa técnica como veremos posteriormente. Es más tal solución, claramente justificada en el proceso penal, en atención al interés público que está en juego, se extiende con fuerza a todo tipo de procesos, amparada en la idea de que actúa en beneficio del justiciable quien, por otra parte, cuenta con el derecho de asistencia jurídica gratuita cuando no pueda afrontar los gastos que se derivan de la referida obligación legal<sup>20</sup>.

En cualquier caso y enlazando con lo que hemos señalado al principio, se advierte que si bien en el CEDH la autodefensa es una opción de la que puede hacer uso el acusado y se configura como una alternativa a la defensa técnica, que puede, en su caso, ser gratuita, corresponde a los derechos internos de los Estados contratantes establecer los medios que permitan a su sistema judicial respetar los imperativos establecidos en el artículo 6.3.c) cumpliendo con las exigencias del proceso equitativo del 6.1. Por ejemplo en el derecho español el artículo 24.2 de nuestra Constitución no permite que se prive al acusado de la asistencia de Abogado por el mero hecho de que le estuviere reconocida la posibilidad de defenderse por sí mismo, derecho que existe en aquellos procesos en los que no es preceptiva la defensa por medio de Letrado y cuando la parte lo estime conveniente para la defensa de sus derechos (STC 216/1988).

<sup>18</sup> No es éste el momento de ocuparnos de las bondades del mantenimiento del carácter no imperativo de la defensa técnica en este juicio; pero sirva como referencia de lo discutible de tal solución lo cendible de alguno de los argumentos que sustentan la opción del legislador como la simplicidad y escasa entidad del objeto de tales procesos, olvidando que en ellos, además de la infracción penal puede acumularse una pretensión de resarcimiento civil sin límite de cuantía, y de extraordinaria complejidad.

<sup>19</sup> Caso de las faltas perseguibles únicamente a instancia de parte, mediando instrucción en tal sentido del Fiscal General del Estado, al amparo de lo prevenido por el art. 969/2 LECrim.

<sup>20</sup> *Vid.* la interesante crítica de F. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, al modo en que el legislador español ha configurado el derecho a la autodefensa, al punto de que tan sólo se reconoce donde aquél lo ha consentido, olvidando que su libertad no comprende la entera disposición del derecho. («El derecho a la defensa y a la asistencia letrada. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes», en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 10, mayo-agosto de 2000, pp. 115 a 120).

Por ello y dado ese margen de actuación que se confiere a los Estados miembros a la hora de establecer los medios que permitan a su sistema judicial respetar los imperativos dimanantes del artículo 6 del Convenio, el TEDH es claro a la hora de señalar que no le corresponde indicar al Estado contratante cuáles sean esos medios sino tan sólo determinar, con referencia al caso concreto, si la defensa ha sido adecuada o no; así y en los casos *Airey*, de 1979 y *Pakelli*, de 1983, en relación con el derecho a la asistencia jurídica gratuita, señalaba que la negación de este derecho en proceso que permite la comparecencia personal, sólo constituirá vulneración del derecho de defensa si la autodefensa ejercitada por aquél a quien se niega el derecho se manifiesta incapaz de compensar la ausencia de abogado que lo defendía y, por lo tanto, de contribuir satisfactoriamente al examen de las cuestiones jurídicas suscitadas en el proceso, lo cual será determinable, en cada caso concreto, atendiendo a la mayor o menor complejidad del debate procesal y a la cultura y conocimientos jurídicos del comparecido personalmente deducidos de la forma y nivel técnico con que haya realizado su defensa.

### 3. DERECHO A LA DEFENSA TÉCNICA

El segundo derecho que reconoce el apartado c) del artículo 6.3 CEDH al acusado es el de ser asistido por un Abogado de su elección, es decir, optar por la defensa técnica.

De la jurisprudencia emanada del TEDH se desprende que este derecho se traduce, ante todo, en la exigencia de garantizar que el acusado, como regla general, pueda elegir al profesional que le defienda en el proceso<sup>21</sup>. El derecho a la asistencia letrada no se refiere a cualquier Abogado sino, precisamente, al designado por la parte por merecer su confianza y considerar más adecuado para instrumentar su propia defensa<sup>22</sup>.

Dicho con otras palabras; la asistencia letrada de oficio posee un carácter subsidiario con respecto a la de libre designación. Ello no obstante, es perfectamente posible establecer limitaciones o restricciones a este derecho como la existente en la legislación española contenida en el artículo 527.a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los arts. 520 y 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los arts. 520 y 520 bis de

<sup>21</sup> Lo que será posible, obviamente, siempre y cuando él acepte, condicionado, a su vez y entre otras cosas, por la posibilidad de ser satisfactoriamente retribuido.

<sup>22</sup> No obstante lo cual, es perfectamente posible establecer limitaciones o restricciones a este derecho como la existente en la legislación española contenida en el artículo 527.a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que tan sólo permite valerse de abogado de oficio, y no del de libre elección, al demandado o preso que se hallare incomunicado mientras dure dicha incomunicación (supuestos del vigente artículo 509 que, en principio, no podrá extenderse por más de cinco días pudiendo hacerlo no obstante por otros cinco si se acordara en causa por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas). *Vid.* auto del TC 64/1993 y sentencias del TC 206/1991 y 188/1991.

dicho texto, que tan sólo permite valerse de abogado de oficio, y no del de libre elección, al detenido o preso que se hallare incomunicado mientras dure dicha incomunicación.

Sobre estas especialidades, además de nuestro Tribunal Constitucional<sup>23</sup> ya tuvo ocasión de pronunciarse la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos<sup>24</sup>, estimándolas compatibles con las exigencias del Convenio de Roma teniendo en cuenta, entre otros factores, el limitado valor incriminatorio de las declaraciones realizadas por el acusado en sede policial si no son ratificadas o contrastadas en el juicio oral<sup>25</sup>.

Igualmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido ocasión de pronunciarse sobre medidas restrictivas más o menos equivalentes, admitiendo su compatibilidad con las exigencias del CEDH, considerando que los derechos reconocidos en el art.6 pueden ser limitados o modulados en la fase de investigación o instrucción *si así lo exige el interés de la justicia*<sup>26</sup> (proporcionalidad entre el objeto legítimo perseguido y los medios empleados), siempre que esta restricción, a la luz del procedimiento en su conjunto, no afecte a su núcleo esencial, a su sustancia misma, privando al justiciable del derecho al debido proceso o juicio justo (**casos Imbrioscia contra Suiza**, de 24.10.1993; **Osman contra Reino Unido**, de 28.10.1998; **Ernst y otros contra Bélgica**, de 15.07.2003).

Tal cuestión, de enorme trascendencia y sobre cuya justificación se siguen suscitando serias críticas se ha puesto sobre la mesa recientemente con ocasión de las negociaciones seguidas en relación con la Propuesta de Decisión marco relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea<sup>27</sup>, erigiéndose precisamente como

<sup>23</sup> Que se pronunció sobre su constitucionalidad en sentencia 196/1987 justificándola en virtud de la ponderación del derecho a la asistencia letrada del art.17.3 de la Constitución española con la necesaria protección de otros bienes constitucionalmente protegidos. *Vid.* asimismo, auto del TC 64/1993 y sentencias del TC 206/1991 y 188/1991.

<sup>24</sup> Que aceptó su compatibilidad con las exigencias del art. 6 CEDH al resolver en fecha 21.05.1997 la inadmisibilidad de las demandas presentadas por este motivo (imposición de un abogado de oficio en tanto dura la situación de incomunicación) en los asuntos 33641/96—**Cadaro Pérez y Armenia Sagarra contra España**— y 35432/97—**Chávarrí Lopa-tegui y Oleaga Ojeda contra España**.

<sup>25</sup> Algo no obstante que quizás habría que revisar a la vista del giro jurisprudencial operado tras la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 1215/2006, de 4 de diciembre, que aplica el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 28 de noviembre de 2006. Sobre ambos extremos, nos remitimos a Hoxos SANCHE, M. DE: «Acercas del valor procesal de las declaraciones del imputado ante la Policía Judicial y la conformación de la *minima actividad probatoria de cargo*. Reflexiones con motivo de la publicación de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 1215/2006, de 4 de diciembre», en *Revista de Derecho Penal*, n.º 21, mayo de 2007, pp. 35 y ss.

<sup>26</sup> Concretado, por ejemplo en la necesidad de evitar la destrucción de fuentes de prueba o que la comunicación del hecho de la detención frustre la detención de otras personas buscadas.

<sup>27</sup> COM (2004) 328 final, publicada en el D.O. C 323, de 30 de diciembre de 2004.

uno de los obstáculos para su adopción en la medida que las normas a aprobar pudieran chocar con limitaciones establecidas en las legislaciones internas de los Estados miembros y similares a la de la legislación española establecidas para supuestos de criminalidad grave y organizada.

Sentada, como regla, la preeminencia de la libre elección de Abogado, excepción hecha de las limitaciones que al respecto puedan establecerse en la legislación vigente, es importante destacar que entre ambos se establece una relación basada en el principio de confianza y en la existencia de un deber profesional de discreción y reserva que el Estado tiene obligación de respetar, como ha declarado el TEDH en el **caso S. contra Suiza**, de 28 de noviembre de 1991 (§ 48)<sup>28</sup>, confidencialidad que se extiende al ámbito penitenciario, puesto que el derecho del acusado (condenado en este caso) a comunicarse reservadamente con su Abogado fuera del alcance de terceros, figura entre las exigencias elementales del proceso equitativo propio de una sociedad democrática y deriva del art 6.3.c) del CEDH (**caso Ocalan contra Turquía**, de 12 de marzo de 2003, §§ 144 a 151). Si un Abogado no puede entrevistarse con su cliente sin tal vigilancia, y recibir instrucciones confidenciales, su asistencia perdería gran parte de su utilidad cuando precisamente —como se declaró en el **caso Artico**<sup>29</sup> de 1980— la finalidad del Convenio es la de proteger derechos concretos y efectivos<sup>30</sup>.

La especial protección que se dispensa al secreto profesional del Abogado, en cuanto vinculado al buen funcionamiento de la administración de justicia, ha llevado al TEDH a ser especialmente riguroso a la hora de analizar la compatibilidad de los registros realizados en el despacho profesional de un Abogado o la observación de sus líneas telefónicas con las exigencias dimanantes del Convenio, puesto que además de producirse una vulneración del artículo 8 del Convenio, semejante intrusión puede repercutir sobre la buena administración de justicia y, por tanto, sobre los derechos garantizados por el artículo 6 CEDH (**caso Niemietz contra Alemania**, de 16 de diciembre de 1992, § 37<sup>31</sup>; **Petri Salinen contra Finlandia**, de 27 de septiembre de 2005, y **André y otro contra Francia**, de 24 de julio de 2008).

<sup>28</sup> Derecho a entrevistarse reservadamente con el abogado defensor, no explicitado en el Convenio, pero sí en el seno del Consejo de Europa en el art. 93 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los detenidos anejas a las Resolución (73) 5 del Comité de Ministros.

<sup>29</sup> *Vid.*, posteriormente, nota 43, donde se resume el caso.

<sup>30</sup> *Vid.* asimismo y también con respecto a la vulneración del art. 6.3 por la violación de la exigencia de confidencialidad en el ámbito penitenciario, a consecuencia del control de la correspondencia intercambiada por un detenido con su abogado, **caso Domenichini contra Italia**, de 15 de noviembre de 1996.

<sup>31</sup> Relativo a un registro practicado en despacho de Abogado, en el que se declaró la vulneración del art. 8 CEDH teniendo en cuenta, entre otros extremos, el no haberse acompañado de garantías especiales de procedimiento, como la presencia de un observador independiente, no previstas en la legislación interna. *Vid.* asimismo, y en relación con la observación de las comunicaciones telefónicas de despacho de Abogado el **caso Koop contra Suiza**, de 25 de marzo de 1998 (§§ 72 a 75, especialmente).

En realidad y tal y como por regla general resulta configurada en las distintas legislaciones internas, la defensa técnica más que una opción del acusado, es una obligación o incluso una exigencia legal para la validez del proceso, puesto que se impone en la mayoría de los procesos penales, con excepciones mínimas en cuanto a los hechos punibles de escasa entidad.

Es lógico que así sea, dadas las connotaciones públicas que ofrece el proceso penal, en el que el derecho a ser asistido por Abogado de confianza trasciende al mero interés de la tutela de los intereses de la parte hasta convertirse en una exigencia de orden público, en garantía objetiva de validez y legitimación del proceso en su conjunto. Téngase en cuenta que en la mayor parte de los casos la asistencia técnica de un defensor resulta imprescindible para restablecer la plena igualdad entre las partes<sup>32</sup>, y asegurar la vigencia efectiva del principio de contradicción. La complejidad técnica del proceso y la correlativa ausencia de la pericia precisa para defender convenientemente los intereses propios dada la dificultad técnico-jurídica de conocer, entender y aplicar el ordenamiento correspondiente, únicamente apto a profesionales especializados y experimentados en el sistema jurídico, son argumentos suficientes para justificar ya de entrada esta opción del Legislador. Pero a ello se añaden otras razones de mayor peso: la necesidad de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción que exige del legislador una regulación apta para asegurar su observancia e imponer a los órganos jurisdiccionales un deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que pueda inferir a alguna de ellas, el resultado de indefensión. Además el interés público presente en el proceso penal exige la presencia de un órgano del Estado que sostenga la acusación, el Ministerio Fiscal, y, en consecuencia, frente a una acusación técnica ejercida por tal órgano, es necesario, como garantía del correcto desenvolvimiento del proceso penal, que aparezca también una defensa técnica.

En el sistema procesal penal español, por ejemplo, puede afirmarse que la regla general<sup>33</sup> es la obligatoria defensa técnica de las partes en el proceso,

<sup>32</sup> Soslayamos, en este momento, el problema que plantea hablar de *partes* en el proceso penal, o la posibilidad de distinguir entre partes en sentido formal o procesal (Ministerio Fiscal y otras acusaciones, en los ordenamientos jurídicos que admitan la actuación de los particulares junto a la acusación pública) y parte en sentido material (que únicamente puede serlo el acusado). *Vid.* por todos, PEÑARAZ PENALVA, E. y otros: *Derecho Procesal Penal, tomo I (Principios de Derecho Procesal Penal)*, Madrid, 2000, pp. 82 a 90.

<sup>33</sup> De dicha regla únicamente se suscita, según ya adelantamos, el juicio de faltas cuyas normas reguladoras prevén, por contra, el carácter potestativo de la intervención letrada, no sin críticas por parte de la doctrina procesalista, ante las dudas que su aplicación práctica plantea, especialmente en lo que a la segunda instancia se refiere, debido a su compleja regulación procedimental con presentación de escritos de formalización del recurso y de impugnación y/o adhesión al mismo, de carácter eminentemente técnico y de muy difícil elaboración por persona leiga en Derecho, lo que choca abiertamente con el respeto de los intereses de la Justicia y el propio derecho a la defensa y asistencia letrada. Precisamente las exigencias

de tal modo que las exigencias de dicho proceso imponen que la pasividad del acusado a la hora de efectuar la designación del profesional que haya de representarle, deba ser suplida mediante el nombramiento de letrado de oficio<sup>34</sup>. Partiendo de esta premisa la legislación española proporciona una regulación plenamente respetuosa con las exigencias dimanantes del artículo 6.3.c) del CEDH, e incluso más generosa<sup>35</sup>, dada la doble proyección constitucional del derecho a la asistencia letrada que, de una parte, reconoce este derecho al *delincuente* en las diligencias policiales y judiciales, como una de las garantías del derecho a la libertad protegido por el artículo 17.1; y de otra, y en el artículo 24.2, reconoce tal derecho en el marco de la tutela judicial efectiva con el significado de garantía del proceso debido, especialmente del penal y, por tanto en relación al *imputado* y al *acusado*.

Con tal solución va más allá de las exigencias del propio CEDH, que no incluye expresamente entre los derechos del *delincuente* (artículo 5 CEDH) el de asistencia letrada<sup>36</sup>, limitándose a su consagración en sede del proceso equi-

de respeto a tales derechos y la necesidad de que la defensa en juicio sea efectiva, según proclaman el TEDH y el propio TC español, debieran provocar la advertencia del órgano jurisdiccional sobre la necesidad de defensa técnica y sus consecuencias, abriendo un plazo de subsanación para su libre designación o, en su defecto, para el nombramiento de oficio. Sobre esta problemática, véase, entre otros, CALDERÓN CUADRADO, M. P. y BELILLO PENADÉS, R.: *Juicio de faltas, postulación procesal y asistencia jurídica gratuita*, Valencia, 1998, especialmente pp. 139 a 176; DELGADO MARTÍN, J.: *El juicio de faltas*, Barcelona, 2000, pp. 250 a 274.

<sup>34</sup> Como se afirma en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala segunda, 1504/2003, de 25 de febrero de 2004, la proscricción en nuestro sistema de la autodefensa, encontrándose esta a profesionales del Derecho, constituye una garantía del reforzamiento de las posibilidades de defensa en atención a la titulación y experiencia de tales profesionales que les permite hacer frente a todas las vicisitudes, algunas de ellas sorprendivas (vgr. art. 746.6.º LECrim) que pueden surgir en el momento del juicio oral.

<sup>35</sup> Compreensible dado el carácter de Convenio de mínimos que el CEDH presenta. No obstante, y como ha sido destacado por la doctrina, la concepción del CEDH como estándar de mínimos resulta de su propia literalidad; sin embargo en el momento presente, el Convenio es mucho más un estándar común que un estándar de mínimos, aunque ésta fuera la idea original de sus redactores. La jurisprudencia del TEDH, las frecuentes condenas a democracias consolidadas de la vieja Europa y el uso cada vez más ponderado de la doctrina prerrogativa del margen nacional de apreciación acreditan que los contenidos de los derechos fundamentales presentes en el Convenio resultan ser mucho más exigentes de lo que a primera vista pudiera parecer tras una lectura superficial de su enunciado (SAY ARNAVZ, A.: «El Tribunal de Justicia, los Tribunales Constitucionales y la tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea: entre el (potencial) conflicto y la (deseable) armonización. De los principios no escritos al catálogo constitucional, de la autoridad judicial a la normativa», en CARRIBIA, M., DE WITTE, B. y PÉREZ TREMPA, P. (directores), *Constitución europea y Constituciones nacionales*, Valencia, 2003, p. 577).

<sup>36</sup> Derecho cuya existencia en el Convenio niegan autores como VAN DIJK y VAN HOOF, J. H.: *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 3.ª ed., Holanda, 1998, p. 369; HARRIS, D., O'BOYNE, M. y WARRICK, C.: *Law of the European Convention on Human Rights*, Londre, 1995, p. 130; CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F.: «El derecho a la defensa...», *op. cit.*, p. 121. Véase sobre esta cuestión y sobre las garantías del artículo 5 del CEDH, el comentario de F. J. ALVAREZ y A. QUERALT JIMÉNEZ (El derecho a la libertad y a la seguridad y su sis-

tativo (artículo 6) entre los derechos del *acusado*, y evita así cualquier duda en orden a la extensión de esta garantía a la instrucción preparatoria.

Es evidente que en el orden jurisdiccional penal reviste capital importancia la reclamación de la vigencia de este derecho ya desde los primeros estadios del procedimiento, esto es, en las actuaciones policiales o preprocesales: Sin embargo y dado el silencio del Convenio sobre este punto, ha debido ser el Tribunal de Estrasburgo el que, por medio de su jurisprudencia, haya extendido esta garantía a la instrucción preparatoria, si bien a través de interpretaciones no exentas de una cierta ambigüedad<sup>37</sup> al considerar que su aplicación depende de las particularidades del procedimiento y circunstancias de la causa de tal modo que ha de valorarse el proceso concreto en su conjunto para saber si el resultado querido por el artículo 6 (proceso equitativo) ha sido atendido o vulnerado en el caso concreto.

Y es que el TEDH considera que el artículo 6 exige como regla que el imputado pueda beneficiarse de la asistencia de un Abogado desde los primeros estadios de las intervenciones policiales, si bien este derecho, que el Convenio no enuncia expresamente, puede ser restringido por razones justificadas, de tal modo que es preciso saber en cada supuesto si la restricción estaba justificada y, en caso afirmativo, si considerado el proceso en su conjunto tal restricción ha privado al acusado de un proceso equitativo, pues incluso una limitación justificada puede producir tales consecuencias en determinadas circunstancias [v. gr. caso *John Murray contra Reino Unido*, de 8.02.1996, § 63; *Brennan contra Reino Unido*, de 16.10.2001, § 45; *Magee contra Reino Unido*, de 06.06.2000, § 44 y, de manera muy gráfica, el caso *Öcalan contra Turquía*, de 2003, donde apreció la vulneración del derecho a un proceso equitativo por múltiples y variadas causas, entre las que precisamente se encontraba el haber impedido al detenido el acceso a su Abogado por un período de tiempo demasiado largo (7 días)<sup>38</sup>]. De especial relevancia es la sentencia dictada por la Gran Sala en el caso *Salduz contra Turquía*, de 27 de noviembre de 2008 pues, frente a la que inicialmente había recaído en 26 de abril de 2007, que excluía la lesión del art. 6.1 atendiendo a que el demandante había dispuesto de asistencia letrada tanto en primera instancia como en apelación y que la declaración en sede policial prestada sin Abogado no constituía el único elemento que había sido tenido en cuenta para la condena, llega en cambio a la solución contraria y aprecia la vulneración del derecho al proceso equitativo precisamente por no haber dispu-

to el detenido de asistencia letrada en los primeros estadios del proceso. En concreto en los §§ 50 a 55 de la sentencia, la Gran Sala advierte en cambio que las legislaciones internas pueden extraer de la fase preparatoria consecuencias determinantes para los intereses de la defensa, paralelamente un acusado se encuentra en una situación particularmente vulnerable en este momento del procedimiento, efecto que se multiplica por el hecho de que la legislación procesal penal tiende a convertirse en más compleja, especialmente en lo que se refiere a las reglas que rigen la obtención y utilización de las pruebas. En la mayor parte de los casos esta particular vulnerabilidad no puede ser compensada de manera adecuada más que por la asistencia de un Abogado cuya tarea principal consistente en que sea respetado el derecho del acusado a no incriminarse (caso *Yaremenko contra Ucrania*, de 12 de junio de 2008)<sup>39</sup>. Un temprano acceso a un Abogado forma parte de las garantías procesales a las que el TEDH presta una especial atención cuando examina si un proceso ha respetado o ha eliminado la esencia misma del derecho a no contribuir a su propia incriminación (caso *Jalloh contra Alemania*, de 11.07.2006, §§ 100 y 101; *Kolu contra Turquía*, de 2.08.2005, § 51). Y enuncia un principio básico conforme al cual para que el derecho a un proceso equitativo consagrado por el art.6 sea suficientemente «concreto y efectivo» es necesario que por regla general el acceso a un abogado sea reclamable desde el primer interrogatorio policial del sospechoso.

Dos puntualizaciones finales sobre este derecho.

De una parte, que la importancia del derecho a la asistencia letrada ha sido puesta de manifiesto por el TEDH estimando que las soluciones adoptadas en algunas legislaciones internas para evitar las incompatencias injustificadas a juicio de los acusados, de que aquellos que no comparezcan personalmente pierden el derecho a la asistencia de Abogado defensor, resultan incompatibles con el respeto de las garantías fundamentales de que debe beneficiarse el acusado. Así en los casos *Potrimol contra Francia*, de 1993, *Pelladoah contra Países Bajos*, de 1994 (§§ 37 a 42), *Lala contra Países Bajos*, de 1994 (§§ 30 a 35), *Van Geysseghem contra Bélgica*, de 1999 (§§ 28 a 36), *Van Pelt contra Francia*, de 23 de mayo de 2000, *Krombach contra Francia*, de 2001 (§§ 83 a 91), *Goedhart contra Bélgica*, de 20 de marzo de 2001 (§§ 26 a 28), *Mat contra Francia*, de 27 de abril de 2004 (§§ 48 a 54), *Vigroux contra Francia*, de 19 de mayo de 2005

tema de garantías en el Convenio de Roma: un estándar mínimo europeo», en esta misma obra colectiva.

<sup>37</sup> Como señala GONZÁLEZ AVILA, M. D.: *Las garantías constitucionales de la detención*, Madrid, 1999, pp. 90 y 91, el TEDH tribuca en ocasiones porque es difícil marcar el punto en que comienza la acusación, momento en que para el TEDH son aplicables las garantías del art. 6.3.c) CEDH.

<sup>38</sup> Junto a otras como la de no haberse podido entrevistar reservadamente con él y haberse restringido el número y duración de sus visitas, además del tardío acceso al sumario.

<sup>39</sup> Interesante caso en que se apreció la violación de los arts. 6.1 y 6.3.c) en un proceso que había concluido con la condena del acusado fundada en confesión realizada sin presencia de Abogado y de las que se retracta una vez en su presencia. El TEDH al examinar la legislación doméstica comprobó que en ella sí estaba prevista la asistencia inmediata de Abogado cuando se tratan de delitos graves que llezaran aparçada pena de prisión. En ese caso las autoridades investigadores inicialmente tipificaron los hechos como lesiones graves con resultado de muerte en vez de como homicidio, considerándolo así delito menos grave que no exigía asistencia letrada «inmediata». Sin embargo, acto seguido de la confesión el delito fue «reclificado» y el sospechoso acusado de asesinato.

(§§ 25 a 27), y **Mariani contra Francia**, de 2005 (§§ 39 a 42), el TEDH ha proclamado que, aun cuando no absoluto, el derecho del acusado a ser defendido efectivamente por un Abogado (en su caso de oficio) forma parte del derecho a un proceso equitativo y no se pierde por el sólo hecho de su inasistencia a los debates. Y si bien el legislador debe de poder sancionar las abstenciones o inasistencias injustificadas, no puede hacerlo derogando el derecho a la asistencia de un defensor. Las exigencias legítimas de presencia del acusado en los debates pueden ser aseguradas por otros medios que no supongan la lesión del derecho de defensa.

Por otra parte, conviene no olvidar que si bien el Tribunal Europeo admite que respecto de este derecho cabe la renuncia, exige que ésta se haya manifestado de forma inequívoca para que genere sus efectos y evite, en su caso, incurrir en violación de las exigencias del art.6.3.c). Algo que no ocurrió, por ejemplo, en el **caso Flandin contra Francia**, de 28 de febrero de 2006, donde la falta de notificación de la concesión de asistencia judicial tras una negativa preliminar y la creencia del solicitante de que carecía de tal asistencia le llevó a comparecer sólo en apelación ejerciendo la autodefensa; el TEDH consideró que ese comportamiento y el simple hecho de que no reiterara ante el Tribunal de apelación su demanda de asistencia judicial no podía ser entendida como renuncia a su derecho a obtener la asistencia letrada, habida cuenta, entre otros extremos, de su comportamiento a lo largo de todo el proceso y de sus intentos reiterados para reclamar la referida asistencia.

#### 4. DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

Este es el tercer derecho reconocido en este apartado que examinamos al acusado, que se condiciona a la concurrencia de dos requisitos: carecer de los medios suficientes para remunerar al abogado defensor y que los intereses de la justicia exijan la asistencia del Letrado. La concurrencia de ambas condiciones que, naturalmente, puede ser sometida al control de los órganos del CEDH, requiere efectuar en tales hipótesis un análisis en función del caso concreto y desde una visión de conjunto<sup>40</sup>.

<sup>40</sup> En el caso **Granger contra Reino Unido**, de 28 de marzo de 1990, §§ 44 a 48, se recuerda que tanto en apelación como en casación, las modalidades de aplicación de los §§ 1 y 3.c) del artículo 6 CEDH dependen de las particularidades del procedimiento donde se planTEAM; es preciso tener en cuenta el conjunto de los procedimientos seguidos en el ordenamiento jurídico interno y el papel que ha jugado la jurisdicción superior en la causa. En el caso de autos, en el que el interesado había sido condenado en primera instancia a cinco años de prisión por falso testimonio, el TEDH entendió que en atención a la gravedad de la pena y a la complejidad de uno de los puntos que debían tratarse en apelación, los intereses de la justicia exigían que se le hubiera designado al acusado, para la segunda instancia, un abogado que le defendiera gratuitamente. En el caso **Palm Hoang contra Francia**, de 25 de sep-

Si bien la determinación del primer presupuesto no resulta excesivamente problemático, correspondiendo en principio al acusado la carga y modos de prueba relativos a la carencia de medios (**caso Croissant contra Alemania**, de 25 de septiembre de 1992, § 36), el segundo presupuesto (*necesaria a los fines de la justicia*) plantea mayores complicaciones, debido a su formulación un tanto vaga o imprecisa, lo que ha conducido a que los órganos del CEDH dejen a los Estados contratantes un amplio margen de apreciación a la hora de fijar las condiciones legales, y no se muestren dispuestos a censurar más que los rechazos arbitrarios frente a la petición de designación de abogado de oficio<sup>41</sup>.

De este modo la asistencia pedida puede ser rechazada por las autoridades competentes si el asunto no presenta gran complejidad de hecho y de derecho o si la acusación se refiere a infracciones de escasa importancia, teniendo igualmente en cuenta la aptitud del acusado y la posibilidad para él de asumir personalmente su defensa.

En cambio los intereses de la justicia impondrán la asistencia letrada gratuita en aquellos supuestos en los que la comparecencia personal de la persona no hubiera compensado la ausencia de abogado, es decir cuando sus circunstancias personales y las propias del caso concreto conduzcan a una hipotética y probable mala autodefensa (**caso Pakelli**, 1983, §§ 31-40; **caso Granger**, 1990, §§ 44-48; **Quaranta**, 1991, §§ 27-38; **Palm Hoang**, de 1992, §§ 39-41).

La gravedad de la infracción imputada, la severidad de la pena potencial y la complejidad del asunto, que puede incrementarse en atención a la situación del imputado son así los criterios a tener en cuenta para determinar en cada caso lo que los *intereses de la justicia* exijan (**casos Quaranta**, de 1991, **Benham contra Reino Unido**, de 10 de junio de 1996, **Padalov contra Bulgaria**, de 10 de agosto de 2006 y **Talat Tunç contra Turquía**, de 27 de marzo de 2007), sentándose la regla de que cuando se encuentre en juego una pena privativa de libertad los intereses de la justicia reclaman por principio la asistencia letrada (así los citados **casos Quaranta**, §§ 32 y 33; **Benham**, § 61; y **Talat Tunç contra Turquía**, § 56). Junto a dichos criterios, el caso **Mornell y Morris contra Reino Unido**, de 1987 (§§ 63 a 70), incluye la *sostenibilidad* de la pretensión, de manera que en aquellos casos en que resulte insostenible por reputarse contraria a las normas internas o bien

tiembre de 1992, frente a la condena en apelación por contrabando se había interpretado por el actor recurso de casación (que confirmó dicha condena) tras haber solicitado infructuosamente la designación de Abogado de oficio para sostener dicho recurso; el TEDH, después de examinar el derecho interno y a la vista de la importancia y complejidad técnica que entrañaba el caso y de la falta de formación jurídica en el recurrente para presentar y desarrollar por sí mismo los argumentos adecuados acerca de cuestiones tan complejas, concluye que se ha producido la violación del artículo 6.3.c) denunciada, dado que los intereses de la justicia exigían en el caso la designación de un Abogado de oficio.

<sup>41</sup> **VELU, J.** y **ERGEN, R.**: *La convention européenne des droits de l'homme*, Bruselas, 1990, p. 498.

simplemente reiterativas de lo anteriormente pretendido y desestimado, la denegación no podrá reputarse contraria a los intereses de la justicia.

La obligación del Estado de proveer al acusado de una defensa de oficio no se agota en la mera designación de abogado, sino que se extiende a asegurar su efectividad<sup>42</sup>, tal y como estableció el TEDH en el caso *Artico*<sup>43</sup> de 1980, y reiteró en los casos *Imbrosio contra Suiza*, de 1993 o *Cuscani contra Reino Unido*, de 24 de septiembre de 2002, advirtiendo que el artículo 6.3.c) habla de «asistencia», y no de «nombramiento», que no garantiza por sí mismo la efectividad de la primera pues el abogado de oficio puede morir, caer gravemente enfermo, tener un impedimento permanente o eludir sus deberes, supuestos todos ellos que implican una asistencia nominal, pero inefectiva y, por ello, contraria a los fines del Convenio dada su finalidad primordial de proteger derechos no teóricos ni ilusorios, sino concretos y efectivos. Por ello si las autoridades competentes han sido advertidas de esta situación de algún modo, les corresponde entonces adoptar las medidas positivas dirigidas a facilitar una defensa efectiva y concreta (*casos Goddi contra Italia*, de 9 de abril de 1984, *Kamasinski contra Austria*, de 19 de diciembre de 1989, *Daud contra Portugal*, de 21 de abril de 1998, y *caso Bogumil contra Portugal*, de 7 de octubre de 2008)<sup>44</sup>.

Pero además, y partiendo de la base de que los errores o negligencias de dicho Lerrado no entrañan en principio la responsabilidad del Estado, es preciso diferenciar la hipótesis de que las carencias o incompetencia del abogado designado, que carecía de tiempo para dedicarse a su defensa, le aconsejó acudir a un colega. Bajo la amenaza de perder el beneficio de asistencia jurídica gratuita, el Sr. Artico no podía dar curso a esta recomendación, y todos los intentos llevados a cabo ante Tribunal de casación de Italia para que se le dotara de una defensa efectiva resultaron infructuosos. El TEDH ha advertido la alternativa que se ofrece a las autoridades italianas al amparo de la Convención: o bien reemplazar al abogado «rebeldado» o bien obligarle a desempeñar su tarea. Eligiendo una tercera vía, la pasividad, ellas desconocieron el artículo 6.3.c).

<sup>42</sup> Por ejemplo y en el caso *Daud contra Portugal*, el TEDH comprobó cómo pese a que el acusado puso de manifiesto ante las autoridades judiciales la inactividad absoluta del abogado de oficio, aquellas, so pretexto de que la petición estaba redactada en otro idioma, se mostraron pasivas y no actuaron para suplir la lesión al derecho de defensa del acusado. En el caso *Bogumil*, el acusado inicialmente fue asistido por un abogado en prácticas que no podía realizar tal cometido dada la pena a imponer; cuando esto se advierte se le nombra otro mas experimentado que no interviene en el proceso más que para pedir ser relevado de sus funciones tres días antes del juicio; el nuevo abogado es designado el mismo día del juicio y sólo puede examinar los autos cinco horas. A la vista de ello se considera que no se han respetado las exigencias del art. 6.3.c) había cuenta de que advertidas las autoridades judiciales por el acusado de tales carencias manifiestas de la defensa, aquellas no dieron adecuada respuesta a su demanda considerando en cambio que había sido realmente asistido por un abogado de oficio.

gado de oficio sean manifiestas, puesto que entonces es igualmente exigible una actuación positiva de las autoridades competentes para suplir la lesión al derecho de defensa del acusado (*caso Czekalla contra Portugal*, de 10 de octubre de 2002, §§ 60-71<sup>45</sup>, *caso Mayzit contra Rusia*, de 20 de enero de 2005, y, especialmente, *caso Samino contra Italia*, de 27 de abril de 2006, en que las graves irregularidades apreciadas en la designación de abogado de oficio no inscrito en Colegio alguno y que no compareció a ninguna de las diferentes vistas del proceso siendo designados sucesivos sustitutos que desconocían las actuaciones, carecieron del tiempo necesario para preparar la defensa y no prestaron, por tanto, una asistencia adecuada, condujo a declarar la violación del derecho pese a que el defendido no informara en ningún momento de ese extremo; y es que las irregularidades habían sido de tal entidad que el comportamiento del defendido no podía por sí solo exonerar a las autoridades de sus responsabilidades<sup>46</sup>).

A todo lo dicho podría añadirse finalmente que si según tiene declarado el TEDH los Estados deben adoptar medidas positivas para que los derechos reconocidos en el Convenio sean reales y efectivos, precisamente y en nuestra opinión, una acción positiva del Estado indispensable para que el derecho de asistencia jurídica gratuita presente tales caracteres —real y efectivo— es la información sobre la existencia y condiciones del mismo<sup>47</sup>, algo que no exige expresamente el Convenio, a diferencia del PIDCP, que si reconoce explícitamente dicho deber de información al proclamar en su artículo 14.3.d) el derecho de toda persona acusada por delito «... a ser informada, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo», y de cuyo contenido parece haber tomado buena nota el legislador español al preocuparse en las últimas reformas del proceso penal de plasmar en preceptos concretos este deber de información para con el imputado<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> El TEDH consideró que pese a que el abogado de oficio prestó asistencia al acusado en el procedimiento, las circunstancias de la causa le imponían igualmente la adopción de medidas positivas a fin de asegurar el respeto concreto y efectivo de los derechos de defensa del demandante habida cuenta de manifiesta incompetencia del abogado revelada por la inobservancia de elementales requisitos formales a la hora de presentar un recurso, fallos que al no ser corregidos por los órganos jurisdiccionales supusieron el efecto de privar al acusado de la vía de recurso legalmente concedida.

<sup>46</sup> En sentido contrario puede citarse el caso *Álvarez Sánchez contra España*, decisión de 23.10.2001 en que el TEDH, a la luz de los hechos concretos examinados rechazó la demanda como manifiestamente mal fundada, argumentando que la presunta negligencia de un Procurador de oficio, invocada por el demandante, podía dar lugar a una reclamación por falta profesional ante el colegio correspondiente y al inicio de un procedimiento disciplinario, pero no suponía la responsabilidad directa e inmediata del Estado contra el que se dirigía la demanda.

<sup>47</sup> Seguimos en este punto a CALDERÓN CUADRADO, M. P., en la obra realizada con

BELLIDO PENADÉS, R.: *Justicia de fallas...* cit., p. 67.

<sup>48</sup> Véanse los artículos 771.2.º, 775, 776.1.2.º, 962.2 y 972.2 de la Ley de Enjuiciamiento

Tampoco el legislador europeo ha sido insensible a esta inquietud, al haber intentado introducir una Carta de Derechos del detenido, homogénea en toda la Unión Europea, por medio de la Propuesta de Decisión marco relativa a determinadas garantías procesales en procesos penales, ya citada<sup>49</sup>. Dicha norma contenía también algunas disposiciones para tratar de asegurar la efectividad de la defensa letrada al imponer a los Estados miembros el deber de asegurar que sólo los Abogados que cumplan las condiciones del artículo 1.2.a) de la Directiva 98/5/CE, de 16 de febrero de 1998, puedan ofrecer asistencia letrada al imputado, asegurando además la existencia de un mecanismo de sustitución del Abogado si se pone de manifiesto que la asistencia prestada es ineficaz.

## 5. CONCLUSIONES

La letra c) del artículo 6.3 CEDH añade tres garantías al catálogo de derechos mínimos que se reconocen al acusado en el proceso penal. Los dos primeros derechos enunciados (derecho a defenderse por sí mismo o auto-defensa y derecho a la asistencia técnica o letrada) se configuran teóricamente como opciones alternativas de que puede hacer uso el acusado, correspondiendo a los ordenamientos internos de los Estados contratantes el establecimiento de los medios que permitan a su sistema judicial hacer efectiva esta opción del acusado consagrada en el apartado tercero del artículo 6 respecto a las exigencias dimanantes del proceso equitativo que garantiza el primer apartado de este mismo precepto, pudiendo en ocasiones restringir el margen de actuación de la autodefensa en favor de la defensa técnica dotándole de carácter imperativo, en atención a las connotaciones públicas del proceso penal. Por ello y dado ese margen de actuación conferido a los Estados miembros, el TEDH es claro a la hora de señalar que no le corresponde indicar al Estado contratante cuáles sean esos medios, sino tan sólo determinar con referencia al caso concreto si la defensa ha sido adecuada o no, vulnerándose las exigencias derivadas del derecho de defensa cuando la autodefensa se haya revelado como insuficiente o incapaz para compensar la ausencia de defensa técnica atendidas la complejidad del debate procesal así como la cultura y conocimientos jurídicos del comparecido personalmente, entre otros extremos.

Respecto a la defensa técnica o letrada, que se traduce, ante todo, en la exigencia de garantizar que el acusado, como regla general, pueda elegir al

Criminal, conforme a redacción dada por Ley 38/2002. Aun cuando en todos ellos únicamente se menciona la comunicación del derecho a la asistencia letrada, naturalmente esta información comprende igualmente las modalidades en que ésta se manifiesta incluyendo el derecho a obtener la asistencia jurídica gratuita en los casos previstos en la ley.

<sup>49</sup> Véanse notas 8 y 27.

profesional que le defienda en el proceso, el TEDH se ha pronunciado sobre numerosas cuestiones relacionadas con este derecho, entre las que destacan el derecho a que Abogado y acusado se comuniquen reservadamente fuera del alcance de terceros y su extensión al ámbito penitenciario, la necesidad de garantizar la *efectividad* de la propia asistencia letrada para los casos en que se haga necesario el nombramiento de abogado de oficio, o la extensión del derecho de asistencia letrada a la instrucción preparatoria y a los primeros estadios de las intervenciones policiales, cuestión esta última que ha resuelto con una cierta ambigüedad al tener que abordarla desde la óptica del derecho al proceso equitativo y su eventual vulneración en el caso concreto, habida cuenta de que el Convenio no menciona expresamente este derecho entre los del *detenido* sino entre los del *acusado*, siendo problemático determinar lo que a estos efectos se entiende por acusación y el momento en que esta comienza.

Finalmente, y en íntima correlación con las dos garantías previamente consagradas, el precepto reconoce en tercer lugar el derecho a la asistencia jurídica gratuita que aparece condicionado a la concurrencia de dos requisitos: carecer el acusado de medios suficientes para remunerar al abogado defensor y que los intereses de la justicia exijan su asistencia. Lógicamente, ha sido el último de los dos requisitos citados, el que por resultar de más difícil concreción ha dado lugar a numerosos pronunciamientos del TEDH que, además, ha recalado la necesidad de que por parte de los Estados se tomen medidas positivas para garantizar la efectividad de la asistencia letrada prestada en estos casos.

## ANEXO: JURISPRUDENCIA SELECCIONADA

- Caso **Golder contra Reino Unido**, de 21 de febrero de 1975.
- Caso **Artico contra Italia**, de 13 de mayo de 1980.
- Caso **Pakelli contra Austria**, de 25 de abril de 1983.
- Caso **Monell y Morris contra Reino Unido**, de 2 de marzo de 1987.
- Caso **Quaranta contra Suiza**, de 24 de mayo de 1991.
- Caso **S. Contra Suiza**, de 28 de noviembre de 1991.
- Caso **Pahn Hoang contra Francia**, de 25 de septiembre de 1992.
- Caso **Imbrioscia contra Suiza**, de 24 de noviembre de 1993.
- Caso **Pelladoah contra Países Bajos**, de 22 de septiembre de 1994.
- Caso **John Murray contra Reino Unido**, de 8 de febrero de 1996.
- Caso **Van Geysegem contra Bélgica**, de 21 de enero de 1999.
- Caso **Krombach contra Francia**, de 13 de febrero de 2001.
- Caso **Czekalla contra Portugal**, de 10 de octubre de 2002.
- Caso **Öcalan contra Turquía**, de 12 de marzo de 2003.
- Caso **Maat contra Francia**, de 27 de abril de 2004.
- Caso **Mariani contra Francia**, de 31 de marzo de 2005.

- Caso Shannon contra Reino Unido, de 4 de octubre de 2005  
 Caso Seidovic contra Italia, de 1 de marzo de 2006.  
 Caso Samino contra Italia, de 27 de abril de 2006  
 Caso Jalloh contra Alemania, de 11 de julio de 2006.  
 Caso Padalov contra Bulgaria, de 10 de agosto de 2006.  
 Caso Jalloh contra Alemania, de 7 de noviembre de 2006.  
 Caso Flandin contra Francia, de 28 de noviembre de 2006.  
 Caso Talar Tunç contra Turquía, de 27 de marzo de 2007  
 Caso Yaremenko contra Ucrania, de 12 de junio de 2008.  
 Caso Salduz contra Turquía, de 27 de noviembre de 2008.

## EXIGENCIAS EN RELACIÓN CON LA PRUEBA TESTIFICAL CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 6.3.D)

### DEL CEDH

[Art. 6.3.d)]

CORAL ARANGÜENA FANEKO

Catedrática acreditada de Derecho Procesal  
 Universidad de Valladolid

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL DERECHO A OBTENER LA CITACIÓN DE LOS TESTIGOS DE DESCARGO.—3. DERECHOS A INTERROGAR O HACER INTERROGAR A LOS TESTIGOS DE CARGO Y DE DESCARGO EN IDENTICAS CONDICIONES: 3.1. *La exigencia del contradictorio y el juicio oral como momento para la práctica de la testifical*. 3.2. *Excepciones a la regla general: especial consideración de declaraciones testificales de testigos en ignorado paradero, testigos en el extranjero, testigos-parentes*. 3.3. *Problemática que plantea el testimonio anónimo, las medidas de protección sobre testigos y el testimonio del coimputado*.—4. CONCLUSIONES.—ANEXO: JURISPRUDENCIA SELECCIONADA.

## 1. INTRODUCCIÓN

«Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:... d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.»

La letra d) del apartado 3 del artículo 6 del CEDH reconoce entre el catálogo de derechos mínimos del acusado, el de interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren a su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.

Al igual que el resto de las garantías enumeradas en las restantes letras este apartado y relacionadas todas ellas con el derecho de defensa<sup>1</sup>, así cor

<sup>1</sup> Derecho a ser informado de la acusación con el tiempo suficiente para articular la defensa, derecho de defensa, comprendiendo la autodefensa, y sus relacionados derechos asistencia jurídica gratuita así como de intérprete.