

CONDENA EN AUSENCIA, DEFENSA EFECTIVA DEL ACUSADO PRESENTE Y EXTRADICIÓN PARA CUMPLIMIENTO DE CONDENA

Manuel Ortells Ramos

Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València

1. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es analizar la relevancia que el respeto a la garantía de la defensa en un proceso terminado con sentencia de condena debe tener sobre la concesión de la extradición para cumplimiento de la pena.

En la mayor parte de los textos reguladores de la extradición, la cuestión apuntada sólo emerge, y de una manera indirecta, al tratar la extradición para cumplimiento de una condena dictada en ausencia o rebeldía del acusado. En términos generales, estos textos habilitan al Estado requerido para denegar o condicionar la extradición en esos supuestos.¹

1. SEBASTIÁN MONTESINOS, M. A., *La extradición pasiva*, Editorial Comares, Granada, 1997, p. 100, con ampliación en las pp. 100-102, observa, de modo muy general, que «La posición de los Estados en relación con las condenas en rebeldía ha ido haciéndose cada vez más estricta en favor de salvaguardar los derechos del acusado o condenado a un proceso con todas las garantías debidas, no reconociéndose la condena emitida sin presencia del reo, constituyendo todo ello una excepción a la concesión de la entrega por entender que el enjuiciamiento en rebeldía puede implicar una violación del derecho a un proceso justo». Al considerar más específicamente regulaciones de la extradición pasiva y resoluciones de altos tribunales referidas a su aplicación, BELLIDO PENADÉS, R., *La extradición en Derecho español. Normativa interna y convencional: Consejo de Europa y Unión Europea*, Thomson-Civitas, Madrid, 2001, pp. 122-123, 125-131, y ROVIRA, A.,

La *ratio* de las normas que impiden o condicionan la concesión de extradición en caso de sentencias dictadas tras la celebración del juicio en ausencia del acusado es que este modo de celebración no ha permitido la plenitud de eficacia de la defensa, siendo en muchos supuestos —esto depende de regulaciones— irrelevante si ello ha sido o no debido al conocimiento y aceptación tácita o presunta del propio acusado. No ha permitido la plena eficacia de la defensa, tanto por falta de autodefensa del acusado, como porque la defensa técnica ha estado debilitada por la falta de contacto personal con el abogado en condiciones para que la tarea defensiva de éste sea plenamente eficaz.

Aunque este aspecto de la cuestión —es decir, la efectividad de la garantía de la defensa en caso de rebeldía o ausencia del acusado que acaba por ser condenado— es importante, este trabajo sólo lo considerará como un elemento de juicio para tratar otro aspecto que no tiene una formulación tan clara en los textos reguladores de la extradición. Se trata de la incidencia sobre la misma de la garantía de la defensa que haya tenido un acusado que, durante el juicio, ha estado presente y a disposición del tribunal.

2. MODELOS DE LOS TRATADOS EN CUANTO A LA INCIDENCIA DE LA REBELDÍA O AUSENCIA DEL ACUSADO SOBRE LA EXTRADICIÓN PARA CUMPLIMIENTO DE CONDENA

El examen de los tratados ratificados por España y de la ley interna revela la existencia de tres modelos al regular la materia descrita en el epígrafe.

Los dos primeros modelos mencionan expresamente la incidencia de la ausencia o de la rebeldía del acusado sobre la extradición. Un tercer modelo no hace ninguna referencia a esas situaciones del acusado, pero condiciona la extradición a que hayan sido respetadas las garantías del art. 14 PIDCP, que incluyen la garantía de la defensa.

En los dos primeros modelos, la garantía de la defensa, la calidad de la defensa que hubiera tenido el acusado, no tienen una relevancia autónoma sobre la concesión de la extradición, sino que opera, de modos diversos, pero en todo caso complementariamente con las situaciones de ausencia o rebeldía. Ocurre lo contrario con los tratados del tercer modelo.

Extradición y derechos fundamentales, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pp. 140-150, confirman que la extradición para ejecución de sentencias dictadas en ausencia del condenado es una de las cuestiones problemáticas básicas, que tiene como respuestas desde la denegación hasta la imposición de restricciones a la concesión.

2.1. Tratados que excluyen o condicionan la extradición en caso de condena en rebeldía o ausencia del acusado

Distinguiré dos modelos, según los textos atiendan únicamente a las situaciones de rebeldía o ausencia del acusado o establezcan, adicionalmente, que debe tenerse en cuenta la defensa que el acusado hubiera tenido en el proceso que ha terminado con su condena.

- A) Según los textos normativos del primer modelo, si la sentencia de condena se hubiera dictado en rebeldía, la extradición para su cumplimiento deberá ser denegada si el Estado requirente no se compromete a cumplir determinados requisitos después de la extradición, o sólo podrá ser concedida bajo la condición de que los cumpla.

Los matices son que algún tratado configura la potestad como discrecional² y que la ley interna,³ que corresponde a este modelo, especifica que no se someterán a este tratamiento los casos de condena en ausencia en las mismas condiciones autorizadas por la ley española.

Los requisitos que deben ser cumplidos por el Estado requirente se configuran de maneras diferentes. La mayor parte de los tratados requieren que el extraditado sea oído en defensa y pueda utilizar los recursos legales pertinentes,⁴ aunque algún tratado sólo se refiere al acceso a los recursos.⁵ La ley interna y algunos tratados imponen que se celebre nuevo juicio tras la extradición,⁶ si bien un tratado lo hace depender de que lo solicite el extraditado.⁷

- B) Las diferencias de los tratados del segundo modelo se refieren, principalmente, al presupuesto de la decisión sobre la extradición, y, en algún tratado, también a los requisitos que deben cumplirse si es concedida. La denegación de la extradición para cumplimiento de sentencia se hace depender, además de la situación de rebeldía o ausencia del acusado, de que en el proceso no se hubieran respetado los derechos

2. Art. 4.4, Tratado de extradición entre España y Canadá de 31 de mayo 1989.

3. Art. 2, pár. tercero, Ley 4/1985, de 21 marzo, de Extradición Pasiva.

4. Art. 11, Tratado de Extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos de 21 de noviembre 1978; art. 11, Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal entre España y la República Dominicana de 4 de mayo 1981; art. 12.1, Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en materia penal entre el Reino de España y la República Argentina de 3 de marzo 1987; art. 12.1, Tratado de Extradición entre el Reino de España y la República del Perú, de 28 de junio 1989; art.12.1, Tratado de Extradición entre España y Bolivia de 24 de abril 1990.

5. Art. 4.4 Tratado de extradición entre España y Canadá de 31 de mayo 1989.

6. Art. 2, pár. tercero, Ley 4/1985, de 21 marzo, de Extradición Pasiva.; art. 3, g), Tratado de extradición entre el Reino de España y la República Socialista de Vietnam de 1 octubre 2014.

7. Art. 3, g), Tratado de extradición entre el Reino de España y la República de Kazajstán de 21 de noviembre de 2012.

mínimos de defensa reconocidos a toda persona acusada de un delito.⁸ Algún tratado autoriza la extradición condicionada a que el condenado pueda acceder a los recursos y garantías procesales antes del cumplimiento de la pena.⁹

A este modelo corresponde el que instauró el Convenio Europeo de Extradición, hecho en París el 13 de diciembre de 1957, con el complemento del Segundo Protocolo Adicional, hecho en Estrasburgo el 15 de octubre de 1975.

El Convenio no establecía expresamente que la condena en ausencia fuera causa de denegación de la extradición o de condicionamientos de su concesión. Esto motivó la formulación de reservas por entender que podía lesionar el derecho de defensa.¹⁰ El art. 3 del Protocolo Adicional completó el Convenio en este punto fundamental, estableciendo que la extradición podía ser denegada concurriendo el doble presupuesto de la condena en rebeldía y la falta de respeto a los derechos mínimos de la defensa, o condicionada al compromiso del Estado requirente de celebrar un nuevo juicio en el que esos derechos sean salvaguardados.

2.2. Posible aplicación analógica de la exclusión o condicionamiento de la extradición prevista para casos de condena en rebeldía o ausencia a casos de condena dictada en proceso con el acusado presente, pero carente de la garantía de defensa

Aunque los dos modelos de tratados vinculan la denegación o el condicionamiento de la extradición para cumplimiento de condena a que la sentencia hubiera sido dictada en rebeldía o ausencia del acusado, entiendo que hay razones que justifican aplicar el mismo trato si la sentencia se hubiera dictado en un proceso con el acusado presente, pero que no hubiera efectivamente disfrutado de la garantía de la defensa.

Respecto de los tratados del primer modelo, el razonamiento básico es que si en caso de juicio-condena en ausencia la concesión de la extradición depende de que el Estado requirente se comprometa a concederle al condenado garantía de audiencia en defensa, en caso de juicio-condena en presencia la

8. Art. 3.3, Tratado entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno del Reino de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de 22-7-1985; art. VII, Tratado de Extradición entre el Reino de España y la República Federativa del Brasil de 2 de febrero 1988; art. 12, Tratado de extradición entre el Reino de España y la República de Venezuela de 4 de enero 1989; art. 12, Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal entre el Reino de España y la República de Chile de 14 de abril 1992.

9. Art. VII, Tratado de Extradición entre el Reino de España y la República Federativa del Brasil de 2 de febrero 1988.

10. BELLIDO, *La extradición*, cit., pp. 122-123

concesión de la extradición no puede prescindir de la relevancia del respeto a la garantía de la defensa.

El fundamento de esa tesis se refuerza por la sorprendente, pero indiscutible, constatación de que, si no se acepta y no se realiza esta aplicación analógica de las normas de los tratados del primer modelo, el régimen de la extradición —que, en esta materia, se caracteriza por velar por la garantía del derecho de defensa— brindaría a los condenados en ausencia una doble protección de su derecho a una defensa efectiva, mientras dejaría sin ninguna protección ese mismo derecho de los acusados que se hubieran mantenido a disposición de la Justicia y hubieran estado presentes en el juicio.

En efecto, el ausente o el rebelde pueden haber disfrutado de una defensa plena, con abogado designado o de confianza, con el cual se han podido mantener en permanente y fluido contacto para estar informados del desarrollo del proceso y para trasladar a su abogado todos los elementos útiles para el éxito de la defensa. Téngase en cuenta, respecto de este contacto, que el siglo XXI no es, ni de lejos, parecido al siglo XIX, ni siquiera al siglo XX, en lo que hace a las técnicas de comunicación interpersonal. A pesar de ello, si llega a ser condenado y debe pedirse su extradición, ésta sólo será concedida si el Estado requirente presta seguridades de que va a ser (de nuevo) oído en defensa y a tener acceso a recursos después de su extradición y antes del cumplimiento de la pena.

Ocurrirá así, por poner referencias normativas concretas, con las extradiciones en casos de condena *par défaut* en procesos por delitos graves según el Derecho francés. Derogada la antigua *procédure de contumace*,¹¹ la *procédure par défaut* se desarrolla sin intervención del jurado, pero, en lo demás, con sujeción a las formas ordinarias, incluida la intervención del abogado del acusado si se presenta en la audiencia.¹² Si el acusado es condenado a pena privativa de libertad, al producirse su detención será puesto a disposición del tribunal y, a pesar de las garantías del procedimiento que la precede, la sentencia *par défaut* será considerada como no dictada y se abrirá nuevo proceso sobre el asunto.¹³ También en los procesos penales de los cantones de la Confederación Helvética el juicio *par défaut*¹⁴ se desarrollará, salvo algunas simplificaciones, conforme a los principios que rigen el procedimiento ordinario de los debates; específicamente, la defensa será admitida a la audiencia y podrá hacer valer todos los medios de ataque y defensa.¹⁵ Aún respetadas esas garantías, todas las legislaciones cantonales facultan a la persona conde-

11. Entre otras limitaciones, privaba al acusado de la facultad de hacerse representar por un abogado —LEROY, J., *Procédure pénale*, Paris, GDJ-Lextenso, 2013, p. 455, en nota; PRADEL, J., *Manuel de procédure pénale*, Paris, Cujas, 2006, p.806.

12. LEROY, *Procédure pénale*, cit., p. 456; PRADEL, *Manuel de procédure pénale*, cit., p.807

13. LEROY, *Procédure pénale*, cit., p. 456; PRADEL, *Manuel de procédure pénale*, cit., p.808

14. PIQUEREZ, G., *Procédure pénale suisse*, Zürich, Schulthess, 2007, pp. 734-735

15. PIQUEREZ, *Procédure pénale suisse*, cit., p. 736

nada en ausencia para someter el asunto al mismo juez que ya lo ha examinado, pidiendo ser juzgado de nuevo contradictoriamente.¹⁶

Respecto del Derecho español, en los limitados supuestos en los que se permite el juicio en ausencia del acusado, no se impide la actuación de un abogado defensor del mismo, ni se impone que éste deba ser designado de oficio, sino que el abogado defensor tendrá las posibilidades de actuación ordinariamente previstas por la ley.¹⁷ Por otra parte, aunque la celebración del juicio en ausencia está rodeada de garantías de que el acusado conoce la celebración del juicio y ha decidido no comparecer, subsiste un importante margen de posibilidades de que el acusado, si resulta condenado, pueda tener éxito en el llamado recurso de anulación (art. 793 LECrim), principalmente por el riguroso examen que debe hacerse de la validez del acto de citación a juicio.¹⁸ Con el éxito de esa impugnación obtendrá la celebración de un nuevo juicio oral. Es importante hacer notar que la ley no toma en consideración la incidencia que pueda tener en la calidad de la actuación del abogado durante el juicio en ausencia la fluidez del intercambio de información entre abogado y acusado. La deficiencia de ese intercambio no constituirá *per se* causa de estimación del recurso de anulación. Pero tampoco la excelencia de esa intercomunicación excluirá, si han faltado requisitos para proceder válidamente en ausencia, que el recurso de anulación sea estimado.

Obviamente, la aplicación analógica de los tratados del primer modelo no consiste en que la resolución favorable a acceder a la solicitud de extradición se subordine automáticamente, como en los casos de condena en rebeldía o ausencia, a la condición de que sea concedida una nueva posibilidad de defensa. Esa suerte de «presunción» de que no ha existido una defensa eficaz, que beneficia a quien ha sido juzgado en ausencia o rebeldía, no cabe reclamarla para quien ha sido juzgado en presencia. La correcta aplicación analógica consiste en que la jurisdicción del Estado requerido examine la calidad de la defensa disfrutada y en que, sólo en caso de valoración negativa, la resolución favorable a la concesión de la extradición se haga depender de un compromiso de que será concedida la audiencia en defensa, que no fue real ni efectiva en el proceso previamente celebrado.

Vayamos, ahora, a los tratados del segundo modelo. Probablemente, la finalidad de los mismos sea liberar la decisión sobre la extradición del auto-

16. Algunas legislaciones subordinan el acceso a este nuevo juicio a que la ausencia se hubiera debido a causas justificadas, pero otras no lo hacen depender de ninguna condición —PIQUEREZ, *Procédure pénale suisse*, cit., pp. 736-737—.

17. GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La ausencia del acusado en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1992, pp. 139-141; DE DIEGO DíEZ, L. A., *El llamado «recurso» de anulación en el procedimiento abreviado*, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 93-96

18. GARBERÍ LLOBREGAT, *La ausencia del acusado*, cit., pp. 213-216 en relación con lo que expone en pp. 98-112; DE DIEGO DíEZ, *El llamado «recurso» de anulación*, pp. 98-112.

matismo de su vinculación a una suerte de presunción de falta de respeto a las garantías de la defensa en todos los casos en los que se ha impuesto una condena en rebeldía o en ausencia del acusado. No obstante, también es cierto que todos esos tratados conservan como presupuesto decisivo para la concesión de la extradición el respeto a los derechos mínimos de la defensa del acusado. Este presupuesto debe seguir siendo decisivo si el acusado ha estado presente en el juicio. En definitiva, se trata de mantener la lógica de que la extradición para cumplimiento de condena dependa de la constatación concreta de que la garantía de la defensa del acusado ha sido respetada, lo que excluye, tanto la presuposición de que no lo ha sido en casos de condena en ausencia o rebeldía, como la marginación de examinar si lo ha sido en los casos de presencia del acusado en el juicio.

2.3. Tratados que no mencionan las situaciones de rebeldía o ausencia del acusado, pero sí que éste haya tenido las garantías del artículo 14 PIDCP

Hay un tercer modelo de tratados en el que desaparece toda referencia a las situaciones de rebeldía o ausencia del acusado para excluir o condicionar una extradición para cumplimiento de condena.

El presupuesto para resolver sobre la extradición pasa a ser la apreciación de si la persona cuya extradición se solicita ha tenido o va a tener un proceso penal con las garantías mínimas que se establecen en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.¹⁹

En mi opinión, esto corrobora la corrección de la tesis que he sostenido en el apartado inmediatamente anterior. Lo decisivo es el respeto a las garantías del acusado y, entre ellas, a la garantía de la defensa. El régimen de esas garantías, y su aplicación, deberán ser examinados con mayor precaución si el ordenamiento del Estado requerido permite el juicio en rebeldía o ausencia del acusado, pero del examen no podrá prescindirse, aunque el acusado haya sido condenado estando presente en el juicio y a disposición de la Justicia.

19. Art. 4, f), Tratado de Extradición entre el Reino de España y la República de Corea de 15 de febrero de 1995; art. 7.1, f), Tratado de extradición entre el Reino de España y la República de El Salvador de 10 de marzo de 1997; art. 6.1, e), Tratado de Extradición entre el Reino de España y la República de Panamá de 10 de noviembre 1997; art. 7.1, d), Tratado de extradición entre el Reino de España y la República de Nicaragua de 12 de noviembre 1997; art. 7.1, f), Tratado de Extradición entre el Reino de España y la República de Costa Rica de 23 de octubre de 1997; art. 7.1, e), Tratado de extradición entre el Reino de España y la República del Paraguay, de 27 de junio de 1998.

3. LOS PARÁMETROS DE EVALUACIÓN DE UNA DEFENSA EFICAZ DEL INVESTIGADO, ENCAUSADO Y DEL ACUSADO EN UN PROCESO PENAL

La conclusión alcanzada en el apartado 2 es que una extradición para cumplimiento de condena está condicionada, incluso en el caso de que la sentencia de condena haya dictada tras un juicio en presencia del acusado, a que se haya respetado la garantía de la defensa. El objeto de este apartado 3 será establecer en qué consiste esa garantía, especialmente en el caso de un acusado presente y a disposición del tribunal, para contar con un parámetro de evaluación de si aquella exigencia ha sido satisfecha.

De entrada, la determinación de en qué consiste la defensa del acusado requiere distinguirla de otros elementos estructurales del proceso penal que resultan favorables para él y, en un sentido genérico, le protegen o defienden.

En el proceso penal el acusado no tiene la carga material de alegar, ni de probar hechos exculpatorios. El derecho fundamental a la presunción de inocencia impone un pronunciamiento de absolución o un pronunciamiento de condena menos grave simplemente a condición de que el tribunal no haya salido de la duda sobre los hechos de los que depende la condena en absoluto o la condena más agravada.²⁰ Ciertamente esto protege al acusado frente a la condena y frente a la entidad de la misma, pero en esto no consiste su defensa.

Por otra parte, el ordenamiento impone a todos los representantes del poder público que actúan en un proceso penal (policía, Ministerio Fiscal, jueces) el deber de tomar en consideración (art. 2 LECrim) e incluso de averiguar (art. 299 LECrim), tanto las circunstancias adversas como las favorables a la persona respecto de la que se procede. En ocasiones, esta actuación de los representantes del poder público ha sido considerada como una defensa material.²¹ Tampoco consiste en esto la defensa del investigado y del acusado en un proceso penal. En términos jurídicos, la protección que estos obtienen en virtud de tales previsiones normativas no es más que un reflejo, un efecto colateral, del correcto cumplimiento del deber impuesto a los representantes del poder público. En términos prácticos, es un efecto cuya utilidad, o cuya suficiente utilidad, la persona investigada o acusada puede considerar dudosa.

La defensa es una conducta activa de la persona frente a la que se procede, de ella misma y —dada la naturaleza técnico-jurídica del medio en que se desarrolla esta actividad y de las reglas de cuya aplicación dependerá su eventual

20. Con amplias referencias a la jurisprudencia del TC, ORTELLS RAMOS, M., «Derecho a la presunción de inocencia (III): «mínima actividad probatoria» como resultado probatorio. Regla de solución de la duda sobre la cuestión de hecho. Tutela por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional», en *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004)*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 938-970.

21. Véanse las referencias, y la crítica, en MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso penal*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 29-31

resultado— de un técnico en Derecho, dirigida a que el procedimiento concluya con el resultado más favorable a la persona frente a la que va dirigido.

Con esa acepción la defensa está reconocida por los textos internacionales y constitucionales sobre derechos humanos. El art. 11.1 de Declaración Universal de Derechos Humanos proclama el derecho a un juicio «en el que se le hayan asegurado *todas las garantías necesarias* para su defensa», que se especifica, según el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, además de en el «derecho a ser oída (...) con las *debidas garantías*» (ap. 1), en unas garantías mínimas, entre otras, la de «hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera 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» (ap. 3). El art. 6.3 CEDH se expresa en muy parecidos términos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; específicamente, según el apartado c), tiene, como mínimo, derecho «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*».²² Lo establecen igualmente el art. 47 —«Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará 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»— y el art. 48 —«Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa»— de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El art. 24 de la Constitución Española proclama, junto al derecho a una tutela efectiva de los derechos e intereses ante los tribunales, con prohibición de toda indefensión, el derecho a la defensa y a la asistencia de letrado.

Al repasar superficialmente las disposiciones mencionadas he resaltado, con el uso de la cursiva, expresiones que acompañan la referencia a la «defensa» enfatizando su carácter efectivo, su entidad debida, su no subordinación a decisiones subjetivas del acusado, sino, más bien, a exigencias objetivas del sistema de justicia. No obstante, aunque estas expresiones faltaran, o cuando esas expresiones falten, si las normas imponen que exista defensa lo que deberá existir es algo que objetivamente responda a esa idea, pues en caso contrario sería falsa la garantía que las normas se destinan a establecer. La cuestión, ahora, es determinar en qué consiste una verdadera defensa, una defensa real, eficaz, efectiva.

22. También el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tras reiterar la proclamación del «derecho a ser oída, con las debidas garantías» (ap. 1), concreta las garantías mínimas en el «derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor» y en el «derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado (...) si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley» (ap. 2).

3.1. La concepción de la prohibición de indefensión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Irrelevancia de la calidad que hubiera tenido la actuación del defensor técnico. Excepción matizada en caso de abogado o procurador asignados de oficio. Apunte crítico

La infracción más genérica de la debida defensa en Derecho español recibe el acuñado, aunque de impreciso contenido, *nomen iuris* de indefensión. El art. 24.1 CE la prohíbe enfáticamente («sin que, en ningún caso, se pueda producir indefensión»); además, en cuanto reconocido en el artículo mencionado, es el contenido de un derecho fundamental y el TC ha tenido la necesidad y muchas oportunidades para precisar en qué consiste tal indefensión prohibida.²³

Partiendo del análisis de una amplia doctrina constitucional, la doctrina ha aislado unos elementos para apreciar la existencia de indefensión.²⁴ De entrada, hay un elemento obvio, consistente en que se haya producido «una privación o limitación de oportunidades de defensa. Estas oportunidades son o la facultad de realizar alegaciones o la facultad de proponer y practicar pruebas, o ambas cosas a la vez. Esta privación o limitación de alegaciones y/o prueba puede tener su origen o en la ignorancia por parte del justiciable de la pendencia del proceso o de alguna de sus fases o de una resolución judicial *ad hoc*, y puede producirse en todo el proceso, en una instancia o grado de jurisdicción, en un trámite o incidente concreto o, finalmente, en la sentencia».²⁵

Pero el elemento de mayor interés para nuestro caso es que, para que se entienda violada la prohibición de indefensión, esta situación de indefensión no ha de ser imputable al justiciable. «Según la jurisprudencia constitucional, *muy clara y reiterada en este punto* (cursiva de MOR), la privación o la limitación de la defensa no ha de ser imputable a quien la alega (ni a su representante técnico ni a su defensor)».²⁶

La imputabilidad de la indefensión al justiciable puede ser debida a su falta de diligencia en aprovechar las oportunidades de defensa. Y, a la hora de establecer el grado de diligencia exigible, cuya falta excluye entender violada la prohibición de indefensión, la doctrina entiende que debe considerarse «criterio determinante si la indefensión se produjo en el seno de un proceso en el que la parte actuaba representada y defendida por profesionales. Res-

23. Sobre la dificultad de precisar su alcance objetivo respecto de otros contenidos de derechos fundamentales también reconocidos por el art. 24 CE, Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., en AA. VV., *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 93-103.

24. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, en AA. VV., *El derecho a la tutela judicial*, cit., pp. 103-104

25. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, en AA. VV., *El derecho a la tutela judicial*, cit., pp. 106-107

26. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, en AA. VV., *El derecho a la tutela judicial*, cit., p. 108

pecto de los abogados y procuradores el grado de diligencia exigible es lógicamente mucho mayor que respecto de los justiciables, pues lo justifica el hecho mismo que éstos vengan obligados en unos casos o, en todo caso, tengan el derecho a servirse de ellos».²⁷

Además, el TC mantiene uniformemente que no se infringe la prohibición de indefensión si el perjuicio procesal que haya experimentado un acusado ha sido debido a la actividad o inactividad de su abogado, o de su procurador, en su caso. Así, la STC, Sala Segunda, 128/2011, de 18 de julio de 2011, en su fundamento jurídico 3º recuerda la doctrina constante en esta materia²⁸ y concluye que en el caso (se había alegado indefensión por falta de conocimiento tempestivo de un amplio y complejo conjunto documental, lo que había impedido reaccionar para contrarrestar sus eventuales resultados probatorios) «no existió indefensión; y, de haber existido, sería achacable exclusivamente a la negligencia de la parte (o de su representación procesal), por lo que no existió lesión del derecho a la tutela judicial efectiva e interdicción de la indefensión».

Esta doctrina tiene una excepción matizada en aquellos casos en que los profesionales que se encargan de la representación procesal y de la defensa del investigado, encausado o acusado han sido asignados de oficio y no designados por la propia parte. Con referencia a otros precedentes, explica esta excepción la STC 47/2003, de 3 de marzo de 2003, en su fundamento jurídico 2º,²⁹ y, más recientemente, la STC 179/2014, de 3 de noviembre de 2014.³⁰ El

27. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, en AA. VV., *El derecho a la tutela judicial*, cit., p. 110

28. «En STC 7/2008, de 21 de enero, FJ 4, reiteramos nuestra doctrina de que está «excluida del ámbito protector del art. 24.1 CE la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representan o defienden (entre otras muchas, SSTC 101/1989, de 5 de junio, FJ 5; 237/2001, de 18 de diciembre, FJ 5; 109/2002, de 6 de mayo, FJ 2; 87/2003, de 19 de mayo, FJ 5; 5/2004, de 16 de enero, FJ 6; y 141/2005, de 6 de junio, FJ 2)». Una amplia referencia a precedentes de esta constante doctrina la encontramos, también, en el fundamento jurídico 4º de la STC, Sala Segunda, 160/2009, de 29 de junio de 2009.

29. «Conforme ya indicábamos en la STC 13/2000, de 17 de enero (FJ 2), constituye doctrina reiterada de este Tribunal en relación con el derecho fundamental a la defensa y asistencia letrada —expuesta, entre otras muchas, en las SSTC 37/1988, de 3 de marzo; 53/1990, de 26 de marzo; 91/1994, de 21 de marzo, y 105/1999, de 14 de junio— que corresponde a los órganos judiciales «velar por evitar la indefensión del justiciable en el proceso penal, especialmente en los casos en que la dirección y representación se realiza mediante la designación de oficio, no bastando para tutelar el derecho de defensa la designación de los correspondientes profesionales, sino que la realización efectiva del derecho de defensa requiere, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus Sentencias de 9 de octubre de 1979 (caso Airey), 13 de mayo de 1990 (caso Ártico) y 25 de abril de 1983 (caso Pakelli), proporcionar asistencia letrada real y operativa.»

30. Según el fundamento jurídico 3º: «El deber de los órganos judiciales de velar por evitar la indefensión del justiciable se proyecta especialmente en el proceso penal, en los casos en que la dirección y representación se realiza mediante la designación de oficio, no bastando para tutelar el derecho de defensa la designación de los correspondientes profesionales, sino que la realización efectiva de este derecho requiere, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus Sentencias de 9 de octubre de 1979 (caso Airey), 13 de mayo de 1990 (caso Ártico)

matiz de la excepción, por decirlo en palabras de la última STC citada, es que «la atención del órgano judicial a la defensa del acusado o del condenado en el proceso penal, en los casos de estar asistido por profesionales designados de oficio, no es ilimitada, ni excluye de modo absoluto la diligencia del interesado, sin que, por otra parte, puedan admitirse reglas procesales diferenciadas en función de que la representación y defensa sea de libre designación o lo sea de oficio».

Se trata de un especial deber tuitivo respecto de la efectividad de la defensa del acusado cuando, además de estar a cargo de profesionales asignados de oficio, concurren circunstancias adicionales que harían inicu mantener los efectos desfavorables al acusado de la incorrecta actuación de esos profesionales. Aparte de los matices, lo que en definitiva ocurre es que la «mala calidad», la incorrección de la actividad del abogado o del procurador se considera lesiva de la defensa del acusado y ello no sólo con consecuencias sobre la responsabilidad disciplinaria o civil del profesional, sino con consecuencias sobre la validez de la actividad procesal, mediante la reposición de posibilidades defensivas que se perdieron por aquella causa.

La constatación de que el TC admite esta excepción matizada a su doctrina respecto de la relevancia de la calidad de la actuación del defensor técnico sobre la infracción de la prohibición de indefensión conduce, en mi opinión, a apreciar un déficit de justificación de esa doctrina.

No parece arriesgado pensar que la razón principal de la doctrina respecto de su excepción es que, en caso de abogado y/o procurador designado por el propio investigado o acusado, la relación de confianza que se ha hecho patente entre la persona sujeta a proceso penal y los profesionales contratados por ella, implica una aprobación, expresa, tácita o presunta por el investigado o acusado de las actuaciones que realiza u omite el profesional, lo que excluye toda valoración negativa de tales actuaciones en el plano de la validez de los actos del proceso, aunque puedan merecerla en los planos de la responsabilidad disciplinaria o civil. En definitiva, a efectos de la validez de los actos en el proceso penal, la voluntad del investigado, encausado o acusado constituiría el referente y la medida de la defensa que él merece en el proceso, prescindiendo de todo parámetro objetivo de calidad de esa defensa.

Semejante conclusión no puede ser aceptada con facilidad, porque contrasta abiertamente con las conclusiones que, en el ámbito del Derecho español, se inducen de las normas que configuran la defensa en el proceso penal y de la doctrina jurisprudencial sobre la misma.

tico) y 25 de abril de 1983 (caso Pakelli), proporcionar asistencia letrada real y operativa, expresando que debe garantizarse al demandante una verdadera «asistencia» y no el simple «nombramiento» de un abogado, garantía que comprende la del derecho de acceso al recurso [SSTEDH 17 julio 2007 (caso Bobek) y 5 julio 2012 (caso Szubert), entre otras].»

3.2. Regulaciones y doctrina jurisprudencial que fundamentan que el investigado y el acusado no son los dueños de su defensa en un proceso penal, por lo que su voluntad no puede ser la medida de la entidad y eficacia de su defensa

En los sub-apartados que siguen se revisan los datos más significativos que fundamentan la tesis expuesta en el epígrafe.

3.2.1. Autodefensa del investigado, encausado y del acusado y derecho de los mismos a la defensa mediante abogado en la doctrina jurisprudencial del TEDH. Conclusiones que se deducen

Consideremos, en primer lugar, la doctrina jurisprudencial del TEDH acerca de si la defensa de la persona frente a la que se dirige la investigación y el proceso penal puede ser considerada como establecida con sólo reconocer y efectivamente respetar su derecho a defenderse a si misma o si requiere, y bajo qué presupuestos, que la defensa sea encomendada, también, a un abogado.

Dada la configuración del derecho de defensa en el art. 6, 3, c) CEDH y la diversidad de ordenamientos jurídicos de los Estados signatarios, el TEDH analiza esta materia en el nivel de los principios, pero esto no le impide determinar si estos son o no respetados en las concretas circunstancias de los casos reales que son sometidos al tribunal.

En la Sentencia TEDH 25 de abril de 1983, caso Pakelli contra Alemania, el Tribunal parte de la base de que:

«31. Article 6 para. 3 (c) (art. 6-3-c) guarantees three rights to a person charged with a criminal offence: to defend himself in person, to defend himself through legal assistance of his own choosing and, on certain conditions, to be given legal assistance free. (...) Accordingly, a «person charged with a criminal offence» who does not wish to defend himself in person must be able to have recourse to legal assistance of his own choosing; if he does not have sufficient means to pay for such assistance, he is entitled under the Convention to be given it free when the interests of justice».

Aunque el Tribunal considera que los Estados disfrutan de una considerable libertad a la hora de elegir los medios para cumplir los requisitos del art. 6 CEDH, es tarea del Tribunal determinar si los medios elegidos conducen a resultados coherentes con tales requisitos.³¹

31. Sentencia TEDH 24 de mayo 1991, caso Quaranta contra Suiza, párrafo 30.

Sobre esta base, el TEDH concreta casos en los que, aunque el ordenamiento del Estado faculte al acusado para defenderse por sí mismo, el Estado tiene, si el acusado carece de medios económicos, el deber de procurarle la asistencia de un técnico en Derecho que se encargue de su defensa. Entre las circunstancias que hacen nacer ese deber están: La complejidad procedimental de un procedimiento en su primera instancia³² o en sus etapas de recurso, especialmente de la naturaleza del de casación;³³ la gravedad de la pena que puede ser impuesta de acuerdo con la ley, prescindiendo de especulaciones sobre la probabilidad de su imposición, considerándose suficientemente grave toda pena de privación de libertad;³⁴ la dificultad de la preparación, proposición y práctica de las pruebas destinadas a conseguir la sentencia pretendida;³⁵ la dificultad y trascendencia de alguna de las cuestiones jurídicas que deben ser tratadas para su resolución por el tribunal;³⁶ y la situación personal del acusado que le hace incapaz de controlar adecuadamente su propia defensa.³⁷

Esta doctrina jurisprudencial del TEDH no alcanza a imponer a los poderes legislativos de los Estados signatarios que establezcan imperativamente el nombramiento de un abogado defensor para la persona frente a la que se dirige la investigación y el proceso penal aunque ésta no lo solicite, pero sí que considera que el derecho de defensa, tal como lo configura el art. 6.3, c CEDH, impone al Estado el deber de asumir el coste de la defensa técnica en los casos en los que la misma sea requerida «por los intereses de la justicia», por el correcto funcionamiento del proceso penal, si la persona frente a la que se dirige la investigación y el proceso penal no quiere defenderse personalmente, aunque la ley la habilite para hacerlo, y, al mismo tiempo, carece de medios económicos para contratar a un abogado.

Sería incoherente que, después de reconocer el derecho al nombramiento de un abogado a cargo del Estado con la finalidad de garantizar el correcto funcionamiento del proceso penal, el ordenamiento pudiera ser indiferente ante la calidad con la que ese abogado desempeña su papel en la dialéctica de un proceso penal. La exigencia de un grado de calidad en el desempeño de ese papel es el necesario complemento para que sean servidos «los intereses de la justicia» que han justificado la asignación de un abogado a cargo del erario

32. Sentencia TEDH 9 octubre 1979, caso Airey contra Irlanda, párrafo 24.

33. Sentencia TEDH 13 mayo 1980, caso Artico contra Italia, párrafos 34 y 35; Sentencia TEDH 25 abril 1983, caso Pakelli contra Alemania, párrafos 36 a 39.

34. Sentencia TEDH 24 de mayo 1991, caso Quaranta contra Suiza, párrafo 33; Sentencia TEDH 14 enero 2010, caso Tsonyo Tsonev contra Bulgaria, párrafo 40; Sentencia TEDH 20 enero 2009, caso Güveç contra Turquía, párrafo 131.

35. Sentencia TEDH 9 octubre 1979, caso Airey contra Irlanda, párrafo 24; Sentencia TEDH 20 enero 2009, caso Güveç contra Turquía, párrafo 131.

36. Sentencia TEDH 25 abril 1983, caso Pakelli contra Alemania, párrafo 37; Sentencia TEDH 24 de mayo 1991, caso Quaranta contra Suiza, párrafo 34.

37. Sentencia TEDH 9 octubre 1979, caso Airey contra Irlanda, párrafo 24; Sentencia TEDH 24 de mayo 1991, caso Quaranta contra Suiza, párrafo 35; Sentencia TEDH 20 enero 2009, caso Güveç contra Turquía, párrafo 131.

público. Y, de hecho, como veremos en el apartado 3.4.1, en la doctrina jurisprudencial del TEDH hay casos en los que el tribunal declara que el Estado es responsable de una violación del derecho de defensa por haber tolerado y no haber negado validez a actuaciones indebidas del abogado.

3.2.2. Casos en los que, a pesar de la falta de norma imperativa, el acusado debía ser defendido por abogado en los juicios de faltas. Conclusiones que se deducen

Expondré muy sucintamente esta consideración, porque la supresión de las faltas y del procedimiento para enjuiciarlas priva de estricta aplicabilidad las referencias jurisprudenciales que mencionaré. No obstante, sus razonamientos siguen siendo útiles y tal vez deban ser atendidos para resolver problemas similares a los del juicio de faltas, que ahora pueden plantearse en los juicios por delitos leves, a los que sólo cuando lleven aparejada pena distinta a la multa cuyo límite máximo sea de al menos seis meses, se aplicarán las reglas generales de defensa y representación (art. 967.1, párr. segundo LECrim).

El Derecho español no imponía defensa letrada preceptiva en los juicios de faltas. Consiguientemente podía entenderse que la denegación de una defensa letrada a cargo del erario público en los casos en que el inculpado careciera de medios económicos, no implicaba una violación del derecho de defensa del mismo. No obstante, esa denegación podía implicar la quiebra de un elemento estructural del proceso penal, elemento que incluso forma parte de los procesos sobre infracciones de gravedad mínima.

Por esa razón, la jurisprudencia del TC y una ley ordinaria corrigieron la praxis judicial que negaba la asignación de abogado de oficio en juicios de faltas, basándose en la simple razón de que la asistencia letrada no era legalmente preceptiva, aunque el inculpado careciera de medios económicos y hubiera pedido tal asignación.³⁸

Algunas sentencias del TC invocaban un fundamento muy genérico para ese derecho a ser asistido por un defensor a cargo del erario público.³⁹ Otras sentencias especificaban ese fundamento en la garantía de igualdad de las partes.⁴⁰ Esa es también la causa por la que el art. 6.3 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita impone el nombramiento de abogado de oficio, aunque la

38. BELLIDO PENADÉS, R., *Derecho de defensa y principio acusatorio en el juicio por faltas*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 36-37.

39. Así, la STC 199/2003, de 10 de noviembre de 2003, Fj 5: «Todo ello conlleva, en principio, el derecho del litigante carente de recursos económicos para sufragar un Letrado de su elección a que se le provea de Abogado de oficio, si así lo considera conveniente a la mejor defensa de sus derechos, siendo procedente el nombramiento de Abogado de oficio *cuando se solicite y resulte necesario*».

40. Clara en este sentido la STC 47/1987, de 22 de abril de 1987: «tal nombramiento «es un medio instrumental puesto por la Constitución al servicio del principio de igualdad de defensa de las partes y, por tanto, su reconocimiento será procedente cuando se manifieste imprescindible para situar al carente de medios económicos al mismo nivel de defensa en que actúa la parte contraria».

asistencia del mismo no sea legalmente preceptiva. Este fundamento dejaba fuera de consideración los casos en que la garantía de la igualdad de las partes no estaba en juego, porque tampoco la parte contraria iba a actuar asistida de abogado, pero el TC amplió el derecho a la defensa técnica a cargo del erario público a otros casos en que, por razones distintas a la quiebra de la igualdad, el inculpado no asistido de letrado fuera incapaz de articular una defensa apta.⁴¹

La entidad del doble fundamento invocado por esta doctrina jurisprudencial (principio de igualdad de las partes y principio de contradicción) llevó a una parte de la doctrina a sostener que, si tales fundamentos concurrían en un caso concreto, el tribunal debía proceder de oficio a la asignación de abogado, aunque el inculpado carente de medios económicos no lo hubiera solicitado.⁴² El TC no llegó tan lejos y exigía alguna diligencia del inculpado para que la negación del nombramiento de abogado en ese caso constituyera violación de un derecho fundamental del inculpado.

En cualquier caso, y de manera similar a como hemos concluido al tratar de la doctrina jurisprudencial del TEDH, sería incoherente que, tras haber fundado el nombramiento de abogado de oficio en los casos comentados en «la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción», hubiera de tenerse por irrelevante la calidad con la que el abogado asignado se desempeña en su tarea. Y, en efecto, ya vimos en el apartado 3.1 que el TC no prescinde de considerar ese factor, especialmente cuando actúa un abogado de oficio.

3.2.3. El carácter preceptivo de la asistencia de abogado al investigado, encausado y al acusado. Evolución normativa y régimen vigente de la situación procesal desde la cual es preceptiva esa asistencia. Conclusiones que derivan

Las conclusiones a las que hemos llegado en los dos sub-apartados anteriores resultan reforzadas por las que deben deducirse de una regla sin excepciones en Derecho español para los procesos por delito —graves o menos graves, habría que puntualizar—; a saber, el carácter preceptivo de la asistencia de abogado a la persona frente a la que se dirige la investigación y el proceso penal.

El régimen de la asistencia preceptiva de abogado al sujeto pasivo del proceso penal ha experimentado una evolución a veces tortuosa, desde la ver-

41. Véase, prestando atención a la referencia disyuntiva entre evitar desequilibrios y otras limitaciones a la defensa, el FJ 4º de la STC 65/2007, de 27 de marzo de 2007: «los órganos judiciales tienen la función de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, lo que les impone el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan causar a alguna de ellas resultado de indefensión».

42. Citando a autores en ese sentido, BELLIDO, *Derecho de defensa*, cit., pp. 44-45

sión inicial de la LECrim de 1882 hasta el presente, con un punto de inflexión en el momento de entrada en vigor de la CE de 1978, pero con diversos escalones de progreso que culminan con la reforma operada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre. Estos son los hitos principales:

1º) En la redacción originaria de la LECrim el auto de procesamiento era el acto a partir del cual la persona frente a la que formalmente se dirigía la instrucción previa judicial podía designar un abogado de confianza u obtener la designación de un abogado de oficio (art. 384, párrafo segundo LECrim —redacción originaria, que no ha cambiado—). Esto limitaba la efectividad de la defensa en esta etapa del proceso. Por un lado, la tarea defensiva del abogado del procesado veía incrementada su dificultad —porque necesitaba conseguir que el procesamiento fuera revocado— y perdía utilidad —por no haber podido contribuir a evitar el procesamiento—. De otro lado, la asistencia del abogado no se establecía como requisito de validez de los actos del procedimiento, sino como una facultad del procesado. Aunque algunos autores intentaron llegar a la conclusión de que el auto de procesamiento determinaba el preceptivo nombramiento de abogado, las disposiciones legales no facilitaban esa conclusión y la práctica continuó interpretando el art. 118 LECrim⁴³ en el sentido de que el estado de la causa, al que este artículo se refería, era el del traslado de la misma para calificación provisional de la defensa.

2º) De modo simultáneo al debate parlamentario de la Constitución, y pocos días antes de la aprobación de la misma en referéndum, fue promulgada la Ley 53/1978, de 4 de diciembre, que modificó y derogó disposiciones de LECrim, precisamente para establecer con amplitud la defensa de la persona frente a la que se dirigía la investigación en el procedimiento preliminar. La nueva redacción del art. 118 LECrim dejó claro, en sus párrafos primero y segundo, que el derecho de defensa, con asistencia de abogado, podía ser ejercitado desde el momento de la imputación, sin necesidad de esperar a la formalización de ésta mediante el auto de procesamiento. No obstante, la letra de los párrafos 3 y 4 de la nueva redacción de ese artículo⁴⁴ —y,

43. Recuerdo su redacción original: «Los procesados deberán ser representados por Procurador y defendidos por Letrado, que pueden nombrar desde que se les notifique el auto de procesamiento. Si no los nombraren por sí mismos o no tuvieren aptitud legal para verificarlo, se les designará de oficio cuando lo solicitaren. Si el procesado no hubiese designado Procurador o Letrado, se le requerirá para que lo verifique, o se le nombrarán de oficio, si requerido no los nombrase, cuando la causa llegue a estado en que necesite el consejo de aquéllos o haya de intentar algún recurso que hiciere indispensable su intervención»

44. Su contenido era el siguiente, en el que resalto con cursiva los incisos motivadores de dudas: «Para ejercitar el derecho concedido en el párrafo primero, las personas interesadas deberán ser representadas por Procurador y defendidas por Letrado, *designándoseles de oficio cuando no*

desde 1988, la del art. 788.1 LECrim,⁴⁵ aplicable al procedimiento abreviado— mantenían la confusión acerca de si la defensa técnica del imputado (ahora llamado investigado y encausado) era una facultad del mismo —él debía hacer el nombramiento de abogado o debía pedir que se le hiciera— o un requisito imperativo, que debía ser cumplido desde la imputación.

- 3º) Esa misma Ley de 1978 consideró de modo específico la defensa técnica en el supuesto de que la persona frente a la que estuviera dirigida la investigación penal se hallara en situación de detención, pero esa defensa continuaba siendo un derecho de esa persona, no un requisito preceptivo. Hubo que esperar a la Ley Orgánica núm. 14/1983, de 12 de diciembre para que, mediante una nueva redacción del art. 520, la defensa técnica a través de abogado quedara convertida en requisito preceptivo para la validez de determinados actos del procedimiento preliminar realizados con el imputado en situación de privación de libertad (por detención o por prisión provisional). No obstante, este establecimiento limitado de la defensa técnica preceptiva se hacía en unas condiciones poco favorables a que esa defensa tuviera efectividad en el conjunto del procedimiento preliminar. Por un lado, atendidos los actos del procedimiento preliminar a los que el abogado debía, preceptivamente, asistir —declaraciones del imputado y reconocimientos de su identidad— y atendida la clase de intervención que la ley preveía para tales actos, podía concluirse que la *ratio iuris* de esta asistencia de abogado no era tanto la de garantizar la defensa del imputado respecto de cualquiera de las funciones del procedimiento preliminar que afectan a su interés, sino una especial protección del imputado frente al riesgo de que se abusara de su persona como fuente de información sobre los hechos objeto de la investigación. Por otro lado, el sistema de asignación de abogados de oficio no comportaba que el abogado designado por el «turno de asistencia a detenidos», quedara encargado de la defensa técnica del imputado en ese proceso.

los hubiesen nombrado por sí mismos y lo solicitaren, y en todo caso, cuando no tuvieran aptitud legal para verificarlo.

Si no hubiesen designado Procurador o Letrado, se les requerirá para que lo verifiquen o se les nombrará de oficio, si, requeridos, no los nombrasen, cuando la causa llegue a estado en que se necesite el consejo de aquéllos o haya de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación».

45. En la versión de la Ley Orgánica núm. 7/1988, de 28 de diciembre, el art. 788.1 disponía: «Desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada y fuera necesaria la asistencia letrada, la Policía judicial, el Ministerio fiscal o la Autoridad judicial recabarán del Colegio de Abogados la designación de un Letrado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado». He resaltado en cursiva la condición que ponía en duda el carácter preceptivo de la asistencia de la imputación. En redacciones posteriores se añadió la mención de la detención a las de otras actuaciones de las que resultara imputación, pero en ellas subsistió aquella condición.

Esta descoordinación entre las actuaciones de las defensas técnicas sólo terminará en 1988.⁴⁶

- 4º) La reforma de LECrim por Ley 38/2002, de 24 de octubre, introdujo, por fin, una disposición clarísima sobre la situación a partir de la cual es preceptiva la asistencia de abogado a la persona frente a la que se dirige la investigación y el proceso penal, se halle o no detenida. Es el art. 767: «Desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada *será necesaria* la asistencia letrada. La Policía Judicial, el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial *recabarán de inmediato del Colegio de Abogados la designación de un abogado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado*». Obsérvese que ya no se dice —como en el antiguo art. 788.1— «y fuere necesaria la asistencia letrada». Esta asistencia de abogado no es sólo un derecho del investigado y del encausado, sino un requisito de preceptivo cumplimiento para que tengan eficacia jurídica los actos que se realicen por esa persona o respecto de la misma.⁴⁷

De estos datos que marcan el progreso de la institución de la defensa en el proceso penal español pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- 1ª) La defensa técnica, a diferencia de lo que resulta de normas y de las doctrinas jurisprudenciales expuestas en los apartados 3.2.1 y 3.2.2, ya no es una asistencia técnico-jurídica de la que podrá disfrutar la persona frente a la que se dirige el proceso penal si carece de medios económicos y si concurren en ella circunstancias que le coloquen en desventaja frente a la contraparte o en situación de imposibilidad o dificultad de actuar para obtener un resultado procesal favorable a sus intereses. Cualesquiera sean sus circunstancias personales tendrá defensa técnica. Tampoco su voluntad será relevante para que deba tener esa defensa, si bien continuará siéndolo para designar abogado de su elección si cuenta con la anuencia de éste, bien porque puede satisfacer sus honorarios o por otro motivo.
- 2ª) El carácter imperativo de esa defensa técnica ha sido, además, progresivamente establecido mediante aquilatadas opciones de política jurídica, que han considerado imprescindible la intervención de un abogado en diferentes etapas o actos de un proceso penal: desde el momento del traslado del acto de acusación, en una primera etapa, pasando por

46. Efectivamente, el apartado 2 del art. 788 LECrim disponía lo siguiente hasta la entrada en vigor de la reforma de 2003: «El Abogado designado continuará prestando asistencia jurídica hasta la finalización del proceso, salvo nombramiento de uno de su elección por el imputado o impedimento legítimo de aquél, debidamente justificado ante su Colegio Profesional, el que, previamente a la aceptación de la excusa, notificará al Juez o al Ministerio fiscal la designación del sustituto».

47. Véase Circular FGE 1/2003, de 7 de abril, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado, apartado II.1.1, A.

actos determinados en los que participara un investigado o encausado privado de libertad, alcanzando, por fin, a todo el desarrollo del proceso penal a partir de la imputación de una persona.

- 3ª) No es coherente con todo lo anterior que la voluntad, expresa, tácita o presunta, del sujeto pasivo del proceso penal quede constituida en el parámetro de referencia para apreciar si la actividad que desarrolle el abogado que debe defenderle responde a la exigencia de defensa técnica que el legislador ha decidido imponer imperativamente en virtud de legítimas opciones de política jurídica sobre la configuración del proceso penal.

3.2.4. El régimen de la conformidad del acusado. Exigencia de la voluntad concorde de su abogado. Conclusiones que derivan

La conformidad con la acusación es otra institución de cuyo régimen se extraen criterios seguros sobre que la voluntad del acusado no es el único parámetro para evaluar la calidad de su defensa. La conformidad es una táctica defensiva, porque puede evitar el riesgo de una condena más grave basada en la práctica de la prueba en el juicio oral y en las eventuales modificaciones admisibles de las acusaciones iniciales. No obstante, la LECrim no deja el empleo de esa táctica exclusivamente en manos del acusado, sino que impone específicamente la concurrencia de la voluntad de su defensor técnico, de acuerdo con un régimen que no es el caso detallar, pero que no tiene fisuras en la exigencia de ese requisito.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se refiere a ese requisito como una «doble garantía, pues se exige inexcusablemente, anuencia de la defensa y subsiguiente ratificación del procesado o procesados —en la hipótesis contemplada en el artículo 655— o confesión del acusado o acusados y aceptación tanto de la pena como de la responsabilidad civil, más la consecutiva manifestación del defensor o defensores de no considerar necesaria la continuación del juicio —artículos 688 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal» (STS, Sala de lo Penal, 1 marzo 1988). La ausencia de esa declaración de voluntad del abogado tiene la máxima consecuencia de invalidez, la nulidad de pleno derecho.⁴⁸

De ahí que la literatura jurídica española resalte que «la función que desempeña el abogado defensor en el acto de conformidad sobrepasa las fronteras de su habitual labor como consejero y director técnico, pasando a convertirse en un complemento necesario de la voluntad del acusado».⁴⁹ Por ese decisivo efecto de la actuación del abogado se hace patente el carácter público de su función «en la medida en que se erige en un instrumento a través

48. En ese sentido, la STS, Sala de lo Penal, 8 julio 1987.

49. AGUILERA MORALES, M., *El principio de consenso. La conformidad en el proceso penal español*, Cedecs, Madrid, 1998, p.80.

del cual el ordenamiento se preserva de las condenas por conformidad improcedentes». ⁵⁰

Por lo demás, la especial relevancia que tiene la participación del abogado en la institución de la conformidad conduce a dirigir la atención, en mayor medida que cuando se consideran otras actuaciones de los letrados, sobre el grado de rigor profesional con el que el abogado ejerce su función y sobre la incidencia que debiera tener la falta de ese rigor, sea en la validez de la conformidad prestada, sea en la validez del juicio desarrollado porque el abogado desaconsejó y no prestó su consentimiento a una conformidad que el acusado hubiera estado dispuesto a otorgar.

En cuanto a las consecuencias de la indebida prestación de consentimiento del abogado a la conformidad del acusado, la doctrina española evoca el tratamiento de la cuestión en el *plea bargaining* americano, en el que las quejas por la actitud de los abogados proclives a la negociación (*cop-out lawyers*) tiende a ser tratada por la jurisprudencia como una violación del derecho a la efectiva asistencia de un defensor, más que como una lesión del derecho a no declararse culpable. ⁵¹

Respecto de la segunda perspectiva —indebida denegación por el abogado de su concurso para una conformidad, que conduce a una condena más agravada— encontramos en la doctrina española opiniones en el sentido de que «las exigencias constitucionales del derecho a la defensa técnica, en su consideración de eficacia y realidad, debería alumbrar toda reforma emprendida por el legislador a estos efectos, por la vía de imponer cotos a la existencia de sentencias desfavorables contra acusados que, no obstante haber manifestado originariamente su conformidad, sea condenados por la disidencia de sus defensores a penas más graves, hasta el extremo de que, emitidas las referidas resoluciones, fueran susceptibles de recurso de amparo ante el TC por vulneración del derecho fundamental a ser asistido de un abogado que coadyuve, en parámetros de eficacia, al éxito de la defensa». ⁵²

Estos razonables planteamientos son significativos de que la voluntad del acusado, que en estos casos se manifiesta prestando su conformidad o negándola por consejo de su abogado, no cierra toda evaluación acerca de si el abogado ejerció el papel que tiene asignado en la defensa del acusado y acerca de las consecuencias que ese defecto debe tener sobre el proceso.

50. MIRA ROS, C., *Régimen actual de la conformidad*, Colex, Madrid, 1998, p. 404.

51. MIRA ROS, *Régimen actual de la conformidad*, cit., pp. 405-406; RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *La justicia penal negociada. Experiencias de Derecho comparado*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997, pp. 52-59.

52. MIRA ROS, *Régimen actual de la conformidad*, cit., pp. 406-407; otra propuesta de solución con la misma finalidad, PUENTE SEGURA, L., *La conformidad en el proceso penal español*, Colex, Madrid, 1994, p. 50.

3.2.5. La defensa preceptiva por abogado cuando el acusado —ya absuelto o condenado— es parte recurrida en un recurso contra la sentencia final. Conclusiones que derivan

A primera vista, lo que dispone el art. 881 LECrim⁵³ no merece especial atención. Parece una aplicación de la regulación que hemos expuesto en el apartado 3.2.3; es decir, desde el momento de la imputación judicial el sujeto pasivo de un proceso penal debe ser asistido por abogado, lo quiera —y designe uno de su confianza o pida que se le asigne uno de oficio— o no lo quiera —en cuyo caso se le asignará de oficio y sin su petición—.

No obstante, la disposición del art. 881 va aún más allá en cuanto a negar toda relevancia a la voluntad —expresa, tácita o presunta— del sujeto pasivo del proceso penal en cuanto a tener asistencia de un abogado en la tramitación de un recurso que el acusado —ya sentenciado— no ha interpuesto y en el que no se ha personado con abogado y procurador, aun contando con la asistencia y representación de los mismos y habiendo sido válidamente emplazado para personarse.

En el caso resuelto por la STC 60/2003, de 24 de marzo de 2003, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo había echado mano del argumento de que no podía invocarse indefensión, determinante de nulidad de actuaciones, por el acusado que, asistido de abogado y representado por procurador, había consentido la sentencia de instancia que le condenaba, había sido emplazado mediante su representante procesal para personarse en el recurso de casación interpuesto por los acusadores y, a pesar de tener abogado y procurador, había permanecido voluntariamente inactivo en la tramitación de dicho recurso que, en definitiva, fue estimado.⁵⁴

El amparo constitucional fue estimado porque el art. 881 LECrim «muestra con meridiana claridad la voluntad del legislador de que no quepa posibilidad ni excusa alguna para que, sobre quien pueda resultar afectado por una resolución dictada en sede casacional penal, se proyecte la decisión última sin haber sido representado y asistido en la tramitación del procedimiento ante el Alto Tribunal» (FJ. 3º) y, al prescindir de ello, «al recurrente no se le ha producido la vulneración que subraya del derecho de defensa en sí mismo considerado, sino el de asistencia letrada considerada *stricto sensu*» (FJ. 4º).

53. «Igualmente, el Secretario judicial interesará el nombramiento de Abogado y Procurador para la defensa del procesado, condenado o absuelto por la sentencia, cuando no fuese el recurrente ni hubiese comparecido.

El abogado así nombrado no podrá excusarse de aceptar la defensa del procesado, como no sea por razón de alguna incompatibilidad, en cuyo caso se procederá al nombramiento de otro Letrado».

54. Esta es una síntesis del razonamiento jurídico tercero del Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 14 de Febrero de 2001, por el que se acuerda no haber lugar a la nulidad de actuaciones solicitada en relación con la Sentencia dictada por la misma Sala, el 30 de Octubre de 1998.

La conclusión parcial que puede fundarse en esta disposición de LECrim y en la doctrina jurisprudencial del TC referida a un caso en que debió ser aplicada es que la dejadez, u otra motivación, del acusado e, incluso, la desidia, u otra motivación, de los profesionales del Derecho que le asistan y representen no son razones que justifiquen que el acusado no deba contar con una defensa técnica efectiva en una etapa del proceso penal. Esas condiciones subjetivas del acusado e, incluso, de los profesionales del Derecho que le asistan y representen, no impiden que el TC estime que se ha producido «la vulneración del derecho fundamental a la asistencia letrada del recurrente» que debe tener como consecuencia la nulidad de las actuaciones desde que se inició «la sustanciación del recurso de casación».

3.3. La defensa técnica del investigado, del encausado y del acusado: de derecho subjetivo a elemento estructural del proceso penal

Las conclusiones parciales de los diferentes sub-apartados del apartado 3.2 conducen a una conclusión final que podría formularse sintéticamente así: la defensa mediante abogado no es sólo un derecho subjetivo del investigado, del encausado y del acusado, sino un elemento estructural del proceso penal, lo que repercute en una cierta irrelevancia de la voluntad del sujeto pasivo de ese proceso respecto de la asignación al mismo de un defensor técnico y respecto de la evaluación de la tarea que este defensor debe desarrollar.

En el CEDH esa idea subyace al derecho del acusado a «poder ser asistido por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan (art. 6.2, c CEDH, y el TEDH ha extraído consecuencias de ello (apartado 3.2.1). Pero la defensa técnica como elemento estructural del proceso queda establecida con mayor claridad si, como ocurre ampliamente en Derecho español, la asistencia preceptiva de abogado se desvincula de la situación económica de la persona frente a la que se dirige la investigación y el proceso penal, de otras condiciones personales de la misma y hasta de que esa persona haya solicitado tal nombramiento.

En la literatura jurídica española, la naturaleza de la defensa técnica preceptiva está muy bien sintetizada en las siguientes palabras de MORENO CATENA: «entendemos que el defensor técnico —designado de oficio, por supuesto— que viene al proceso contando con el absoluto rechazo del acusado cumple con la función de actuar un mecanismo de autoprotección del sistema procesal penal, establecido para que se vean cumplidamente satisfechas las ‘reglas del juego’ de la dialéctica procesal y de la igualdad de las partes. Es decir, que en tales casos el defensor satisface un interés extraño al sujeto pasivo del proceso penal: el interés público general de asegurar el *due process of law*».⁵⁵

55. MORENO CATENA, *La defensa en el proceso penal*, cit., p. 112.

Siendo muy convincente esta posición doctrinal, mucho más importante es la comprensión de la asistencia letrada preceptiva que deriva de una larga serie de sentencias del TC, de las que nos limitaremos a examinar dos especialmente significativas puesto que se enfrentan con casos en que la concepción de la asistencia preceptiva de abogado constituía el verdadero núcleo de la cuestión litigiosa en el amparo constitucional.

En la primera de ellas, la STC 29/1995, de 6 de febrero de 1995, el solicitante de amparo pretendía que el hecho de que no se le autorizara a defenderse solo por sí mismo, no siendo abogado, en un proceso por delito, constituía violación de su derecho fundamental a la defensa.

El TC, por un lado, establece que ese derecho fundamental comprende el derecho del imputado y del acusado a desarrollar por sí mismos actividad defensiva y que la ley debe proteger suficientemente ese contenido del derecho —y considera que lo hace al facultar al sujeto pasivo del proceso penal a declarar cuantas veces quiera, y también a no hacerlo; también al establecer su derecho a la última palabra—, pero, por otro lado, y tras repasar las disposiciones de LECrim que imponen preceptivamente la defensa por abogado desde ciertas situaciones procesales, igualmente determina, en el FJ 4º, que «El contenido del derecho a defenderse por sí mismo no se extiende a la facultad de prescindir de la preceptiva defensa técnica. El mandato legal de defensa por medio de Abogado encuentra una propia y específica legitimidad, ante todo en beneficio del propio defendido, pero también como garantía de un correcto desenvolvimiento del proceso penal, asegurando, en particular, la ausencia de coacciones durante el interrogatorio policial y, en general la igualdad de las partes en el juicio oral, y evitando la posibilidad de que se produzca la indefensión del imputado de tal modo que frente a una acusación técnica aparezca también una defensa técnica». Y en ese mismo fundamento recuerda lo dicho en la STC 42/1982, FJ 3º: «En ningún caso cabe transformar un derecho fundamental *que es simultáneamente un elemento decisivo del proceso penal* en un mero requisito formal, que pueda convertirse en obstáculo insalvable para tener acceso a una garantía esencial, como es la del recurso».

En el caso de la STC 60/2003, de 24 de marzo, que hemos considerado en el sub-apartado 3.2.5, el acusado contaba con representación de procurador y con asistencia de abogado, pero estos ni se personaron ante el Tribunal Supremo, ni actuaron en la vista de un recurso de casación interpuesto por los acusadores y que fue estimado, con agravación de la condena impuesta en la instancia. Como puede comprobarse en el FJ 4º de la STC 60/2003,⁵⁶ la *ratio*

56. Este FJ 4º se construye con citas de abundante jurisprudencia del TC, de la que se resaltan declaraciones de este tipo: «en razón de la conexión existente entre el derecho a la asistencia letrada y la institución misma del proceso, de importancia decisiva en el Estado de Derecho, «la pasividad del titular del derecho debe ser suplida por el órgano judicial (arts. 118 y 860 LECrim) para cuya propia actuación, y no sólo para el mejor servicio de los derechos e intereses del defendido, es necesaria la asistencia del Letrado» (STC 42/1982, FJ 2). (...) Por lo tanto, «el derecho a la asistencia letrada, que, en cuanto derecho subjetivo, tiene como finalidad 'asegurar la efectiva

decidendi para estimar el amparo por vulneración del derecho fundamental a la asistencia letrada coincide plenamente con la motivación de la STC 29/1995.

En alguna de las conclusiones parciales del apartado 3.2 ya se apuntó que el régimen legal de defensa preceptiva por abogado no se compadece con una correlativa indiferencia del ordenamiento frente al modo en que el abogado cumpliera su tarea.

Esa conclusión resulta reforzada si, como ocurre en Derecho español en todo proceso por delito y desde la situación procesal de investigado y encausado, la asistencia de un abogado no es sólo un derecho de la persona frente a la que se dirige la investigación y el proceso penal, sino una pieza estructural del proceso penal, cuya función es posibilitar que el principio de contradicción opere a pleno rendimiento y en condiciones de igualdad, porque ese es el método para alcanzar una sentencia justa. Así las cosas, no puede bastar con crear la pieza y con insertarla en el sistema para, después, mostrarse indiferente hacia su efectiva operatividad o para establecer como parámetro de tal operatividad la voluntad expresa, tácita o presunta del investigado, encausado o del acusado, en frontal contradicción con el nulo valor que se ha concedido a esa voluntad para excluir que deba existir una defensa letrada.

La STC 60/2003 —para su contexto, remito al subapartado 3.2.5— no puede ocultar que se enfrenta a esa contradicción. Dice, en efecto, en su fundamento jurídico 3º que: «Ciertamente este Tribunal ha hecho hincapié en que en los procesos jurisdiccionales los interesados deben observar la debida diligencia, así como el efecto que en la tutela judicial efectiva tiene una actitud contraria en los supuestos a los que correctamente alude el Auto objeto de impugnación» y que «Trasladada dicha doctrina al caso presente, el resultado sería, en principio, el que apunta el Auto del Tribunal Supremo impugnado». A pesar de ello, acaba por conceder el amparo con el argumento de que el art. 881 LECrim impone preceptivamente que el acusado no recurrente sea asistido por abogado en el recurso de casación interpuesto por otras partes. La cuestión es que esa misma justificación debería ser invocada con el mismo fundamento respecto de las normas más generales de asistencia preceptiva de abogado (subapartado 3.2.3), de las que el art. 881 LECrim no es más que una manifestación singular.

realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas resultado de indefensión ...' (SSTC 47/1987, FJ 2; 233/1998, FJ 3), en ciertas ocasiones constituye también una exigencia estructural del proceso (SSTC 47/1987, FJ 3; 233/1998, FJ 3) y una garantía del correcto desenvolvimiento del mismo (STC 29/1995, FJ 4). Dicho de otro modo, '[el] mandato legal de defensa por medio de Abogado encuentra una propia y específica legitimidad, ante todo en beneficio del propio defendido, pero también como garantía de un correcto desenvolvimiento del proceso penal, asegurando, en particular, la ausencia de coacciones durante el interrogatorio policial y, en general, la igualdad de las partes en el juicio oral, y evitando la posibilidad de que se produzca la indefensión del imputado de tal modo que frente a una acusación técnica aparezca también una defensa técnica' (STC 29/1995, FJ 4).

3.4. El estándar objetivo de una defensa eficaz del investigado, encausado y del acusado en un proceso penal

Establecido que es una exigencia del sistema de justicia penal que la persona frente a la que se dirige la investigación y el proceso penal debe ser defendida por abogado, aunque no lo quiera, no puede ser indiferente a tal exigencia que esa defensa debe tener una entidad, un grado de calidad, fijado con arreglo a parámetros objetivos y no en atención a lo que la persona defendida quiera o consienta.

3.4.1. Las aproximaciones a los parámetros objetivos de una defensa eficaz

La defensa del abogado como elemento estructural del proceso penal no consiste solamente en poner al lado del investigado, del encausado y del acusado a una persona que tenga la habilitación profesional para ejercer como abogado, sino que comprende la exigencia de que el abogado ejerza efectivamente la función que el sistema procesal penal requiere de él.

Con unos o con otros términos, como *ratio decidendi* o como reiterado *obiter dicta*, presto a convertirse en criterio de decisión, la jurisprudencia del TEDH y del TC español ofrecen abundantes muestras en las que estos tribunales, al referirse a la defensa del acusado en el proceso penal, no pueden eludir la necesidad de adjetivarla para dejar bien sentado que esa defensa debe ser una verdadera defensa.⁵⁷

57. Es útil presentar alguna de esas muestras, que he destacado en cursiva en los párrafos de las correspondientes resoluciones: STEDH 13 mayo 1980, caso Artico contra Italia, párrafo 33: «La Cour rappelle que *le but de la Convention consiste à protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs; la remarque vaut spécialement pour ceux de la défense (...). L'article 6 par. 3 c) (art. 6-3-c) (...) parle d'«assistance» et non de «nomination». Or la seconde n'assure pas à elle seule l'effectivité de la première*»; STEDH 24 de mayo 1991, caso Quaranta contra Suiza, párrafo 36: concluyó que «In the circumstances of the case, his appearance in person before the investigating judge, and then before the Criminal Court, without the assistance of a lawyer, did not therefore enable him to present his case in an adequate manner», de lo que cabe deducir que lo que requieren los «intereses de la justicia» es la actuación de un abogado que defienda el caso «*in an adequate manner*»; STC 37/1988, de 3 de marzo de 1988: el legislador deberá regular el nombramiento de Abogado de oficio en determinado supuesto de modo que «*no desemboque en una simple designación sin asistencia efectiva*»; STC 53/1990, de 26 de marzo de 1990, STC 13/2000, de 17 de enero y STC 47/2003, de 3 de marzo de 2003: no basta «para tutelar el derecho de defensa la designación de los correspondientes profesionales, sino que *la realización efectiva del derecho de defensa requiere (...) proporcionar asistencia letrada real y operativa*»; STC 91/1994, de 21 de marzo: deben «*extremarse las cautelas para que el derecho de defensa no fuera meramente formal y la asistencia letrada fuera real y efectiva*»; STC 105/1999, de 14 de junio: «la encomienda del asunto a otro Abogado que no dispuso de tiempo para preparar su actuación, improvisándola pues, se convierte en un *cumplimiento formulario del derecho a la defensa, que priva de contenido real y de eficacia dialéctica, más rito procesal que sustancia*»; STC 26/2014, de

Hay casos en los que una defensa no merece ni siquiera el nombre de tal, ni mucho menos los calificativos que en las sentencias del TEDH y del TC citadas en nota se utilizan para adjetivar esa defensa: efectiva, adecuada, eficaz, real, operativa; no teórica, ni ilusoria, vana, meramente formal, formularia, o de mero rito.

Entre esos casos destacan, indudablemente, los de los mal llamados ellos mismos abogados —y mal llamada defensa la actuación que llevaron a cabo— que actuaban en los falsos sistemas de justicia penal, como los procesos penales en regímenes totalitarios.⁵⁸

De otro caso extremo da cuenta una Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (sección 5ª) de 24 de noviembre de 1997 (Id Cendoj: 46250370051997100007), que declaró la nulidad de un juicio oral celebrado sin la comparecencia del acusado, pero con asistencia de su abogado, quien optó por permanecer callado durante la celebración del acto.⁵⁹

En la jurisprudencia del TEDH no se exige que la deficiencia de la tarea del defensor sea tan extrema para concluir que un Estado es responsable de infracción del art. 6.3, C del CEDH por haberse dictado una condena en un proceso penal en el que el acusado ha carecido de una defensa efectiva.

La STEDH 14 abril 2014, caso Dvorski contra Croatia, parágrafo 90, el TEDH sintetiza el planteamiento general ante los casos de deficiente actuación de la defensa técnica: «The Court further reiterates its established case-law according to which the State cannot normally be held responsible for the actions or decisions of an accused person's lawyer (see *Stanford v. the United Kingdom*, 23 February 1994, § 28, Series A no. 282-A) because the conduct of the defence is essentially a matter between the defendant and his counsel, whether appointed under a legal aid scheme or privately financed (see *Czekalla v.*

13 de febrero de 2014: entre las condiciones para que una condena en ausencia del acusado no vulnere el contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías está que el acusado haya «*sido efectivamente defendido por Letrado designado*».

58. No he podido tener acceso a la monografía de LLOBET RODRÍGUEZ, J., *Justicia penal en el Estado arbitrario (La reforma procesal penal durante el nacionalsocialismo)*, Editorial Jurídica Continental, San José de Costa Rica, 2004, pero en la interesante reseña que hace MUÑOZ CONDE, F., en Revista digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, núm. 2, 2010, indica que: «Llobet menciona en su libro varios ejemplos de esa nazificación del proceso penal: (...) se restringió el derecho de defensa, cuando no se convirtió al defensor en simple colaborador de la acusación».

59. En el FJ único, la Audiencia hace notar que el juicio se hubiera podido celebrar ante la injustificada ausencia del acusado «si no viniera unido al hecho descabellado de que el letrado defensor, que lo es por ejemplo en el recurso, es decir, que no ha dejado de serlo en ningún momento, manifestara entonces con la torpe finalidad antes dicha (MOR: que se acordara la suspensión del juicio), que le había sido retirado el mandato para actuar en ese momento, con el efecto consiguiente de que el juicio se celebró ante la absoluta pasividad del letrado que, solo por obediencia (dice) permaneció en la Sala totalmente mudo, hasta no firmar el acta. La ocasión era propicia, por tanto, para instar con todo fundamento correcciones disciplinarias para el letrado (...). Pero, al margen de ello, el juicio se celebró sin letrado que defendiera al acusado, algo ciertamente imposible y determinante de vicio capital de aquellos a los que se refiere el artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuya aplicación ha de acordarse la nulidad pedida».

Portugal, no. 38830/97, § 60, ECHR 2002-VIII; see also *Bogumil v. Portugal*, no. 35228/03, § 46, 7 October 2008). Nevertheless, in the case of a manifest failure by counsel appointed under the legal aid scheme, or in certain circumstances a privately paid lawyer, to provide effective representation, Article 6 § 3 (c) of the Convention requires the national authorities to intervene (see *Güveç v. Turkey*, no. 70337/01, §§ 130-131, ECHR 2009).

Entre las modalidades que esas deficiencias de la defensa pueden presentar, la STEDH 13 mayo 1980, caso *Artico* contra Italia, parágrafo 33, mencionaba la de que el abogado pudiera «se dérober à ses devoirs»; y la Sentencia TEDH 20 enero 2009, caso *Güveç* contra Turquía, parágrafo 131 considera muestra de tal deficiencia «the manifest failure of his lawyer to represent him properly».

3.4.2. Para una determinación de los parámetros objetivos de una defensa eficaz. La conducta de la defensa y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas o en un plazo razonable

Lo expuesto en el anterior sub-apartado 3.4.1 revela que, para que se pueda hablar de defensa por abogado, es conceptualmente necesario algo más que una persona que se proclame abogado del acusado —incluso que así lo proclame el propio acusado—, que se halle en posesión de la titulación académica y profesional requerida, que, en algunos sistemas procesales, vista toga y tenga asiento en un determinado lugar de la sala de audiencia, y que actúe y tome la palabra cuando, de acuerdo con la ley procesal y los poderes de dirección del tribunal, corresponda hacerlo a quien llamamos abogado defensor.

Ahora bien, cuando se intenta precisar en qué debe consistir ese «algo más», hay que enfrentarse con el dato real de que la calidad de una defensa técnica puede tener grados, desde una defensa inexistente, porque no se manifiesta en acto alguno a pesar de hallarse presente el abogado, pasando por una defensa que actúa con mínima eficacia por la ineptitud de sus planteamientos, hasta una defensa de suma eficacia, que no sólo se muestra en que el tribunal acoge las tesis que aquélla sostiene, sino también, aun a falta de este resultado, por el reto que los planteamientos presentados han supuesto para la motivación de las resoluciones judiciales que rechazan las tesis defensivas.

Atendida esa graduación, las respuestas razonables a la cuestión de si una persona frente a la que se dirige la investigación y el proceso penal ha tenido una defensa eficaz no deberían ser ni que ha carecido de ella por haber disfrutado de una defensa excelente, ni que ha contado con una defensa eficaz solamente porque ha tenido un abogado y éste ha realizado actuación defensiva en el procedimiento, prescindiendo de toda evaluación de los contenidos y de las lagunas de esa actuación.

Buscando un fundamento para basar unos parámetros objetivos para valorar una defensa eficaz pienso que puede hallarse en un aspecto de la doctrina jurisprudencial del TEDH sobre el derecho a ser juzgado en un plazo razonable (art. 6.1 CEDH).

La idea básica es la siguiente:

- 1º) Si un proceso ha tenido una larga duración y han concurrido como causas de ese efecto tanto las deficientes organización y funcionamiento del poder público, cuanto la actividad procesal de la parte que invoca haber sufrido violación del derecho a ser juzgada en plazo razonable, la concurrencia de la segunda causa no impide que el TEDH entienda que ha existido violación del derecho, siempre que la actividad procesal de la parte se hubiera movido dentro de ciertos márgenes y no hubiera incurrido en ciertas malas prácticas.⁶⁰
- 2º) Consiguientemente, las actuaciones defensivas de una parte que no puedan ser calificadas como contrarias a que un proceso termine en un plazo razonable, constituyen el contenido normal y adecuado de la defensa que el sistema espera que desarrolle el abogado de esa parte.

La jurisprudencia del TEDH es generosa a la hora de conceptuar qué actuaciones defensivas deben ser consideradas normales y adecuadas.

Por un lado, el Tribunal sostiene que a la parte se le exige «to refrain for using delaying tactics» (STEDH, caso Wiesinger contra Austria, 30 Octubre 1991, párrafo 57) y se la considerará responsable del retraso «in case of manifest ill-will on their part» (STEDH, caso Malet contra Francia, 11 Febrero 2010).

Por el contrario, el Tribunal no reprocha a la parte el pleno uso de los medios y de las facilidades que el ordenamiento pone a su disposición (STEDH, caso Erkner y Hofauer contra Austria, 23 Abril 1987; STEDH, caso Guerreiro contra Portugal, 31 Enero 2002; STEDH, caso Jetzen contra Luxembourg, 4 Marzo 2008; STEDH, caso Sopp contra Alemania, 8 Octubre 2009).

Con este último planteamiento son plenamente coherentes otras sentencias del TEDH referidas a la necesidad de defensa por abogado y que tuvieron oportunidad de pronunciarse sobre qué actuaciones defensivas eficaces eran esperables de ese abogado, siendo por ello imprescindible que el acusado contara con su defensa:

- 1ª) En el caso de la Sentencia TEDH 13 mayo 1980, caso Artico contra Italia, el Gobierno italiano, para concluir que la actuación de un abogado no venía impuesta por los intereses de la justicia, argumentó que una alegación de prescripción que sostenía el acusado constituía una simple especulación llamada al fracaso. El TEDH rechazó el argumento indicando que, si bien es difícil establecer con seguridad que tal alegación tendría éxito de ser defendida por un abogado, «Surtout, la nécessité de pareille preuve ne ressort nullement du texte de l'article 6 par.

60. Puede verse el útil estudio de la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia, elaborado por CALVEZ, F., RÉGIS, N., *Length of court proceedings in the member states of the Council of Europe based on the case law of the European Court of Human Rights (31 July 2012)*, Council of Europe Publishing, 2012, pp. 20-22.

3 c) (art. 6-3-c); si on l'y introduisait par voie d'interprétation, elle le priverait d'une large part de sa substance».

- 2^a) En el caso de la Sentencia TEDH 24 de mayo 1991, caso Quaranta contra Suiza, el Gobierno suizo intentó justificar que la gravedad de la pena que podía ser impuesta al acusado no hacía necesaria la intervención de abogado, porque la práctica de los tribunales demostraba que estos raramente imponían la pena máxima autorizada por la ley. No obstante, el TEDH rechazó el argumento porque eso «was no more than an estimation; the imposition of a more severe sentence was not a legal impossibility. Under section 19 para. 1 of the Federal Misuse of Drugs Act, in conjunction with Article 36 of the Swiss Criminal Code, the maximum sentence was three years' imprisonment. In the present case, free legal assistance should have been afforded by reason of the mere fact that so much was at stake.»

A la vista de esta jurisprudencia, cabría decir que el TEDH considera que constituye una defensa normal y adecuada aquella que extreme el aprovechamiento de las posibilidades que la ley abre para que puedan ser presentados ante un tribunal, y apreciados por él, los datos favorables al acusado. Consiguientemente, siendo conscientes de la extrema dificultad de establecer una referencia segura para identificar la defensa exigible, se podría sostener que es aquella que no consiste en un ejercicio irracional o estrafalario, en términos de técnica jurídica, de los medios de defensa, ni siquiera en llevar al extremo las posibilidades defensivas previstas por la ley, pero sí, en cambio, una defensa que responda a las características siguientes:

- 1º) Aprovechar posibilidades procesales que, de acuerdo con una interpretación no forzada de las normas, son admisibles atendidas las circunstancias concurrentes en el desarrollo del caso, y aprovecharlas con cumplimiento de sus requisitos de admisión.
- 2º) Aprovecharlas porque, además de la admisibilidad procesal, se cuenta con elementos —hechos, fuentes de prueba, elementos para la crítica del valor de las pruebas, razonamientos consistentes de Derecho material— que pueden conducir razonablemente al éxito de la actuación defensiva, a la estimación de lo pedido, a la aceptación de lo afirmado, a la formación de convicción sobre certeza de hechos o a la generación de duda razonable sobre los hechos de los que deriva la responsabilidad penal.