

# OBSERVACIONES PRELIMINARES

Tomás S. Vives Antón

Catedrático emérito de Derecho Penal de la Universidad de Valencia  
Vicepresidente emérito del Tribunal Constitucional

**Sumario:** 1. Derecho de defensa y juicio justo. 2. Derecho de defensa y derecho del abogado a defender. 3. Sobre la libertad de defensa: A. Introducción. B. La libertad de defensa como libertad de expresión del abogado. C. De la libertad de actuación del abogado. D. Garantías de la libertad de defensa.

## 1. DERECHO DE DEFENSA Y JUICIO JUSTO

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TDH) declaró en su sentencia de 2 de Junio de 2005 [caso Goktepe c. Bélgica (*Tol 117828*)] que la contradicción es “el corazón del juicio justo”. Esa afirmación no es una simple ocurrencia retórica, sino que apunta a la esencia misma del juicio justo desde la perspectiva constitucional. El objeto del proceso ya no puede ser, dado ese trazo esencial de su configuración, una búsqueda ilimitada de la verdad a cargo de los órganos oficiales encargados de averiguarla, respecto a la que el imputado comparece como el objeto principal de la indagación; en adelante, por el contrario, el proceso ha de cursar como una controversia entre iguales, en la que los poderes de las instituciones públicas han de detenerse ante los derechos del imputado. Desde esa perspectiva, el derecho de defensa cobra una nueva y singular importancia en el proceso penal, como momento básico del juicio justo, al que es preciso otorgar una atención renovada, a cuya finalidad se dedica esta sección de la revista *Teoría & derecho*.

La mayor parte de las cuestiones más básicas de ese derecho son estudiadas monográficamente por otros autores. Sin embargo, me parece útil añadir, como mera presentación, algunas consideraciones previas que sirvan como

una suerte de estado de situación del derecho, básicamente en la jurisprudencia constitucional, mediante las que el lector pueda aproximarse tanto a su posición genérica como a sus límites.

## 2. DERECHO DE DEFENSA Y DERECHO DEL ABOGADO A DEFENDER

Para comenzar a delinear la situación del derecho de defensa en la jurisprudencia constitucional, creo necesario transcribir el fundamento jurídico número trece de la STS 91/2000 de 30 de marzo (*Tol 24513*).

“... Nuestra jurisprudencia (SSTC 37/1988, de 3 de marzo, 181/1994, 29/1995, de 6 de febrero y 162/1999, de 27 de septiembre), ha reconocido que el derecho a participar en la vista oral y a defenderse por sí mismo forma parte del núcleo del derecho de defensa que ha de considerarse esencial desde la perspectiva del art. 24 CE y, por lo tanto, que constituye el punto de partida en la fijación del que hemos denominado “contenido absoluto” de los derechos fundamentales que, necesariamente, ha de proyectarse ad extra.

En el proceso penal, el derecho del acusado a estar presente en la vista oral no es únicamente una exigencia del principio de contradicción, sino el instrumento que hace posible el ejercicio del derecho de autodefensa para contestar a las imputaciones de hechos que, referidas a su propia conducta, conforman la pretensión acusatoria. Sólo mediante la presencia física en el acto del juicio puede prestarse o negarse

la conformidad a la acusación, puede convertirse la declaración del acusado en un acto de defensa, puede interrogarse a los testigos y ser examinado por éstos, puede coordinarse la defensa que se ejerce a través de la asistencia técnica del Letrado, y, en fin, puede ejercerse el derecho a la última palabra que, en nuestro Ordenamiento, hemos reconocido como una manifestación del derecho de autodefensa (STC 181/1994, de 20 de junio). La vista oral no es una simple secuencia del proceso penal, sino el momento decisivo en el que con publicidad y plena contradicción se debate acerca de la fundamentación de las pretensiones de condena y la fuerza de convicción de las pruebas aportadas por la acusación y la defensa.

El derecho del acusado a estar presente en el acto del juicio oral puede inferirse inmediatamente de los arts. 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, según los cuales “*Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial ... para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal*” y “*a que se presuma su inocencia mientras no se prueba su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa*”; y del art. 14, núms. 1 y 3, del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966**, en la medida en que reconoce a toda persona el derecho a “*ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal ... en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella*”, y se establece como garantía mínima de toda persona acusada de un delito el derecho “*a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección ...*”, sin que sea necesario volver a destacar la importancia que, a tenor del art. 10.2 CE, revisten tales textos a la hora de determinar el contenido absoluto del derecho a un proceso justo (art. 24 CE).

Especialmente significativo resulta al respecto el tenor literal del art. 6.3 c) CEDH, en el que se reconoce el derecho “*a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor*”. Se pone así de manifiesto que 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, habiéndose reiterado, tanto por nuestra jurisprudencia (vid. las SSTC antes mencionadas) como por la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que 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.

Merecen destacarse, en tal sentido, las SSTEDH de 16 de diciembre de 1999 (casos T y V contra Reino Unido). En dichas resoluciones el Tribunal Europeo re-

*afirma de modo inequívoco que el derecho del acusado a defenderse comporta el de poder dirigir realmente su defensa, dar instrucciones a sus abogados, interrogar a los testigos y ejercer las demás facultades que le son inherentes.*

*En ese contexto han de entenderse las numerosas resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativas a la importancia capital que ha de darse a la presencia del acusado en el marco de un juicio justo (SSTEDH de 12 de febrero de 1985 —caso Colozza c. Italia, núm. 27—; de 28 de agosto de 1991 —caso FCB c. Italia, núms. 28 a 36—; de 23 de noviembre de 1993 —caso Poitrimol c. Francia, núms. 31 y 35—; de 22 de septiembre de 1994 —casos Lala y Pelladoah c. Holanda, núms. 27 y 40, respectivamente).*”

Si algo se sigue de esas consideraciones del TEDH y del TC es que la titularidad del derecho de defensa penal corresponde al imputado y que la asistencia letrada es un complemento esencial de su derecho a ser oído, que posibilita tanto el ejercicio adecuado del derecho cuanto la igualdad de armas en el proceso. Pero, de esa premisa se siguen varias conclusiones que es preciso extraer para modificar nuestras prácticas haciéndolas acordes con las exigencias constitucionales. La primera de esas conclusiones es la de que la posición física de los abogados defensores en el proceso no es adecuada, como se sigue inmediatamente de las sentencias en los casos T y V contra el Reino Unido, dictadas por el Tribunal Europeo y citadas por el Tribunal Constitucional. En efecto, en ellas se estimó infringido el derecho de defensa porque la posición física de los abogados durante el juicio no permitía a los imputados dirigir efectivamente su defensa. La circunstancia de que fuesen menores no alteró esa conclusión. Pues bien: la configuración de nuestras salas de audiencia ha de modificarse conforme a esa exigencia del derecho del imputado a la defensa, según la cual ha de poderla dirigir realmente. Desde luego, las exigencias de cambio procedentes del contenido del derecho de defensa no terminan en la necesidad de esa modificación física, sino que van mucho más allá: precisan el reconocimiento jurídico de esa relación, cuya función en el proceso podría enervarse si no se le otorgase una tutela especial frente a las posibles ingerencias de los poderes públicos.

Pocos pronunciamientos judiciales hay en España al respecto. Por eso merece destacarse el recaído al enjuiciar la actuación del juez que instruyó el caso Gürtel. Aunque, se trata de una decisión instructoria, sin más valor que el de un pronunciamiento meramente provisional, vale la pena destacar cuanto se dice en el fundamento de derecho primero del auto de 19 de octubre de 2010 (*Tol 1972819*). Reza así:

“Sobre este particular, es importante resaltar que el Tribunal Europeo de Derechos humanos ha admitido la intervención de las comunicaciones entre el letrado y su cliente en los supuestos excepcionales en que se instrumentalice el ejercicio de la profesión de abogado para la comisión de conductas delictivas. Y así, en la sentencia de 30 de septiembre de 1985 (*Caso Can contra Austria*), a pesar de que se estimó infringido el art. 6.3.c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales por haberse impedido a un imputado en situación de prisión provisional comunicarse libremente con su abogado durante un periodo de tres meses al inicio de la instrucción (se le impuso que las entrevistas con su letrado fueran a presencia de personal judicial ante el peligro de ocultación de pruebas), se matiza que no quedó constatado en el caso concreto el peligro de colusión entre el imputado y el letrado con incumplimiento de los deberes profesionales de éste. Con lo cual, se deja abierta la posibilidad de que la medida fuera legítima en el caso de que se acreditara una actuación delictiva del letrado en connivencia con el imputado.

En similares términos se pronunció el TEDH en la sentencia de 20 de junio de 1988 (*Caso Schönenberger y Dumaz contra Suiza*), al considerar que la intervención de una carta remitida por el letrado a un preso vulneraba el art. 8 del Convenio, toda vez que no se acreditó la connivencia o colusión entre el letrado y el imputado que pudiera justificar la medida. Por lo cual, cabe inferir que en caso contrario sí estaría justificada y permitida la intervención de la correspondencia imputado/letrado.

En la sentencia de 28 de noviembre de 1991 (*Caso S. contra Suiza*) se admite que pueda haber motivos excepcionales convincentes, aunque no los hubiera en el caso concreto, que justificaran el control y la escucha de las conversaciones del detenido con su letrado.

En la sentencia de 25 de marzo de 1992 (*Caso Campbell contra Reino Unido*), a pesar de que se consideró vulnerado el Convenio Europeo, no se excluye la posibilidad de autorizar en casos excepcionales la lectura de la correspondencia de un interno con su letrado cuando hubiera motivos justificados para entender que la carta contiene elementos de carácter delictivo.

La sentencia de 25 de marzo de 1998 (*caso Kopp contra Suiza*) contempla el supuesto de las escuchas te-

lefónicas de las conversaciones de un letrado con sus clientes con el fin de investigar la transmisión de una información oficial secreta a un bufete de abogado. El Tribunal Europeo no cuestionó la posibilidad de la intervención telefónica de las conversaciones del letrado con sus clientes, siempre que aquél estuviera imputado en la causa, pero estimó la demanda al considerar infringido el art. 8 del Convenio por las deficiencias y omisiones que presentaba la normativa suiza en la regulación de esta clase de conversaciones, para las que exige una ley con una precisión y claridad especiales, dados los derechos fundamentales en juego.

Y en el mismo sentido se pronuncia la reciente sentencia de 22 de abril de 2010 (*Caso Radkov contra Bulgaria*), en la que aunque se considera infringido el art. 8 del Convenio Europeo por haber sido abiertas cinco cartas dirigidas por los letrados al interno en un centro penitenciario, la resolución deja también abierta la posibilidad excepcional de la intervención y lectura en el caso de que concurrieran razones especiales.

Ahora bien, sentado lo anterior, sí debe quedar muy claro que los supuestos en que se autorice la intervención de las comunicaciones de un interno con su letrado han de ser *sumamente extraordinarios*, de modo que el nivel de exigencia indiciaria contra el abogado connivente ha de tener una enjundia y solidez sin duda notablemente superior a los supuestos de intervención habituales de las comunicaciones de un imputado con terceras personas ajenas a su letrado. Y es que los derechos fundamentales afectados son muy distintos en unos casos y en otros, tanto desde una visión cuantitativa como cualitativa de los mismos.

En efecto, en los supuestos en los que el imputado se halla preso y se intervienen las comunicaciones orales con su letrado, no sólo están en juego el derecho a la intimidad, y, en su caso, el derecho al secreto de las comunicaciones (entendido el término “comunicaciones” en sentido amplio), sino que se hallan también en liza de forma destacada y apremiante el derecho fundamental a la defensa, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, y el derecho al secreto profesional de los letrados (concebido como un derecho-deber). El cercenamiento de estos derechos se agrava por la situación de privación de libertad en que se hallan los imputados, al estar sometidos a un régimen de sujeción especial que les impide tener comunicaciones con su abogado fuera del espacio del centro penitenciario dada su situación personal. Este estatus de sujeción especial ha llevado al Tribunal Constitucional a interpretar en un “sentido reductivo” la limitación de los derechos fundamentales de un imputado en tal situación (SSTC 74/1985, 170/1996, 2/1987, 175/1997 y 58/1998).

En lo que concierne al *derecho de defensa*, el Tribunal Constitucional ha resaltado en numerosas resoluciones “la especial responsabilidad que incumbe a los órganos judiciales de velar por evitar la indefensión del justiciable en el proceso penal, porque en este ámbito

la protección de los bienes en conflicto adquiere la mayor intensidad que puede dispensar el Ordenamiento jurídico" (SSTC 1/2007 y 160/2009). Asimismo ha destacado la íntima conexión que existe entre el derecho de defensa y el de asistencia letrada, derecho que tiene como finalidad, al igual que todas las demás garantías que conforman el derecho en el que se integran, el de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de partes y de contradicción, y 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, prohibido por el precitado art. 24. 1 CE (SSTC 47/1987, de 22 de abril; y 9/1997, de 14 de enero). Sin olvidar tampoco la especial relevancia que adquiere el derecho de defensa cuando el Estado ejerce el *ius puniendi* limitando la libertad del imputado, lo que implica una profunda injerencia en el núcleo más sagrado de sus derechos fundamentales (SSTC 68/2002 y 198/2003).

Dentro del ámbito específico del derecho de defensa, el TC ha enfatizado en diferentes resoluciones la *imprescindibilidad de las comunicaciones directas* entre el imputado y su letrado para la efectividad de ese derecho fundamental (SSTC 73/1983, 183/1994, 538/1997 y 7/1998). Y el TEDH, al aplicar el art. 6.3.c) del Convenio, advierte de forma reiterada que el derecho del acusado a comunicarse con su letrado fuera del alcance de un tercero figura entre las exigencias elementales del proceso equitativo en una sociedad democrática (sentencias de 16 de octubre de 2001, "Caso Brenan contra Reino Unido"; 5 de octubre de 2006, "Caso Marcello Viola contra Italia"; y 13 de marzo de 2007, "Caso Castravet contra Moldavia").

En lo que respecta al derecho al *secreto profesional*, el último párrafo del art. 24 de la Constitución establece que la ley regulará los casos en que por razón de secreto profesional no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos. Y esta previsión del constituyente ha sido después desarrollada en los arts. 416.2 de la LECr. y 542.3 de la LOPJ. En el primero queda dispensado el abogado de declarar sobre los hechos que le hubiera confiado el imputado en su calidad de defensor. Y en el segundo precepto se obliga a los abogados a guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos. Estos preceptos quedan complementados con lo dispuesto en el art. 42.1 del Estatuto General de la Abogacía.

El concepto de secreto es interpretado tanto por el Tribunal Constitucional como por la jurisdicción ordinaria como un concepto formal e instrumental, de suerte que cuando la Constitución o el legislador ordinario protegen un secreto lo hacen como instrumento idóneo para anticipar la tutela de otros derechos sustantivos que se hallan amparados detrás del formalismo del deber

de secreto. Así sucede con el derecho al secreto de las comunicaciones, que es concebido por el Tribunal Constitucional como formal en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido (STC 114/1984); y así ocurre también con el secreto profesional, que ha de verse como una tutela anticipada de carácter formal del derecho de defensa y del derecho a la intimidad del imputado que mantiene una relación de carácter confidencial con el letrado con el fin de garantizar esos derechos fundamentales sustantivos. El propio Tribunal Constitucional ha previsto en alguna resolución la posibilidad de que el secreto profesional resulte afectado por las intervenciones de las comunicaciones de un imputado (STC 184/2003, fund. quinto).

El cúmulo de derechos afectados por la intervención de las comunicaciones imputado/letrado justifica, pues, de forma incontestable el grado de excepcionalidad que ha de tener la intervención judicial de esa clase de comunicaciones. Ello explica con holgura los reforzados niveles de exigencia con que se han de autorizar tales intervenciones, tanto en lo atinente a los requisitos sustantivos y procesales como en lo que concierne a la consistencia y explicitud de la motivación"

A todo lo cual hay que añadir que del hecho de que el derecho del abogado a defender sea un instrumento del derecho de defensa del imputado no se sigue, en absoluto, un relajamiento de su contenido: al contrario, al estar tan íntimamente unido al derecho fundamental, pasa a formar parte de él y su contenido, como se verá a lo largo de toda esta sección, resulta ampliado y reforzado. Por eso parece conveniente efectuar algunas acotaciones previas respecto de la libertad de defensa.

### 3. SOBRE LA LIBERTAD DE DEFENSA

#### A. INTRODUCCIÓN

Cuando se habla de la libertad de defensa, se hace referencia, generalmente, a la libertad de expresión y actuación procesal del abogado. Ciertamente los titulares del derecho de defensa son las partes; pero el abogado, como consecuencia de los deberes de asistencia técnica que asume, ha de gozar de la correlativa libertad para ejercerlos. Esa libertad se halla, por tanto, en tan inmediata conexión con el

derecho constitucional de defensa de las partes que puede decirse que forma parte de él. El análisis de la libertad de defensa del abogado puede analizarse dividiéndolo en dos aspectos bien diferenciados, a saber: el de la libertad de expresión, a la que por antonomasia se llama en ocasiones libertad de defensa y el de la libertad de actuación que, según más adelante se dirá, sufre en nuestro país de un cierto subdesarrollo.

Desde luego, la división podrá aparecer artificial, porque todo acto expresa algo y toda palabra pronunciada constituye, a su vez, un acto; pero, a efectos prácticos, resulta suficientemente clara y, desde luego, es útil.

## **B. LA LIBERTAD DE DEFENSA COMO LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL ABOGADO**

En mi etapa de magistrado del tribunal constitucional tuve el honor de redactar la Sentencia del que, según creo, constituye un *leading case* en esta materia. Se trata de la STC 65/2004 de 19 de abril. En su fundamento jurídico 2 se afirma que la del abogado es “una libertad de expresión reforzada cuya específica relevancia constitucional deviene de su inmediata conexión con la efectividad de otro derecho fundamental, el derecho a la defensa de la parte (art.24.2 CE) y al adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento del propio y fundamenta papel que la Constitución les atribuye (art. 117 CE). Por tales razones se trata de una manifestación *especialmente immune* a las restricciones que en otro contesto habrían de operar (STC 205/1994, de 11 de junio, FJ 5)”.

Quisiera destacar esa declaración de especial inmunidad que asiste al discurso del abogado en tanto esté cumpliendo con él su función de defensa: la libertad de expresión del abogado goza de un doble escudo constitucional, a saber: el que representa la libertad de expresar nuestras ideas, sentimientos, etc, de la que todos gozamos en virtud del art. 20 de la CE (y que, como sabemos es una libertad tan básica que goza de la que algunos autores norteamericanos denominan *full protection*); y, además del que le proporciona el hecho de que representa una condición para el ejercicio del derecho de defensa de las partes (y una condición sin la cual el ejercicio de ese derecho quedaría sin su contenido propio).

Naturalmente, cuanto acaba de decirse no implica que la libertad de expresión del abogado sea ilimitada: si lo fuera, no sería una libertad, sino un poder arbitrario; pero sí exige examinar muy cuidadosamente cualquier limitación que se imponga a esa libertad, asegurándose, antes de darla por buena, que no vulnera ninguno de los 2 derechos fundamentales antes aludidos. Así, al corregir la infracción prevista en el art.449.1 LOPJ, (faltar al respeto debido al los Jueces y Tribunales, Fiscales, Secretarios, o cualesquiera otras personas que intervengan en el proceso, ha de atenderse tanto al sentido contextual de las frases o expresiones utilizadas cuanto para su funcionalidad para el ejercicio de la defensa.

De modo que, de un lado han de quedar excluidos los insultos y descalificaciones, aunque no pueden incluirse como tales los atributos negativos que se prediquen de una actuación que se impugna; y, menos todavía, si constituyen momentos efectivos de la defensa.

Veamos ahora cómo, en el fundamento jurídico 4 resuelve la sentencia precitada el caso que enjuiciaba, aplicando los criterios a los que se hecho referencia.

*En el presente caso fue en la vista oral de un recurso de apelación civil, al justificar la solicitud de nulidad de la Sentencia impugnada, donde el recurrente, en su condición de Letrado, manifestó que en ella había “falsedades y barbaridades”, expresiones éstas en las que se centra el reproche de los Acuerdos sancionadores. Al haber sido en la vista oral y haber retirado el Presidente de la Sección el uso de la palabra al Letrado, éste no pudo entonces explicar en qué basaba tales contundentes afirmaciones. Podríamos reconstruir sus explicaciones a través de las expresadas en sus recursos en la vía judicial previa y en las alegaciones presentadas en este proceso de amparo. No parece oportuno ni preciso, sin embargo, centrar nuestro análisis en la existencia o inexistencia de justificación fáctica o jurídica de tales expresiones, pues con las mismas, cualquiera que sea su acierto y la palmaria posibilidad de ser sustituidas por otras menos molestas, no se hacía otra cosa sino expresar el desacuerdo fáctico y*

jurídico con las conclusiones a las que, en la Sentencia impugnada, había llegado la juzgadora de instancia.

Resulta evidente que a las expresiones utilizadas pueden atribuírsele diversos significados. Dicho de otro modo, no presentan como único significado el que les han atribuido los órganos judiciales al justificar la corrección disciplinaria, ni tampoco únicamente el más benigno que el recurrente ofrece en su defensa. Las expresiones utilizadas se refieren, indudablemente, a la Sentencia impugnada, aunque trascienden a su autora intelectual, mas no apreciamos que no se trate de términos empleados para defender la petición de nulidad que se postulaba, pues ésta, según el art. 238 LOPJ entonces vigente, puede basarse, entre otras razones, en haber prescindido "total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley", supuesto que, de concurrir en este caso, supondría en lenguaje coloquial un error jurídico de tal magnitud que algunos podrían tachar de auténtica "barbaridad" o una "falsedad".

Por ello cabe concluir que las expresiones vertidas en la vista oral vienen amparadas en la libertad de expresión del Letrado que, precisamente por su carácter específico, le permite una mayor "beligerancia en los argumentos" (STC 113/2000, de 5 de mayo, FJ 6) dada su conexión con el derecho de defensa de la parte. En definitiva, el abogado recurrente actuó en este caso en defensa de su cliente, intentando justificar la impugnación de la Sentencia de instancia en términos que, pese a su rotundidad, no pueden considerarse fuera del alcance de la protección que otorga la libertad de expresión en la defensa letrada. En consecuencia, los Acuerdos ahora recurridos, al sancionar al demandante de amparo exclusivamente por la utilización de tales términos aun después de haberle retirado el uso de la palabra, lo que materialmente supuso ya una importante limitación de su libertad de expresión, vulneraron esta manifestación cualificada del derecho fundamental alegado, y por ello debe otorgarse el amparo.

Creo que ese razonamiento deja bien claro cuál es el alcance la libertad de expresión del abogado, frente a la cual todo límite resulta sospechoso. Sin embargo, no siempre el Tribunal Constitucional parece haber actuado con el mismo rigor.

Para comprobarlo así, basta analizar el FJ 7 de la STC 197/2004 de 15 de noviembre, dictada, pues a los pocos meses. Dice así:

*En consecuencia, para comprobar si el indicado límite ha sido franqueado en el presente caso, habremos de atender al significado de las concretas expresiones utilizadas y al contexto procesal en que han sido empleadas por el recurrente. En tal sentido resulta pertinente recordar que la corrección disciplinaria impuesta al Letrado recurrente tiene su origen en la controver-*

*sia lingüística entablada con la Magistrada titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 49 de Barcelona, con motivo de la decisión de ésta en emplear la lengua catalana como lengua del proceso, pese a alegar el recurrente, en su condición de abogado defensor, indefensión por desconocimiento de la lengua catalana, invocando al efecto lo dispuesto en el art. 231.2 LOPJ. Pues bien, sin perjuicio del derecho que asistía al recurrente para postular que la lengua utilizada en el proceso fuese el castellano, es lo cierto que referirse a la actuación judicial con frases tales como "S.Sª me merece todo el respeto ... pero de su ciencia jurídica preferimos no opinar", "Parece una auténtica tomadura de pelo", "Decir lo que ha dicho la Ilma. Sra. Jueza ... nos parece una aberración y un desafuero", o "Lo único que podría condensar es un presunto abuso de autoridad del Sr. Secretario y de S.Sª", entraña un evidente menosprecio de la función judicial que en nada se ordena a la defensa de los intereses del defendido por el demandante de amparo y que, por esto mismo, no puede encontrar cobertura o justificación en la libertad de expresión del Letrado en el ejercicio de sus funciones de defensa, como señala el Tribunal Superior de Justicia.*

*En efecto, las reseñadas son expresiones innecesarias a efectos del derecho de defensa y no constituyen una crítica a las resoluciones judiciales, a su contenido o los razonamientos expuestos en las mismas, sino que se dirigen directamente a la titular del órgano judicial, sin más ánimo que el de descalificarla y menospreciarla, siendo expresiones que si bien no encierran ningún insulto directo, sí que resultan sin duda objetivamente ofensivas y vejatorias para un Juez en el desempeño de la función judicial, y merecen una valoración semejante a la que en diversas ocasiones ha justificado ya la desestimación ya la inadmisión de otros recursos de amparo (ad exemplum, SSTC 46/1998, de 2 de marzo, y 226/2001, de 26 de noviembre, y AATC 76/1999, de 16 de marzo, y 10/2000, de 11 de enero). En consecuencia, los Acuerdos recurridos, al sancionar al demandante de amparo por la utilización de tales expresiones, no han vulnerado la libertad de expresión del abogado en el ejercicio del derecho de defensa.*

Tal y como se relata, la conducta del abogado que resultó sancionado no parece que quepa excluir una genuina actuación de defensa, pues no cabe imaginar mayor indefensión que la de actuar en un proceso que se sigue en una lengua que el abogado no entiende bien; y, por más que esa manifestación pudiera ponerse en duda, convirtiendo todo el incidente en algo ajeno a la libertad de defensa, lo cierto es que, en la fundamentación jurídica del TC no se aduce tal cosa. De modo que la afirmación posterior de que se trata de expresiones inne-

cesarias a efectos del derecho de defensa deviene injustificada. Otro tanto cabe decir del análisis de las expresiones, de las que se dice “que si bien no encierran ningún insulto directo, sí que resultan objetivamente ofensivas y vejatorias”. Aquí el Tribunal parece incurrir en una auténtica *contradictio in terminis*, negando primero lo que después afirma.

En resumen: que el Fallo del Tribunal en el caso podrá, quizás, ser correcto; pero la fundamentación mal podría compartirse; al contrario, tal y como discurre el relato, la conclusión hubiera debido ser el otorgamiento del amparo.

### C. DE LA LIBERTAD DE ACTUACIÓN DEL ABOGADO

Los actos procesales del abogado están sometidos a los límites que resultan de la necesidad de cumplir los deberes procesales, del sometimiento a la policía de estrados y, por supuesto, a los límites infranqueables que derivan del respeto al Código penal. Así por ejemplo, no ha planteado ningún problema constitucional la sanción a un abogado por incomparecencia injustificada (STC 109/1991, de 14 de octubre) ni la sanción impuesta por alterar el orden público del juicio dando voces o sacándose la toga (STC 205/1994, de 11 de julio). Más problemático fue el caso examinado en la STC 79/2002, de 8 de abril. Expondré el problema transcribiendo un fragmento del voto particular formulado por la magistrada D<sup>a</sup> María Emilia Casas, al que se adhirió el ponente D. Fernando Garrido Falla. Dice así:

*Discrepo del razonamiento final de la Sentencia, según el cual: “En definitiva, en modo alguno se ha visto menoscabada en el caso que nos ocupa la libertad de expresión de la Abogada demandante de amparo en el ejercicio de defensa de su patrocinado, derecho fundamental que no puede amparar lo que no es otra cosa que una actuación procesalmente incorrecta de la propia Letrada, tanto más reprochable cuanto que los abogados, por la situación de protección que gozan en su actuación ante los Juzgados y Tribunales de Justicia (art. 437.1 LOPJ), vienen especialmente obligados al cumplimiento de las obligaciones que les impone la propia LO PJ y las correspondientes leyes procesales (art. 448 LOPJ), de suerte que los incumplimientos de tales obligaciones justifican precisamente la imposición*

*de las correspondientes correcciones disciplinarias por parte de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la “policía de estrados” conforme a los arts. 448 y ss. LOPJ” (FJ 7). En dicho razonamiento se interpreta el derecho fundamental en juego, la libertad de expresión, desde la legalidad infraconstitucional, cuando desde la perspectiva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico frente a sus límites y el carácter restrictivo de éstos, nuestro enjuiciamiento debe sostenerse en el proceso interpretativo cabalmente inverso; esto es, la legalidad infraconstitucional es la que debe interpretarse desde la Constitución y específicamente desde los derechos fundamentales.*

*Esta es la razón de que hayamos sostenido, en relación con la libertad de expresión y la aplicación de normas penales, que “cuando un órgano judicial aplica una norma penal ... que se refiere a conductas en las que se halla implicado el ejercicio de un derecho fundamental ..., ha de tener presente el contenido constitucional del derecho de que se trate, es decir, el haz de garantías y posibilidades de actuación o resistencia que otorga. De modo que, en este caso ... [no] puede incluir entre los supuestos sancionables aquéllos que son ejercicio ... [del derecho]” (SSTC 136/1999, de 29 de julio, FJ 20; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5).*

*Sobre la base del mismo razonamiento, tampoco las infracciones administrativas, sean o no disciplinarias, pueden incluir entre los supuestos sancionables aquéllos que constituyen legítimo ejercicio del derecho fundamental, pues, en definitiva, la protección del derecho fundamental impide que se anuden sanciones al ejercicio legítimo del mismo.*

Personalmente creo que las razones del voto particular son mejores razones que las de la sentencia. Dicho esto, que creo bastante para dar una idea aproximada de las dificultades con que tropieza en nuestro ordenamiento la libertad de defensa, concluiré con una reflexión muy genérica respecto a los tropiezos que pudieran sobrevenir, singularmente a las defensas penales, por su posible implicación en actividades delictivas.

Quiero tomar como núcleo de esta reflexión la sentencia del Tribunal Constitucional (BVG) alemán de 30 de marzo de 2004 ampliamente comentada por Mercedes Pérez Manzano, en el Libro Homenaje al profesor Gonzalo Rodríguez Mourullo.

El caso objeto de la misma es la conformidad con la Constitución de una sentencia condenatoria confirmada por el Tribunal Supremo (BGH) sobre el hecho de la recepción

de honorarios por el abogado conociendo el origen delictivo del dinero. El Tribunal Constitucional confirma que el abogado que actúa con conocimiento seguro de la procedencia ilícita del dinero entregado en concepto de honorarios por la defensa penal traspasa los límites del ejercicio legítimo de su profesión. Pero, al hacerlo, realiza importantes precisiones que destaca Pérez Manzano.

El punto de partida de esas precisiones es que resulta constitucionalmente necesario llevar a cabo “una interpretación del delito que sea adecuada a la presunción de inocencia del cliente; o, dicho de otro modo, que el derecho a la presunción de inocencia del cliente impone límites a la interpretación del delito... al ser aplicado al abogado que le defiende”.

En consecuencia, cuando del abogado se trata, ha de tenerse en cuenta que este debe partir de la inocencia del cliente, cuya culpabilidad no se habrá probado normalmente en el momento de la recepción de la provisión de fondos; y, a falta de esa prueba, no bastan las sospechas, por fundadas que sean. En consecuencia, el abogado no puede ser condenado por el conocimiento posible o probable del origen ilícito del dinero; sino que es necesario que conozca ese origen con total seguridad. Con otras palabras, para condenar al abogado no basta ni la imprudencia, por temeraria que sea, ni el dolo eventual, sino que es preciso el dolo directo. De modo que, aunque el imputado tenga embargado todo su patrimonio, no cabe efectuar, contra el abogado, la inferencia de que el dinero con el que cobra es de origen ilícito, pues una medida cautelar no es todavía una sentencia firme y la presunción de inocencia impide tenerla por tal.

Creo que basta lo dicho para caer en la cuenta de la necesidad de una regulación que diga con exactitud a los Letrados cuándo actúan lícitamente en el ejercicio de su profesión y cuándo no. El hecho de que en España no se planteen problemas como el resuelto por el Tribunal Constitucional alemán no quiere decir que no los haya, sino que no se resuelven adecuadamente; y eso significa que a veces se otorga a los abogados una incorrecta “patente

de corso” y otras —y eso es aun más lamentable— se les condena indebidamente.

## D) GARANTÍAS DE LA LIBERTAD DE DEFENSA

Las anteriores reflexiones han concluido señalando un déficit de regulación legal, y destacando la ausencia de fronteras precisas entre el ejercicio legítimo de la profesión y las conductas delictivas. Un déficit semejante puede percibirse claramente en orden a la disciplina procesal, pues la falta de respeto es un concepto tan vago que solo una tradición aplicativa segura y constitucionalmente adecuada puede precisar, y esa tradición no existe.

Pese a ello, podría pensarse que el hecho de que las infracciones procesales sean resueltas mediante un procedimiento disciplinario; esto es, un procedimiento “interno”, constituye una garantía procesal para el abogado. La STC 38/1998 de 9 de marzo lo niega paladinamente; sin embargo la STC 92/1995 de 19 de junio, que anula la sanción impuesta al abogado en un juicio de faltas, acaba entendiendo que, efectivamente, el proceso disciplinario es una garantía.

Sin embargo se trata de una afirmación más que discutible, sobre todo en los casos en que el enjuiciamiento de una supuesta falta de respeto se lleve a cabo por el Juez o Tribunal que padeció dicha conducta, pues en tal caso cabe poner en duda su imparcialidad. Una queja en ese sentido fue resuelta negativamente por la STC 197/2004 ante citada. Dice esta sentencia en su FJ 4:

*La queja relativa al derecho al juez imparcial carece de relevancia constitucional, toda vez que, como ya señalamos en la citada STC 157/1996, la misma razón de ser y la lógica de la “policía en estrados” regulada en los arts. 448 y ss LOPJ—hoy en los arts. 552 y ss LOPJ—, que da origen a resoluciones jurisdiccionales dictadas en un proceso con todas las garantías, determina que en el caso de que el órgano judicial entienda que se ha producido una conducta de las previstas en dichos preceptos “la corrección se impondrá por el Juez o por la Sala ante la que se sigan las actuaciones” (antiguo art. 451.1 LOPJ), siendo una peculiaridad perfectamente admisible de estos procedimientos diseñados para reaccionar rápida y eficazmente contra las*



*conductas incorrectas en el proceso de los abogados y Procuradores.*

*Además, como señala esa misma doctrina, no concurren en las autoridades judiciales que imponen tales correcciones disciplinarias las condiciones de Juez y parte, puesto que el bien tutelado en el art. 449.1 LOPJ "no es el honor o la dignidad de la persona titular de un órgano judicial, sino el respeto debido al Poder Judicial en tanto que institución y, por tanto, al margen de las personas que eventualmente desempeñan la magistratura" (por todas, SSTC 157/1996, de 15 de octubre, FJ 2; 79/2002, de 8 de abril, FJ 2; 117/2003, de 16 de junio, FJ 4; y 65/2004, de 19 de abril, FJ 4).*

Ese razonamiento no puede convencer, pues sea o no el Juez o Tribunal a quien se refiere la presunta falta de respeto titular del bien jurídico protegido, lo que no puede negarse es que resulta afectado por ella y, por lo tanto, que no es objetivamente imparcial. Aquí se pone de manifiesto un problema general del ordenamiento jurídico español, quizás aun más grave que los abundantes déficits de legalidad: un tratamiento inaceptable de la imparcialidad de los jueces.

Pero, ese problema no puede ser examinado aquí.