

# LA ARTICULACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA EN LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES DE NATURALEZA PERSONAL EN LOS DELITOS DE TERRORISMO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

**Amaya Arnáiz Serrano**

Titular interina de Derecho Procesal

Universidad Carlos III de Madrid

Investigadora Instituto Alonso Martínez de Justicia y Litigación

**Resumen:** El terrorismo yihadista ha provocado una enorme convulsión social en la comunidad internacional, por la virulencia de sus ataques. Las respuestas de los poderes públicos suelen ir encaminadas a preservar o restablecer la seguridad jurídica y garantizar el ejercicio de los derechos. La lucha contra la amenaza terrorista yihadista necesita de reflexiones y planteamientos más complejos por su estructura, sus características, sus métodos, etc.. La disyuntiva que plantea el terrorismo de la yihad islámica en la actualidad es que las actuaciones se realizan desde la consideración de que nos encontramos sumidos en una situación de riesgo en la que el Estado se encuentra legitimado para expandir su actuación en aras a garantizar la seguridad pública. En materia de

---

Recibido: mayo 2016. Aceptado: octubre 2016

justicia el terrorismo parece estar conduciendo a una cierta involución de las garantías que los textos constitucionales habían logrado atribuir al derecho de defensa, poniendo en peligro las conquistas esenciales del Estado de Derecho.

**Palabras clave:** Terrorismo, política antiterrorista, Derecho de defensa, garantías constitucionales, Derechos humanos, seguridad jurídica, prisión provisional, detención, incomunicación, abogado de confianza, medidas cautelares de naturaleza personal, restricciones constitucionales.

**Abstract:** Jihadist terrorism, due to the virulence of the attacks, has caused a huge social upheaval in the international community. The responses of public authorities tend to be aimed at maintaining or restoring legal certainty and guarantee the exercise of rights. Due to its structure, characteristics, methods and other aspects. the fight against jihadist terrorist threat requires more complex reflections and proposals. The dilemma posed by terrorism of Islamic Jihad today is that the proceedings are conducted from the consideration of that we are mired in a risky situation in which the State finds itself entitled to expand its activities in order to ensure public safety. Terrorism seems to lead to some regression of the guarantees that constitutional texts had foreseen to the right of defense, endangering the essential achievements of the Rule of Law.

**Keywords:** Terrorism, antiterrorist policy, right of defence, constitutional guarantees, human rights, legal certainty, provisional detention, arrest, solitary confinement, lawyer of trust, personal precautionary measures, constitutional restrictions.

**Sumario:** Introducción. 1. La incidencia de la política antiterrorista en el proceso penal. 2. Las restricciones constitucionales al régimen de garantías de determinados derechos en materia de terrorismo y bandas armadas. 3. La limitación del ejercicio del derecho de defensa por abogado de confianza en las medidas cautelares de naturaleza personal adoptadas con incomunicación en los procesos por terrorismo. 4. Algunas consideraciones entorno al “equilibrio” en el proceso penal acusatorio seguido a un acto de terrorismo.

## Introducción

El terrorismo ha provocado una enorme convulsión social en la comunidad internacional, fruto de la gran virulencia con la que han actuado los grupos yihadistas en los últimos tiempos. Desde los atentados en las Embajadas de Estados Unidos en Kenia y Tanzania en el año 1998 que provocaron la muerte de 241 personas, los atentados reivindicados por grupos yihadistas se han extendido a lo largo de la geografía mundial y han aumentado su saña. En la memoria colectiva se encuentra el ataque a las Torres del World Trade Center y al Pentágono en 2001, que golpeó a la primera potencia mundial, estremeció a la comunidad internacional y vino a transformar el Derecho en materia de lucha antiterrorista<sup>1</sup>. Desde entonces resulta complejo cuantificar el número de atentados que se han perpetrado en nombre de una religión y dramático tratar de cuantificar sus víctimas.

Europa ha venido padeciendo la terrible lacra del terrorismo desde hace mucho tiempo —sin duda, entre los grupos

---

1 Existe casi unanimidad entre la doctrina al considerar que los atentados sufridos por la primera potencia mundial el 11 de septiembre de 2001 supusieron un antes y un después en la política criminal de la sociedad moderna. Desde entonces encontrar una construcción legislativa que permita preservar el equilibrio entre seguridad y libertad es la aspiración de las nuevas políticas criminales. Desgraciadamente son muchas las voces autorizadas que alertan sobre el retroceso que en esa búsqueda se está produciendo del Estado de Derecho. BARONA VILAR, (“La conformidad del acusado, paradigma de eficiencia de la Justicia penal”, en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, 2006, pág. 405). asegura que: “[...] la luna de miel entre el mundo y los derechos humanos se ha quebrado desde ese momento. [...] Pasado el tiempo, aquellos acontecimientos siguen presentes. Especialmente remarcable es el paso atrás en la lucha por las libertades, cuando bajo la soterrada bandera de la seguridad se abandonan los derechos del ciudadano, se mantienen políticas de represión jurídicas, se endurecen las penas, se violan los derechos humanos y se autorizan los tratos inhumanos y degradantes. ¿Para qué todo un siglo de lucha por la libertad, por los derechos del hombre, por las garantías y por la erradicación de la explotación del hombre?. Todo es posible, o puede llegar a serlo desde la bandera de la seguridad. Es una balanza que ha existido siempre, si bien proyectar el peso de la seguridad en detrimento de la libertad, produce, al menos a quien suscribe, un rechazo evidente”.

más conocidos se encuentran el Irish Republican Armen (IRA) en Reino Unido, las Brigadas Rojas en Italia, la banda Baader Meinhof en Alemania y la banda terrorista Euskadi Ta Askatasuna (ETA) en España—, lo que nos ha permitido conocer distintas estrategias y una cierta evolución de las políticas criminales adoptadas por los Estados en la compleja lucha por la desarticulación del fenómeno terrorista<sup>2</sup>.

La Decisión Marco 2002/475/JAI, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo define los actos de terrorismo como aquellos delitos graves cometidos por miembros de un grupo o una organización que, por su naturaleza o su contexto, puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional cuando su autor los cometa con el fin de: i) intimidar gravemente a una población; ii) obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; iii) o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional (art. 1.1).

La finalidad por tanto del terrorismo no parece ser otra que la de provocar una gran inseguridad colectiva, lo que trae como consecuencia que los Estados pretendan prevenir y reaccionar eficazmente frente a este tipo de delincuencia que trata de desestabilizarlos. Por ello, las respuestas de los poderes públicos suelen ir encaminadas a preservar o restablecer la seguridad jurídica y garantizar el ejercicio de los derechos, paliando, en su caso, los efectos dañinos que la comisión de los actos terroristas hayan provocado.

---

2 En este sentido baste señalar como en una materia tan sensible como la ejecución y el cumplimiento de las penas se ha pasado en el Estado español de una política de dispersión de los presos de ETA imperante en los años 80 y de difícil encaje con los fines constitucionales atribuidos a la pena por el art. 25, a iniciativas como “Vía Nanclares”, un proyecto de reinserción de aquellos presos etarras que hayan decidido dar una serie de pasos inequívocos hacia el final de la violencia. Los artífices de la política penitenciaria de dispersión de presos de ETA, que cumplió un cuarto de siglo en 2014, gestaron la dispersión como arma contra la banda.

Desde Europa se ha pretendido exportar la experiencia desgraciadamente acumulada en lucha antiterrorista y, si bien son muchas las lecciones aprendidas —y siendo la finalidad del terrorismo siempre la de debilitar al Estado—, la lucha contra la amenaza terrorista de la yihad islámica (por su estructura, sus características, sus métodos, etc.) necesita de reflexiones y planteamientos más complejos.

El terrorismo de las últimas décadas del siglo XX que afligía el continente europeo era, en esencia, un terrorismo de izquierdas que pretendía provocar al sistema político para que éste reaccionase de forma desmedida y, de este modo, poder desenmascarar su auténtica naturaleza, la de Estado policial y opresor<sup>3</sup>.

El terrorismo yihadista se caracteriza en cambio por que desprecia y desaprueba la forma de vida occidental y actúa desde el convencimiento pleno de la superioridad de su propia ideología. Se trata de una amenaza que no puede identificarse con personas concretas; que no puede ubicarse en lugares determinados; cuyos daños alcanzan magnitudes desconocidas hasta el momento y cuyo fin parece pasar más por la prevención que por la represión.

---

3 “Terrorismo y Derechos fundamentales”, en *Terrorismo y Derechos Fundamentales*, HUSTER, S.; GARZÓN VALDÉS, E. Y MOLINA FERNÁNDEZ, F., Madrid, 2010, pág. 24. Podemos leer en LAMARCA PÉREZ (“Análisis de las reformas penales en el ámbito de la lucha contra el terrorismo: el caso español”, en *Terrorismo y Estado de Derecho*, J.R. SERRANO-PIEDRACASAS FERNÁNDEZ Y E. DEMETRIO CRESPO (Dirs.), Madrid, 2010, pág. 435), que: “No cabe duda que el terrorismo constituye uno de los problemas más graves que tiene planteada la sociedad actual, pero también es cierto que es la legislación antiterrorista donde el Estado democrático muestra de modo más patente una tendencia autoritaria que lesiona gravemente la eficacia de las garantías individuales. Se ha dicho así, con razón, que las leyes antiterroristas forman parte de la propia lógica del terrorismo y que, en cierto modo, expresan una autonegación del Estado de Derecho que es buscada de propósito por los propios practicantes de este tipo de acciones”.

Estas circunstancias complican la lucha contra el fenómeno terrorista pues la experiencia que muchos Estados de Derecho acumulaban es ciertamente limitada para afrontar estas nuevas formas de terrorismo, que además surgen en un contexto muy diferente. Este tipo de terrorismo es percibido como una amenaza difusa que nos sitúa en una especie de estado de emergencia permanente. Esta percepción provoca que se unan dos elementos que se encuentran en íntima relación, «por una parte, tenemos la nueva “normalidad” del derecho a la seguridad en una sociedad del riesgo y, por otra, está el hecho de que los fundamentos constitucionales se están viendo desafiados por una situación aparentemente excepcional, es decir, similar a una emergencia» tal y como advierte acertadamente STEFAN HUSTER<sup>4</sup>.

Si bien poco se parece el terrorismo que hemos padecido en el viejo continente con el terrorismo aparecido en el siglo XXI bajo la yihad islámica. Hay, sin embargo, una importante lección aprendida del pasado y es que, se puede y se debe procurar que la política antiterrorista no lamine las conquistas alcanzadas en las últimas décadas; que no se precisa sacrificar el Estado de Derecho en aras a una seguridad que debe garantizarse dentro de los límites del imperio de la ley. Además, como recuerda LAMARCA PÉREZ, «la respuesta al terrorismo no debe olvidar que la intervención penal o policial debe ser, como en todos los casos, el último de los instrumentos de intervención y que también, y sobre todo, resulta necesaria la intervención social que proscriba las desigualdades, y una intervención política que facilite el diálogo»<sup>5</sup>.

---

4 HUSTER, “Terrorismo y Derechos fundamentales”, supra cit., pág. 11.

5 “Análisis de las reformas penales en el ámbito de la lucha contra el terrorismo: el caso español”, en *Terrorismo y Estado de Derecho*, J.R. SERRANO-PIEDRACASAS FERNÁNDEZ Y E. DEMETRIO CRESPO (Dirs.), Madrid, 2010, pág. 454.

Esta tendencia a “normalizar” las medidas que debieran ser extraordinarias en la lucha antiterrorista ha sido también alertada por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien en su Sentencia del Caso Arrêt Yagiz et autres v. Turquie, de 22 de noviembre, reconoce la legitimidad de las autoridades estatales para adoptar medidas que tengan por objeto asegurar

No cabe duda de que ninguna sociedad moderna puede considerar aceptable el fenómeno terrorista, pues pretende imponer por la fuerza soluciones o medidas que el conjunto de la sociedad no aceptaría de otro modo, sirviéndose para ello de la coacción y el miedo que derivan de la amenaza de cometer terribles actos de violencia. Luego, los poderes públicos han de adoptar las medidas que sean necesarias para enfrentar esta lacra, intentando abordar junto con las consecuencias de la actuación de los grupos terroristas, la prevención y la sanción de los atentados y, particularmente, las causas del mismo, es decir, las razones que han provocado el nacimiento, el crecimiento y la precipitación del fenómeno terrorista.

Las medidas antiterroristas deben avanzar en una doble dirección preventiva y represiva, pero en todo caso sin olvidar los principios democráticos que imponen nuestras normas constitucionales, ni abdicar de los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho, que nos han posicionado como referente de la libertad y del respeto de los Derechos Humanos. Por tanto, debe entenderse con MORENO CATENA que «cualquier medida que se adopte para luchar contra el terrorismo ha de respetar siempre, y en primer lugar, los postulados que dictan los principios democráticos de libertad, a los que no se puede renunciar, ni siquiera para combatir la lacra del terror»<sup>6</sup>.

La disyuntiva que plantea el terrorismo de la yihad islámica en la actualidad es que las actuaciones se realizan desde la consideración de que nos encontramos sumidos en una situación de riesgo en la que el Estado se encuentra legitimado para expandir su actuación en aras a garantizar la seguridad

---

la legítima finalidad de la instrucción de la causa, pero también alerta, en el Fundamento Jurídico 33º de esta sentencia, del riesgo de que estas medidas que deben adoptarse con rigurosidad en el fundamento de la proporcionalidad se estén tomando en medidas sistemáticas, transformando lo excepcional en normal.

6 “El enjuiciamiento de delitos de terrorismo y el derecho de defensa”, en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, 2006, pág. 372.

pública<sup>7</sup>. Pareciera que nos precipitamos desde el Estado de Derecho hacia el denominado «Estado preventivo», que conduciría en palabras de SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ Y DEMETRIO CRESPO, «a un detrimento de la libertad basado en la lógica funcional del *Estado preventivo*, que preconiza un *modo de actuar proactivo* frente a los riesgos, y no como sería propio del *Estado de Derecho*, delimitado *reactivamente* de acuerdo a determinados principios y garantías. Dichos principios, en particular el de proporcionalidad (o prohibición de exceso), se ven desbordado por el pensamiento preventivo de la seguridad, en el que no resulta decisiva la ponderación de bienes jurídicos, sino únicamente la obtención del fin perseguido»<sup>8</sup>. En materia de justicia el terrorismo parece estar conduciendo a una cierta involución de las garantías que los textos constitucionales habían logrado atribuir al derecho de defensa, poniendo en peligro las conquistas esenciales del Estado de Derecho<sup>9</sup>.

---

7 Esa consideración de un estado de riesgo que asumimos como normal es lo que lleva a advertir a HUSTER que: “Este carácter difuso de la amenaza agrava el sentimiento de inseguridad y despierta en la población el deseo de aceptar limitaciones excesiva de los derechos civiles con el fin de permitir al Estado que actúe con determinación”, “Terrorismo y Derechos fundamentales”, en *Terrorismo y Derechos Fundamentales*, cit., págs. 18-19.

8 SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ Y DEMETRIO CRESPO, “Del Estado de Derecho al Estado Preventivo”, en *Terrorismo y Estado de Derecho*, J.R. SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ Y E. DEMETRIO CRESPO (Dir.), Madrid, 2010, págs. 258-259. En cambio para PÉREZ ROYO, “La democracia frente al terrorismo global”, en *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, (Dir. J. Pérez Royo) Madrid, 2010, pág. 9: “Las limitaciones que se imponen a nuestra autonomía personal como consecuencia de la irrupción de la violencia terrorista son cuantitativamente pequeñas, por no decir que casi insignificantes, en comparación con las que se nos imponen permanentemente como consecuencia de la simple convivencia [...] No es el sacrificio de libertad en aras de la seguridad lo que nos resulta insoportable del terrorismo y nos hace reaccionar frente a él como lo hacemos. Lo que resulta insoportable es que trastoca los cálculos acerca de la seguridad con base en los cuales cada ciudadano puede organizar su vida en libertad”.

9 Cfr. entre otros, BARONA VILAR, “Garantías y derechos de los detenidos”, en *Derecho procesales fundamentales. Manuales de Formación Continuada*, Madrid, 2004, pág. 55; CARRASCO DURÁN, “Medidas antiter-



## 1. La incidencia de la política antiterrorista en el proceso penal

El proceso penal es piedra angular de las políticas de seguridad pública, particularmente frente a la delincuencia más compleja como es la terrorista, que pretende poner en jaque la estructura del Estado quebrantando la pacífica convivencia. Pese a ello, el Estado no puede ejercer el *ius puniendi* sin pasar por el proceso, al menos no de forma legítima. La justicia sólo puede administrarse de manera legítima a través de un proceso con todas las garantías que permita imponer la sanción penal correspondiente al responsable de una acción delictiva.

Además, el proceso penal es uno de los más importantes indicadores de la cultura democrática de un país. Y asimismo, en cuanto instrumento último de política de seguridad pública debe ser cuidadosamente diseñado, de modo que logre la mejor represión de las conductas delictivas, pero sin menoscabo alguno al debido respeto de los derechos y libertades de la persona sometida al proceso.

Por ello, la conformación final del proceso penal debe procurar uno de los equilibrios más delicados entre dos intereses cruciales que ha de salvaguardar todo Estado democrático de Derecho: de un lado, la política de seguridad pública, encaminada a lograr la mejor represión de las conductas delictivas y, de otro, el debido respeto de los derechos y libertades de los ciudadanos<sup>10</sup>.

Este complejo equilibrio es el que parece haberse puesto en riesgo en los últimos tiempos haciendo oscilar la balanza

---

roristas y constitución, tras el 11 de septiembre de 2001”, en *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, J. Pérez Royo (Dir.), Barcelona, 2010, pág. 33; MARTÍ MINGARRO, *Crisis del derecho de defensa*, Madrid, 2010, págs. 22-23; MORENO CATENA, “El enjuiciamiento de delitos de terrorismo y el derecho de defensa”, en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, supra cit., pág. 381.

10 Vid. MORENO CATENA, “El enjuiciamiento de delitos de terrorismo y el derecho de defensa”, supra cit., pág. 378.

en favor de la seguridad<sup>11</sup>. Así lo acredita el hecho de que, precisamente en la actualidad, aparezcan en el horizonte señales alarmantes sobre las garantías procesales, haciendo primar sobre ellas los valores de la seguridad pública y de la represión de ciertas conductas delictivas. Ese estado de riesgo sobre el que se asientan actualmente las políticas criminales, que parece legitimar todo tipo de actuaciones para asegurar la pacífica convivencia, sobre cualquier otra consideración, es lo que está poniendo en riesgo en materia procesal las garantías procesales conquistadas a lo largo de muchas décadas<sup>12</sup>. las políticas de endurecimiento de la lucha contra el terrorismo son sin duda alguna recursos políticos más sencillos, mucho menos costosos y con mejor rédito en términos de comunicación que apostar por el fortalecimiento de los órganos de prevención y de represión

---

11 Cfr. BERGALLI, “Libertad y seguridad: un equilibrio perdido en la Modernidad”, en *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, Valencia, 2004, pág. 32; GONZÁLEZ CUSSAC, “El derecho frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas”, en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, 2006, pág. 80.

12 La pretendida eficacia de la lucha contra el terrorismo que comenzó tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 a la primera potencia mundial evidenciaron los frágiles basamentos de los derechos fundamentales. Estados Unidos desarrolló una política basada en el derecho de defensa y materializada en estrategias militares que pretendían poner fin al terrorismo a cualquier precio y que en numerosos casos han conducido a la anulación de las garantías del Estado de Derecho y a la negación de los derechos fundamentales. Prueba de la estrategia defensiva adoptada por la primera potencia es el rechazo a la participación en las políticas de cooperación desarrolladas por la Unión Europea y, particularmente su no ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional y el rechazo a la jurisdicción universal contenida en su Ley de Protección a los miembros del Servicio Americano (American Servicemembers Protection Act, siglas ASPA). Sobre algunos de los atropellos cometidos contra las garantías del proceso debido en nombre de la lucha contra el terrorismo, pueden consultarse entre otras las obras de GÓMEZ CORONA, “Estados Unidos: política antiterrorista, derechos fundamentales y división de poderes”, en *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, J. Pérez Royo (Dir.), Madrid, 2010, págs. 68-94 y LOREDO COLUNGA, “El cierre de Guantánamo. El difícil equilibrio entre voluntad política, legalidad y orden público”, *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, abril, 2011, págs. 1-36.

de los delitos. Sin embargo, esas políticas no permiten atajar en su raíz el fenómeno del terrorismo. Por ello, precisamente no debiéramos permitir que la lucha contra el terrorismo permita subvertir el orden de garantías del Estado democrático de derecho<sup>13</sup>.

Precisamente, en aras al fortalecimiento de la persecución y el enjuiciamiento del terrorismo, se plantean en los últimos tiempos reflexiones y reformas sobre la necesidad de fortalecer el proceso penal atenuando las garantías para favorecer la eficacia del proceso penal como instrumento último de la política criminal del Estado contra el terrorismo. Sobre la incidencia de la política antiterrorista en algunas de las garantías del proceso debido, en particular sobre la afectación del derecho de defensa por la imposición de abogado de oficio en momentos claves como el de adopción de las medidas cautelares personales, trataremos de reflexionar en las páginas sucesivas.

## **2. Las restricciones constitucionales al régimen de garantías de determinados derechos en materia de terrorismo y bandas armadas**

El fenómeno terrorista ha creado una dialéctica “agresión-legislación” que en la mayoría de los Estados ha dado lugar a una profusa respuesta normativa de carácter excepcional<sup>14</sup>

---

13 Tal y como señala ALCOCEBA GIL, “Contraterrorismo en el siglo XXI: de «seguridad» a «defensa»”, trabajo inédito, pendiente de publicación cedido por el autor, págs. 21 y 22: “La política contraterrorista del siglo XXI tiende a relegar las tradicionales medidas legislativas y ejecutivas destinadas a asegurar el imperio de la ley, frente a las decisiones tácticas de carácter geoestratégico dirigidas a la neutralización de posibles amenazas antes de que estas se materialicen. Este viraje en la comprensión del terrorismo y las técnicas destinadas a su represión, supone un importante paso atrás en el respeto de los principios que fundamentan el modelo político basado en el Estado de Derecho así como en la promoción de los Derechos Humanos como estatuto jurídico básico de toda persona”.

14 A este respecto, señala acertadamente GONZÁLEZ CUSSAC, “El derecho frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas”, cit., pág. 66, que: “Inevitablemente el proceso en su conjunto desemboca en la superposición motori-

y que, curiosamente en España, cuenta incluso con cobertura constitucional en una norma sin precedentes en Europa que autoriza la suspensión de derechos fundamentales durante la investigación de actos de terrorismo<sup>15</sup>.

En el ordenamiento jurídico español la constitucionalización de los derechos fundamentales de contenido procesal fue bastante amplia, comprendiendo desde el derecho a la libertad hasta la salvaguarda de las garantías procesales. Pero el legislador constituyente fue también sensible —quizá por el singular momento histórico en que fue elaborada— a los problemas derivados de la persecución de los delitos de terrorismo. De ahí, que en el art. 55.2 de la Constitución Española (CE) pueda leerse

---

zada de normas, con la consabida inflación e hipertrofia del sistema penal, que aturde igualmente a ciudadanos y juristas. Y todavía otro efecto perverso: lo que se ha llamado el «abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad»”.

- 15 LAMARCA PÉREZ (“Análisis de las reformas penales en el ámbito de la lucha contra el terrorismo: el caso español”, en *Terrorismo y Estado de Derecho*, op. cit., pág. 435. CARRASCO DURÁN, (“Medidas antiterroristas y constitución, tras el 11 de septiembre de 2001”, en *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, J. Pérez Royo (Dir.), Barcelona, 2010, págs. 15-17), advierte que “de entrada, resultaría incoherente pretender encontrar en la Constitución una solución para tratar el fenómeno del terrorismo. La Constitución es una norma que encuentra sus principales razones de ser en el reconocimiento y la garantía de los derechos y libertades de las personas y en la conformación de la estructura del poder de manera que asegure el respecto a tales derechos y libertades, mientras que, cuando nos planteamos respuestas al terrorismo, resulta inevitable tratar el tema en clave de limitaciones a los derechos”. De ahí como señala el autor la escasa recepción del terrorismo en las Constituciones, pues las políticas antiterroristas se ha plasmado predominantemente en las normas contenidas en los Códigos penales y en los Códigos del Procedimiento penal. Cataloga las escasas Constituciones en las que se alude al terrorismo en dos categorías i) las que establecen sanciones para los culpables de acciones relacionadas con el terrorismo, entre las que se encontraría las de Perú, Chile y Brasil y; ii) las que prevén medidas cuyo fin es facilitar la persecución de los implicados en la comisión de actos terroristas, entre las que se encontraría la Española, la Ley Fundamental de Bonn y la de Egipto. Dos modelos esencialmente distintos por afectar el primero al Derecho material y el segundo al procesal con indecencia más o menos directa en derechos fundamentales.

que: “una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”. Tras excepcionar el régimen de determinados derechos fundamentales para favorecer la lucha antiterrorista, el constituyente advierte a renglón seguido que: “La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes”.

Tres son los derechos fundamentales que el constituyente español considera que pueden ser suspendidos en el proceso penal seguido por terrorismo o banda armada: i) el derecho a que la *detención* no dure más que el tiempo indispensable para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y el plazo máximo de setenta y dos horas para poner al detenido en libertad o a disposición de la autoridad judicial; ii) el derecho a la *inviolabilidad del domicilio* y iii) el derecho al *secreto de las comunicaciones*. Y seis son los requisitos que el propio texto constitucional exige para excepcionar el régimen de protección constitucional de tales derechos, y permitir la válida injerencia en su ámbito.

En principio, pudiéramos pensar que no se pueden establecer excepciones a la protección de cualquier otro derecho fundamental, ni siquiera para el esclarecimiento y enjuiciamiento de delitos de terrorismo más allá de aquellos que se encuentran expresamente previstos en el art. 55.2 de la CE y bajo las estrictas condiciones que en el precepto se contemplan para que la injerencia en el derecho pueda considerarse legítima<sup>16</sup>.

---

16 Sobre la afectación de derechos fundamentales en relación con las políticas antiterroristas, cfr. CATALINA BENAVENTE, *La restricción de los derechos fundamentales en el marco de la lucha contra el terrorismo*, Fundación

Pero además la previsión constitucional exige también que para excepcionar el régimen de protección constitucional de tales derechos se cumplan una serie de requisitos, cuyo cumplimiento será el elemento legitimador de la válida injerencia en el derecho. Hasta seis requisitos parece exigir el precepto constitucional i) *Habilitación mediante Ley Orgánica específica*. El art. 55.2 de la CE precisa que la habilitación para la restricción de estos derechos sólo podrá efectuarse por Ley Orgánica previa y específica. La verdadera singularidad de esta restricción no se haya en el carácter orgánico de la ley —pues el art. 81.1 de la CE exige leyes de esta naturaleza para el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas—, sino en la necesidad de que sea una Ley Orgánica específica la que prevea las restricciones a estos concretos derechos en materia de terrorismo y banda armada. ii) *Delimitación del ámbito de aplicación*. La Constitución también exige que esa Ley precise “la forma y los casos” en que la limitación del derecho fundamental resultará legítima. Esto significa que en la Ley Orgánica específica habrán de establecerse los supuestos y el modo en que puede llevarse a efecto la afectación del derecho, teniendo presente que el título legitimador es la investigación de delitos cometidos por bandas armadas o elementos terroristas. No obstante, como advierte MORENO CATENA, “esta exigencia parece ausente en la vigente LO 4/1988, de 25 de mayo, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento criminal, en la que se contemplan las especialidades procedimentales en los casos de terrorismo, pues en ella no se establece concretamente en qué forma y en qué casos cabe acordar estas medidas de limitación de derechos fundamentales”<sup>17</sup>. iii) *Individualización y determinación de las*

---

Alternativas, EP 21/2006, [http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/estudios\\_documentos\\_archivos/xmlimportFil84J.pdf](http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/estudios_documentos_archivos/xmlimportFil84J.pdf), págs. 28 y ss.

17 MORENO CATENA, “El enjuiciamiento de delitos de terrorismo y el derecho de defensa”, en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, cit., pág. 384. Vid. también REQUEJO RODRÍGUEZ, “¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales?”, *Revista de derecho político*, núm. 51, 2001, págs.108 y ss.; y VÍRGALA FORURIA, “La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español”, *Revista española de derecho constitucional*, núm. 40, 1994, pág. 65.

*personas*. El precepto constitucional precisa que la aplicación de estas restricciones sólo puede efectuarse de forma individual y para personas determinadas. Esto significaría que no cabe entender que la excepción de las garantías constitucionales establecidas para estos tres derechos fundamentales no puede entenderse genéricamente autorizada para toda persona que, directa o indirectamente, resulte implicadas en un proceso penal por delitos de terrorismo. La exigencia constitucional parece exigir que la limitación se adopte en función de algún parámetro cierto que respete al menos el principio de proporcionalidad. Sin embargo, esta exigencia tampoco aparece claramente establecida en los preceptos introducidos por la LO 4/1988. iv) *Intervención judicial*. La constitución también precisa que la legitimidad de la injerencia precisa de la *intervención judicial*. Luego, el razonamiento jurídico singular y específico debe provenir de un órgano integrante del poder judicial, sin que pueda ser sustituido por ninguna decisión o actuación de otra autoridad o poder del Estado. Siendo esto así, lo que no concreta nuestra Carta Magna es si la autorización judicial en estos casos debe ser siempre previa a la intromisión en la esfera del derecho fundamental. La exigencia constitucional se cumpliría siempre que la injerencia en el derecho fuese convalidada por el órgano judicial, independientemente de que ésta se obtuviese *a priori* o con posterioridad a su adopción. Ni que decir tiene que, la autorización judicial debe revestir la forma de auto, con la oportuna y suficiente motivación que justifique el cumplimiento de los diferentes requisitos exigidos por la Constitución. v) *Suspensión durante la investigación*. El legislador parece haber querido trazar un límite temporal a la restricción de los derechos fundamentales y libertades públicas. De ahí que se haga referencia a que la suspensión además de ser para personas determinadas, deberá efectuarse en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. El legislador pretende salvaguardar el juicio oral restringiendo toda suspensión a la fase preparatoria del enjuiciamiento criminal. La suspensión de un derecho fundamental durante el desarrollo del juicio oral

resultaría inaceptable. vi) *Control parlamentario*. Finalmente, la norma constitucional contiene una última cautela en relación con la adopción de medidas de suspensión individual de derechos y libertades como es el adecuado control parlamentario. Esta previsión tampoco se encuentra desarrollada ni en el Ley orgánica ni en los Reglamentos del Congreso de los Diputados o del Senado. En la práctica, el adecuado control parlamentario se ha quedado en un deber de información al Congreso de los Diputados y al Senado que se materializa en las comparecencias del Ministro de Interior para informar sobre el desarrollo de las medidas adoptadas en la lucha contra el terrorismo.

Quizá habría sido deseable que el legislador constituyente estableciese una última cautela, la temporalidad de este tipo de legislaciones, que habilitan extraordinariamente la suspensión de derechos fundamentales para la lucha contra el terrorismo. Para cerrar este comentario, una reflexión final en relación con ello: Como se ha señalado resulta un tanto anómalo el que la Constitución contemple en su texto unas medidas que, si bien encuentran su justificación en la lucha contra un mal terrible como es el terrorismo, responden a circunstancias extraordinarias y, por tanto, temporales. Paradójicamente, la constitucionalización de tales medidas dota de estabilidad y permanencia a un instituto que, por su propia naturaleza, ha de ver limitada su aplicación y vigencia<sup>18</sup>. Ahuyentando así el fantasma de convertir la lucha contra el terrorismo en un Estado de normalidad. Lo contrario nos conduce a considerar que medidas extraordinarias habilitadas para la lucha contra el terrorismo pueden transformarse en la normalidad a la que parece conducir la falta de limitación temporal de esta habilitación constitucional<sup>19</sup>.

18 Vid. FERNÁNDEZ SEGADO, “La suspensión individual del ejercicio de derechos constitucionales”, *Revista de estudios políticos*, Nueva época, núm. 35 (sept.-oct. 1983), pág. 127; REQUEJO RODRÍGUEZ, ¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales?, *Revista de derecho político*, núm. 51, 2001, págs.112; y VÍRGALA FORURIA, “La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español”, *Revista española de derecho constitucional*, núm. 40, 1994, pág. 67.

19 En este sentido, HUSTER, (“Terrorismo y Derechos fundamentales”, en *Terrorismo y Derechos Fundamentales*, HUSTER, S.; GARZÓN VALDÉS,



Estas son las excepciones a las garantías de los derechos fundamentales que nuestro texto constitucional autoriza por razón de la persecución de delitos de terrorismo y banda armada. El hecho de que se trata de una restricción de derechos fundamentales debiera llevarnos a concluir que su interpretación debe ser restrictiva; pues, la interpretación y aplicación restrictiva es una regla que rige tratándose de normas limitativas, dado que consagran limitaciones al ejercicio de los derechos, criterio hermenéutico que responde al principio de taxatividad, de acuerdo con el cual solo operan las prohibiciones que en forma precisa establece el legislador de ahí la proscripción de las interpretaciones extensivas de las normas restrictivas de derechos. Luego, en la interpretación del art. 55.2 de la CE que contiene una norma limitativa de derechos fundamentales y libertades públicas no tienen cabida analogías o razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos claramente en la norma.

El legislador ordinario ha extendido sin embargo la posibilidad de suspensión de derechos y libertades públicas más allá de los límites contemplados en el art. 55.2 de la CE. Entre los derechos y libertades afectados por la implementación realizada por el legislador pueden mencionarse, entre otros, el derecho a la libertad de prensa (art. 20 de la CE) a través de la clausura de medios de difusión; la suspensión de cargo público y privación del derecho de sufragio pasivo (art. 23.2 de la CE); y la declaración de ilegalidad y disolución de partidos políticos y asociaciones, frente a la libertad de asociación (art. 22 de la CE). El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta extensión de la habilitación contenida en el art. 55.2 de la CE más allá de los derechos expresamente contempladas en la

---

E. Y MOLINA FERNÁNDEZ, F., Madrid, 2010, págs. 28-29), afirma que: “Con el fin de prevenir un ejercicio cuasi automático de poderes políticos de largo alcance en materia de seguridad acordados bajo la impresión de una amenaza actual, podría resultar razonable *establecer a priori un límite de tiempo* para el otorgamiento legal de esos poderes. La validez de la Lucha contra el Terrorismo (*Terrorismusbekämpfungsgesetz*) ya ha sido limitada a cinco años”.

norma y, sólo en el caso de la clausura de los medios de comunicación ha considerado nula la extensión de la suspensión de derechos por al considera que constituía un atentado desproporcionado a la libertad de expresión, pero no se ha pronunciado expresamente sobre las restantes privaciones de derechos *extra constitutionem* (STC 199/1987, de 16 de diciembre). Por ello, y pese a que se realice en pro de la legítima lucha del Estado contra el terrorismo se ha de ser beligerantes en defensa de las libertades y no permitir que se tuerzan los argumentos y el sentido de las normas para dar cabida a limitaciones de derechos que escapen de los supuestos constitucionalmente tasados.

### **3. La limitación del ejercicio del derecho de defensa por abogado de confianza en las medidas cautelares de naturaleza personal adoptadas con incomunicación en los procesos por terrorismo**

El derecho de defensa construido por la conquista de garantías frente al ejercicio inquisitivo del poder, constituye un factor de legitimidad del proceso que, como manifiesta MARTÍ MINGARRO, actúa como “un auténtico escudo protector no frente a la acción de la justicia, sino frente a la tentación de ésta de enjuiciar y condenar sin la adecuada y plena contradicción desarrollada en un ámbito de igualdad de armas”<sup>20</sup>.

La defensa técnica desplegada por el abogado para con su patrocinado no siempre es entendida como un factor de legitimación de las actuaciones coercitivas que conforman el proceso<sup>21</sup>. De ahí que en ocasiones llegue a tildarse la actuación del

---

20 *Crisis del Derecho de Defensa*, Madrid, 2010, págs. 25-26.

21 La desconfianza del legislador para con los abogados, especialmente para con los penalistas, no es nueva, ni siquiera en la etapa posconstitucional, vid. GÓMEZ COLOMER, *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*, Barcelona, 1988, pág. 101; LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del detenido*, Madrid, 1985, pág. 374; MORENO CATENA, *La defensa en el proceso penal*, pág. 72.

abogado defensor como una actuación tendente exclusivamente a dinamitar el proceso penal. Hay quienes, de manera más sutil y precisamente en aras al fortalecimiento de la persecución y el enjuiciamiento del terrorismo, se plantean reflexiones sobre la necesidad de “acentuar” la función del abogado como “colaborador de la justicia”, más que como garante del derecho de defensa de la persona imputada y sometida al proceso penal<sup>22</sup>.

Por ello, no sorprende que, sin habilitación constitucional, el legislador ordinario haya considerado que la restricción de la designación del abogado de confianza no constituye una efectiva quiebra ni del derecho fundamental a la defensa (art. 24.2 de la CE), ni del derecho a la asistencia de abogado durante la detención (arts. 17.3 de la CE). Derechos ambos que no se encuentran entre las previsiones del constituyente en el art. 55.2 de

---

22 En este sentido, alerta MARTÍ MINGARRO, *Crisis del Derecho de Defensa*, Madrid, 2010, pág. 24, que son precisamente las líneas argumentales en torno a ideas como el carácter de servicio público de la defensa penal las que permiten dar mucha tibieza al derecho de defensa tal y como se ha venido conociendo desde que nació y se articuló como un límite y un control de ese poder de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. También MORENO CATENA, (“El enjuiciamiento de delitos de terrorismo y el derecho de defensa”, en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, cit., pág. 393), destaca no sólo la imposibilidad de llevar la figura del abogado más allá de su encargo de defensa con su patrocinado, sino que además subraya el carácter de apoyo técnico de su trabajo que carece de virtualidad decisoria. Afirma que: “No es posible conceder una primacía a la figura del abogado —doctrinalmente se ha llegado incluso a aproximar su posición a la del Ministerio Fiscal, configurándolo como un funcionario público o como un órgano de la Administración de Justicia—; el abogado viene a asistir a su defendido y precisamente en función de sus intereses individuales, realizando una labor de apoyo técnico, sin virtualidad decisoria (a pesar de que el art. 1.1 del Estatuto General de la Abogacía, aprobado por el RD 658/2001, de 22 de junio, dispone que “la Abogacía es una profesión libre e independiente que presta un servicio a la sociedad en interés público y que se ejerce en régimen de libre y leal competencia, por medio del consejo y la defensa de derechos e intereses públicos o privados, mediante la aplicación de la ciencia y la técnica jurídicas, en orden a la concordia, a la efectividad de los derechos y libertades fundamentales y a la Justicia”, es lo cierto que el quehacer del abogado ha de mirar exclusivamente al interés de su cliente, pues en otro caso se desvirtuaría su genuina función)”.

la CE, y que, por consiguiente, no debieran permitir excepción, suspensión o limitación alguna. Pese a ello, la legislación procesal limita ambos derechos al restringir la posibilidad de ejercer el derecho de defensa mediante el abogado de confianza durante la incomunicación acordada en la adopción de determinadas medidas cautelares de naturaleza personal<sup>23</sup>.

El derecho a la asistencia técnica forma parte del haz de derechos instrumentales que conforman el contenido del derecho de defensa, junto con otros como el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes, el derecho no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Todos ellos reconocidos como parte del derecho a la defensa, contemplado en su vertiente negativa, prohibición de indefensión en el apartado 1º del art. 24 de la CE y, en su vertiente positiva, derecho a la defensa, en su apartado 2º. Esos derechos reconocidos constitucionalmente pone de relieve que el ejercicio de este derecho pretende permitir que la parte contra la que se dirige la actuación del Estado pueda repelerla, particularmente cuando esta actuación se concreta en una privación de libertad o en la amenaza que supone para la libertad

---

23 Sobre la inconstitucionalidad de esta restricción vid. por todos GÓMEZ COLOMER, *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*, cit., págs. 117 y ss. Refiriéndose al art. 527 a) de la LECrim, se dice que: “Esta restricción del derecho a la defensa técnica, a pesar de su reciente declaración de constitucionalidad, aunque en votación muy ajustada, no es en nuestra modesta opinión acorde a la Constitución, por lo que pedimos su derogación al legislador, en base a los argumentos expresados en las páginas anteriores, que podemos resumir en dos motivos: 1º) Por constituir auténticamente una limitación del derecho a la asistencia de Letrado consagrado en los arts. 17.3 y 24.2 CE, al no poder elegir el imputado incomunicado al abogado de confianza que quiera, infringiéndose también el art. 55.2 CE. 2º) Porque si al fin y a la postre llega a operar igualmente como una sanción contra el abogado efectiva, aunque ilegalmente, designado por el imputado incomunicado, esta sanción causaría efecto sin acto previo por parte del abogado, con lo que se infringiría el principio de tipicidad, contenido de la legalidad (art. 25.1 CE), y sin incoación ni desarrollo de procedimiento alguno, en el que pueda ser oído el abogado y se le dé oportunidad de demostrar su inocencia y poder así designado por el imputado incomunicado, con lo que se infringirían también los arts. 24 y 117 CE, al no cumplirse los principios de contradicción y de jurisdicción” (pág. 157).

la imputación de unos hechos aparentemente delictivos. De ahí que, la Constitución española contemple el derecho a la asistencia letrada desde una doble perspectiva. De un lado, el art. 17.3 de la CE garantiza la “*asistencia de abogado* al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca”; y, de otro, el art. 24.2 reconoce el derecho “a la defensa y a la *asistencia del letrado*” como uno de los derechos instrumentales de la tutela judicial efectiva. Esta proyección dual de este derecho constitucional parece encontrar su correlato en la doble situación en la que puede encontrarse una persona a la que se garantiza el derecho a ser asistido por un abogado, como detenido o como imputado. Esta distinción entre la situación en que se encuentra el detenido y el imputado en el ordenamiento jurídico español, ha permitido también, como veremos, justificar el distinto alcance que se atribuía a algunos de los derechos instrumentales del más amplio derecho de defensa, en particular el de elección de abogado de confianza<sup>24</sup>; pues, hasta la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado se consideraba que la actividad defensiva podía entenderse limitadamente durante la diligencias policiales, mientras que con la imputación proveniente de las diligencias judiciales, es decir,

---

24 Sobre la afectación de derechos en la detención, cfr. BARONA VILAR, “Garantías y derechos de los detenidos”, cit., pág. 55; DE QUEROL Y LOMBARDERO, “Detención preventiva e incomunicación”, en *La reforma penal y procesal sobre delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión. Comentarios a la Legislación penal*, t. XVI, Madrid, 1990, pág. 453; FORCADA JORDI, “Sobre el derecho de libre elección del abogado por quien se halla sometido a incomunicación”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 24, 1991, pág. 373; MARTÍ MINGARRO, *Crisis del Derecho de Defensa*, supra cit., 2010, pág. 22; OLARIETA, “Ley antiterrorista, Audiencia Nacional y Derecho de Defensa”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 74, 1988-1989, pág. 484; PÉREZ MACHÍO, “La detención incomunicada en los supuestos de terrorismo: ¿una medida lesiva de Derechos Humanos?”, en *Aplicación de la normativa antiterrorista*, J.L. De la Cuesta e I. Muñagorri (dirs.), Bilbao, 2009, pág. 176.

las efectuadas por el órgano instructor, la defensa debía poder desplegarse plenamente.

El derecho de defensa pertenece, como no podía ser de otra manera, al propio imputado. Pero, su ejercicio puede llevarse a cabo por el propio imputado interviniendo directa y personalmente en el proceso —realizando actividades encaminadas a preservar su libertad, impedir su condena u obtener la mínima sanción (autodefensa)— o, puede efectuarse también por la asistencia técnica de un abogado (defensa técnica). Pese a que el derecho de defensa puede articularse de manera compleja, su ejercicio debe ser unitario, lo que significa que el defensor debe gozar de total autonomía frente al juez, pero de una autonomía relativa o limitada frente al defendido, que no puede ser despojado o expropiado de su derecho de defensa, ni siquiera en favor de un abogado<sup>25</sup>. Luego, resulta de capital importancia para el ejercicio del derecho de defensa la confianza existente entre el imputado y el abogado.

La formulación constitucional que hace referencia a la “asistencia letrada” pone de relieve la importancia de la elección del abogado de confianza para la efectividad de este derecho instrumental al derecho de defensa<sup>26</sup>. El abogado que asume la defensa es un *alter ego* procesal, de ahí que su actuación no pueda entrar en colisión con la voluntad del defendido. La función del letrado es colaborar con el imputado en el ejercicio unitario del derecho de defensa<sup>27</sup>. Esto es lo que evidencia la trascendencia que tiene el hecho de que el imputado pueda escoger libremente el abogado en quien quiere depositar su confianza para ejercer su defensa<sup>28</sup>.

---

25 MORENO CATENA, “El enjuiciamiento de delitos de terrorismo y el derecho de defensa”, en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, cit., pág. 394.

26 BLASCO SOTO, “El derecho a la asistencia letrada en la instrucción del proceso penal”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 14, enero, 2008, pág. 254; MARTÍ MINGARRO, *Crisis del Derecho de Defensa*, supra cit., pág. 22; RODRÍGUEZ RAMOS, “Detención, incomunicación y derecho de defensa. Comentario a la Sentencia 196/1987, de 11 de diciembre”, *Actualidad Penal*, núm. 1, 1988, pág. 525.

27 Vid. por todos, MORENO CATENA, *La defensa en el proceso penal*, pág. 75.

28 Asimismo, el artículo 6(3)(c) del CEDH recoge de forma específica que toda persona acusada de un delito tiene derecho “al defensor de su elec-

El Tribunal Constitucional es claro en este sentido y así lo expresa en su Sentencia 18/1995, de 24 de enero: “El derecho a la asistencia letrada, interpretado por imperativo del art. 10.2 de la C.E. de acuerdo con el art. 6.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas y con el art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es, en principio y ante todo, el derecho a la asistencia de un letrado de la propia elección del justiciable (STC 216/1988, de 14 de noviembre, fundamento jurídico segundo), lo que comporta de forma esencial que éste pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentalizar su propia defensa (STC 30/1981, de 24 de julio, fundamento jurídico tercero; 7/1986, de 21 de enero, fundamento jurídico segundo; 12/1993, de 18 de enero, fundamento jurídico segundo).

Así pues, en el ejercicio del derecho a la asistencia letrada tiene lugar destacado la confianza que al asistido le inspiren las condiciones profesionales y humanas de su Abogado y, por ello, procede entender que la libre designación de éste viene integrada

---

ción”. No obstante, el TEDH ha establecido que las personas a las que se reconozca la asistencia jurídica no siempre tendrán derecho a elegir al abogado y que el derecho a ser defendido por el abogado de su propia elección puede estar sujeto a limitaciones cuando los intereses de la justicia así lo exijan. En el denominado caso *Croissant v Germany*, el TEDH, Sentencia de 25 de septiembre de 1992, consideró que la voluntad del solicitante no podía ignorarse, pero que la elección de abogado (tomando en cuenta los intereses de la justicia), corresponde en última instancia al Estado “sin perjuicio de la importancia que tiene la relación de confianza entre abogado y cliente, este derecho no puede ser considerado de forma absoluta. Está necesariamente sometido a ciertos límites cuando se trata de asistencia jurídica, así como cuando, como ocurre en el presente caso, corresponde a los tribunales decidir cuando va en interés de la justicia que el acusado esté defendido por el letrado que él designe. Cuando nombren un abogado defensor, los tribunales nacionales han de tener en cuenta efectivamente la voluntad del acusado... No obstante, pueden ignorar tal voluntad cuando existan fundamentos suficientes y pertinentes para sostener que ello va en interés de la justicia”. En este mismo sentido, cfr. *Lagerblom v Sweden*, TEDH, Sentencia de 14 de enero de 2003.

en el ámbito protector del derecho constitucional de defensa (STC 196/1987, de 11 de diciembre, fundamento jurídico quinto)”.

La facultad de designar al abogado de confianza se encuentra sin embargo excepcionada en nuestro código procesal para todos aquellos casos en que se hubiera decretado la incomunicación del detenido o preso conforme a lo dispuesto en el art. 527.a) de la LECrim<sup>29</sup>. Esta previsión introducida por la Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre, por la que se desarrolla el art. 17.3 de la Constitución, en materia de asistencia letrada al detenido y al preso, tenía como objetivo preservar la investigación impidiendo que el abogado pudiese servir de cauce para transmitir información u órdenes al entramado delictivo, lo que sin duda revela, de un lado, la desconfianza generado por la actividad del abogado defensor<sup>30</sup> y, de otro, la insuficiencia de la actividad de investigación para luchar contra el entramado en su conjunto en lugar de

---

29 Esta solución se aprobó inicialmente en Alemania con motivo de la persecución de los miembros de la banda Baader-Meinhof y se extendió posteriormente a otros países, entre ellos, Italia y España. Sobre esta regulación puede consultarse la obra de GÓMEZ COLOMER, *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*, cit., págs. 21 a 50, quien explica que: “Ya con anterioridad a aquella Ley de 1974, el abogado defensor estaba excluido del ejercicio de la defensa en la República Federal de Alemania, no en base a un precepto concreto, sino, conforme a entender de la Jurisprudencia, que se basaba en un derecho consuetudinario, en caso, y sólo en él, de abuso de su papel de órgano colaborador de la Administración de Justicia, generalmente por conspiración con su cliente” (pág. 25).

30 PÉREZ MACHÍO, “La detención incomunicada en los supuestos de terrorismo: ¿una medida lesiva de Derechos Humanos?”, en *Aplicación de la normativa antiterrorista*, J.L. De la Cuesta e I. Muñagorri (dirs.), Bilbao, 2009, pág. 177, afirma que: “Tradicionalmente se ha interpretado que, con la citada medida, se pretende evitar la frustración de diligencias policiales como consecuencia de eventuales comunicaciones entre diversos elementos terroristas a través del abogado que asiste a uno de ellos, subyaciendo en última instancia, una mera hipótesis del poder ejecutivo a través de la cual el abogado que elige el terrorista es otro terrorista. Cfr. también GÓMEZ COLOMER, *La exclusión del abogado defensor de elección...*, op. cit., pág. 25; OLARIETA, “Ley antiterrorista, Audiencia Nacional y Derecho de Defensa”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 74, 1988-1989, págs. 477-503.



afectar el derecho a la defensa de la persona procesada<sup>31</sup>. Como explica GÓMEZ COLOMER, «la exclusión del abogado defensor de elección en España tiene un fin poco elogioso para los abogados: Lo que el legislador español ha querido es evitar que los sospechosos de terrorismo, a quienes sutilmente omite mencionar directamente, prefiriendo acogerse al presupuesto de la incomunicación, puedan designar durante el periodo más importante de las investigaciones antiterroristas, es decir, los iniciales una vez descubierto el delito, a Abogados defensores afines ideológicamente, que pueden utilizar las amplias posibilidades del art. 520 de la LECrim para entorpecer la labor de investigación. De esta forma, la finalidad primordial de esta medida de exclusión no es otra que servir a la lucha antiterrorista»<sup>32</sup>.

La Constitución española no contiene en su art. 55.2 previsión alguna sobre la posibilidad de afectar este contenido del derecho de defensa y si bien es cierto, que el art. 17.3 de la CE dispone que la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales se garantizará en los términos que la ley establezca. Debiera haberse tenido presente que esta habilitación

---

31 El régimen de incomunicación sin duda y tal y como ha declarado la STS núm. 1767/2001, de 8 octubre, tiene por objeto “lograr el mejor esclarecimiento de los hechos que se les imputen” (en este mismo sentido, *vid.* SSTS núm. 964/1996 de 30 noviembre. y núm. 830/1998 de 12 junio). No cabe duda, que actuar bajo secreto “favorece” la investigación, pero también resta transparencia a la actuación.

32 GÓMEZ COLOMER, *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*, op. cit., págs. 101 y 102. Muchos son quienes lo asumen como un fin legítimo en la lucha antiterrorista, así puede leerse en BERNARDO SAN JOSÉ, Y DE PADURA BALLESTEROS, “La detención incomunicada por delitos de terrorismo”, en *Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales*, L. Bachmaier Winter (Coord.), Madrid, 2012, pág. 123, que: “En el caso de bandas armadas, terroristas o criminales, altamente organizadas -que cuentan con su propio apoyo y asistencia letrada a sus miembros-, la privación a los detenidos del derecho a designar abogado de confianza responde al intento de demorar en lo posible la difusión, a través del abogado, de las correspondientes órdenes y alertas que puedan facilitar la fuga del resto de integrantes de la banda y destrucción de las pruebas del delito. En estos casos, pues, la finalidad de la exclusión del abogado defensor de elección es servir a la lucha antiterrorista”.

legal no permite que el desarrollo por el legislador ordinario convierta la garantía de la defensa técnica en ineficiente o su contenido no resulte irreconocible<sup>33</sup>.

El Tribunal Constitucional en 1987 se vio compelido a pronunciarse sobre la constitucionalidad de esta medida y consideró que la designación de abogado de oficio y, por consiguiente, la prohibición de designar durante el periodo de incomunicación a un abogado de confianza era ajustada a nuestra Carta Magna. Así en la STC 196/1987, de 11 de diciembre de 1987, con votos particulares de cuatro de sus magistrados en contra, se exponía el parecer mayoritario de este Tribunal en el siguiente sentido: “La Ley de Enjuiciamiento Criminal concede a la autoridad judicial la competencia exclusiva para decretar la incomunicación del detenido, medida excepcional de breve plazo de duración que tiene por objeto aislar al detenido de relaciones personales, que pueden ser utilizadas para transmitir al exterior noticias de la investigación en perjuicio del éxito de ésta. En tal situación, la imposición de Abogado de oficio se revela como una medida más de las que el legislador, dentro de su poder de regulación del derecho a la asistencia letrada, establece al objeto de reforzar el secreto de las investigaciones criminales. Teniendo en cuenta que la persecución y castigo de los delitos son pieza esencial de la defensa de la paz social y de la seguridad ciudadana, los cuales son bienes reconocidos en los artículos 10.1 y 104.1 de la Constitución y, por tanto, constitucionalmente protegidos, la limitación establecida en el art. 527 a) de la LECr encuentra justificación en la protección de dichos bienes que, al entrar en conflicto con el derecho de asistencia letrada al detenido, habilitan al legislador para que, en uso de la reserva específica que le confiere el art. 17.3 de la Constitución,

---

33 En este sentido se ha pronunciado el Tribunal constitucional en relación con el contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo, cfr., entre otras, la STC 11/1981 de 8 de abril y la 37/1987, de 26 de marzo. Vid. también, MORENO CATENA, *La defensa en el proceso penal*, cit., págs. 61-62; REVILLA GONZÁLEZ, *El interrogatorio del imputado*, Valencia, 2002, pág. 127.

proceda a su conciliación, impidiendo la modalidad de libre elección de Abogado”<sup>34</sup>.

Lo primero que llama la atención es que la suspensión o limitación del derecho a la elección de abogado de confianza se expone como una consecuencia derivada de la incomunicación, que se concibe precisamente para favorecer y proteger la actividad investigadora y que, como se expone en la propia sentencia, pretende asegurar la persecución y castigo de los delitos y, por consiguiente, la defensa de la paz social y de la seguridad ciudadana. La actividad de la banda terrorista ETA durante la década de los años ochenta fue sin duda especialmente beligerante y dejó un gran número de víctimas y daños, pero no puede desconocerse que el recurso al derecho a la seguridad resulta complejo de manejar cuando se trata de conciliar con la limitación de derechos fundamentales y libertades públicas<sup>35</sup>, máxime cuando se trata de

---

34 Este criterio del Tribunal Constitucional, pese a haber recibido como veremos numerosas críticas sigue siendo el que se sostiene por el parecer mayoritario de los miembros de este tribunal, así pueden verse las SSTC núm. 219/2009, de 21 de diciembre; 220/2009, de 21 de diciembre; 81/2006, de 13 de marzo y 23/2006, de 30 de enero, entre otras. Así, en la STC 7/2004, de 9 febrero, puede leerse que: “No obstante, también hemos declarado que la privación de la posibilidad de libre elección de Abogado y su consiguiente nombramiento imperativo de oficio, «constituye una indudable restricción del derecho, que el legislador no puede imponer a su libre arbitrio, pues las limitaciones de los derechos fundamentales requieren no sólo que respeten su contenido esencial, sino también que sean razonables y proporcionadas al fin en atención al cual se establecen» (F. 5 de la citada STC 196/1987), concluyendo que la medida de incomunicación del detenido adoptada bajo las condiciones legales previstas en la Ley y la limitación temporal del ejercicio del derecho a la libre designación de Abogado, que no le impide proceder a ella una vez cesada la incomunicación, «no puede calificarse de medida restrictiva irrazonable o desproporcionada”.

35 Tal como pone de relieve BUSTOS RAMÍREZ, «In-seguridad y lucha contra el terrorismo», en *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, «Cedant Arma Togae», (Coords. Losano y Muñoz Conde), Valencia, 2004, pág. 407: “La legislación terrorista es un derivado residual de la teoría de la seguridad nacional, es decir, de la prioridad esencial del poder penal estatal y, en consecuencia, de la inseguridad en la convivencia social, en la afección al desarrollo de las libertades y la igualdad”.

un concepto que vagamente ha sido definido en nuestro ordenamiento jurídico<sup>36</sup>.

A continuación, en la STC 196/1987, de 11 de diciembre de 1987, se expone que: “La esencia del derecho del detenido a la asistencia letrada es preciso encontrarlo, no en la modalidad de la designación del Abogado, sino en la efectividad de la defensa, pues lo que quiere la Constitución es proteger al detenido con la asistencia técnica de un letrado, que le preste su apoyo moral y ayuda profesional en el momento de su detención y esta finalidad se cumple objetivamente con el nombramiento de un Abogado de oficio, el cual garantiza la efectividad de la asistencia de manera equivalente al Letrado de libre designación”<sup>37</sup>.

Lo primero que resulta controvertido es la distinción que plantea el Tribunal Constitucional entre el derecho a la asistencia de abogado durante la detención en las diligencias tanto policiales como judiciales (art. 17.3 CE), que operaría como una de las

---

36 El concepto de seguridad pública era expuesto por la STC 33/1982, de 8 de junio (FJ 3º), como la actividad dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionada. El propio Tribunal Constitucional ha considerado que no toda seguridad de personas y bienes, ni toda normativa encaminada a conseguirla o a preservar su mantenimiento, puede englobarse en aquélla, pues, si así fuera, la práctica totalidad de las normas del ordenamiento jurídico serían normas de seguridad pública, cuando es claro que se trata de un concepto más estricto en el que hay que situar de modo predominante las organizaciones y los medios instrumentales (STC 59/1985, de 6 de mayo (FJ 2º) Y más recientemente en la STC 325/1994, de 12 diciembre (FJ 2º) se dice que: “Hay otra seguridad, la que es soporte y compañera de la libertad personal (art. 17 CE), cuya esencia se pone desde antiguo en la tranquilidad de espíritu producida por la eliminación del miedo. (...) Esta, a su vez, aparece conectada a la tercera especie, la seguridad pública (art. 149.1.29 CE) también llamada ciudadana, como equivalente a la tranquilidad en la calle. En definitiva, tal seguridad se bautizó ya en el pasado siglo con la rúbrica del «orden público», que era concebido como la situación de normalidad en que se mantiene y vive un Estado, cuando se desarrollan las diversas actividades colectivas sin que se produzcan perturbaciones o conflictos”.

37 “El enjuiciamiento de delitos de terrorismo y el derecho de defensa”, en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, cit., pág. 394.

garantías del derecho a la libertad; y, el derecho a la asistencia de abogado del art. 24.2 de la CE, que se enmarcaría dentro del derecho a la tutela judicial efectiva con el significado de garantía del proceso debido (SSTC 197/1987, de 11 de diciembre, y 7/2004, de 23 de febrero).

Resulta complicado compartir este planteamiento no sólo porque la propia formulación constitucional no difiere en ambos casos (“asistencia de abogado al detenido” (art. 17.3 CE) y “asistencia de letrado” (art. 24 CE), sino porque el contenido esencial del derecho fundamental a la defensa no puede reconducirse de manera exclusiva y menos aún esencial, a garantizar las condiciones en que se practica la privación de libertad<sup>38</sup>. Sin duda, como expone MORENO CATENA, “así concebido, es indudable que el papel del abogado tendría, con todo, una gran relevancia, pero se estaría lejos de la propia formulación constitucional, porque el abogado no puede convertirse durante la detención en una suerte de convidado de piedra, que dé fe en interés del detenido de las condiciones en que se ha practicado la privación de libertad, aplicando sus conocimientos jurídicos, es decir, una especie de testigo silencioso, con escasa capacidad y posibilidad de intervenir o de recurrir efectivamente contra las razones de la detención”. Quizá en algún momento con anterioridad a la reforma del año 2002, podía cuestionarse la posibilidad de ejercer la defensa durante la detención, pero actualmente esta interpretación no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico. El derecho de defensa se debe reconocer no sólo cuando se haya formulado la acusación, sino desde el instante en que exista una imputación contra persona

---

38 Como alerta GONZÁLEZ AYALA, *Las garantías constitucionales de la detención. Los derechos del detenido*, Madrid, 1999, págs. 96-97: “En una interpretación singularmente restrictiva del término “asistencia” ha optado por canalizar la intervención letrada a través de una simple “presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e inter venga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto” (art. 520.2.c). Esta cercenada intervención va a tener su reflejo en una actividad pasiva del Letrado. [...]”.

determinada<sup>39</sup>. En el proceso penal español el art. 118 de la LE-Crim garantiza plenamente el derecho de defensa al disponer que «toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho».

Luego, parece que no cabe lugar a dudas que también durante la detención la intervención del abogado debe constituir una actividad defensiva y no sólo entenderse como garantía del cumplimiento de las condiciones y el respeto de los derechos y garantías de la privación de libertad<sup>40</sup>. Si puede concluirse que la asistencia del abogado ya sea durante la detención policial o judicial, ya sea durante la prisión provisional es una actividad esencialmente defensiva, debemos preguntarnos si la designación de abogado de oficio durante la incomunicación resulta lesiva del derecho de defensa. En este sentido, son muchas y autorizadas las voces que se han manifestado en contra de la doctrina del Tribunal Constitucional, al considerar que la posibilidad de elegir al abogado de confianza es esencial en la estrategia y efectividad de

---

39 En el ordenamiento jurídico español, la defensa se reconocía tardíamente con la imputación. Fue la Ley 38/2002 de reforma del procedimiento abreviado la que modificó la LECrim permitiendo que la garantías que suponen el derecho a la información sobre la imputación, como el derecho a la designación de abogado se extendiesen hasta las primeras diligencias realizadas por la policía judicial, no sólo cuando el imputado fuera detenido (arts. 767 y 771.2ª LECrim). Así puede concluirse que el derecho de defensa se protege y garantiza en nuestro ordenamiento desde el mismo instante en que un órgano público inicia actuaciones de persecución penal contra persona determinada, y debe salvaguardarse a lo largo de todo el proceso.

40 GÓMEZ COLOMER, *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*, cit., págs. 91 y ss.; GONZÁLEZ AYALA, *Las garantías constitucionales de la detención...*, cit., pág. 90; LÓPEZ YAGÜES, *El derecho a la asistencia y defensa letrada. Su ejercicio en situaciones de privación de libertad*, Alicante, 2002, pág. 134; MORENO CATENA, *La defensa en el proceso penal*, supra cit., pág. 70; RODRÍGUEZ RAMOS, “Detención, incomunicación y derecho de defensa...”, pág. 533.

la actividad defensiva<sup>41</sup>. De hecho, en el voto particular disidente que formula el magistrado don Carlos de la Vega Benayas, en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 286/1984, y al que se adhiere el Magistrado don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, se expresa con claridad que: “El patrocinio del Abogado -que nació como un honor y como una generosidad hacia los débiles, los impecunes y los caídos en la delincuencia, y que ahora constituye un derecho de la persona llamada ante la justicia- es o se fundamenta en una relación de confianza, pero de la confianza de la persona en el abogado, no de la sociedad o de la Ley en un servicio de Letrados de oficio, por mucho que todos los anotados en esa prestación social gocen de la adecuada preparación e incluso disposición del ánimo para la defensa desinteresada. Porque no se trata de una «defensa objetiva», sino subjetiva: La del interesado detenido, frente a la esa sí, objetiva, de la sociedad. La defensa de oficio tiene evidentes connotaciones o similitudes con la noción de servicio público, que bastaría para satisfacer la necesidad de una mera presencia de abogado, pero no el apoyo moral y ayuda técnica en la que consiste la función del letrado, y a la que, por otro lado, se refiere la Sentencia (FJ 5º, STC 196/1987, de 11 de diciembre de 1987)”<sup>42</sup>.

41 DE QUEROL Y LOMBARDEO, “Detención preventiva e incomunicación”, en *La reforma penal y procesal sobre delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión. Comentarios a la Legislación penal*, T. XVI, Madrid, 1990, pág. 460; LAMARCA PÉREZ, “La última recepción de la normativa antiterrorista en la regulación común”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLII, 1989, pág. 975; MORENO CATENA, “El enjuiciamiento de delitos de terrorismo y el derecho de defensa”, en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, cit., pág. 396; RODRÍGUEZ RAMOS, “Detención, incomunicación y derecho de defensa. Comentario a la Sentencia 196/1987, de 11 de diciembre”, *Actualidad Penal*, núm. 1, 1988, pág. 525; PÉREZ MACHÍO, “La detención incomunicada en los supuestos de terrorismo: ¿una medida lesiva de Derechos Humanos?”, en *Aplicación de la normativa antiterrorista*, J.L. De la Cuesta e I. Muñagorri (dirs.), Bilbao, 2009, pág. 178.

42 Sobre este extremo, MORENO CATENA, “El enjuiciamiento de delitos de terrorismo y el derecho de defensa”, en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, cit., pág. 398, afirma que: “Desde luego que un abogado de oficio, en quien el detenido deposita su confianza, o se resigne a su intervención por falta de medios económicos o de conocimiento de otro profesional, satisface

El TC sostiene que: “[...] el art. 17.3 de la Constitución habilita al legislador para establecer los términos del derecho a la asistencia letrada del mismo, sin imponerle formas concretas de designación conducen a entender que la relación de confianza, aun conservando cierta importancia, no alcanza, sin embargo, la entidad suficiente para hacer residir en ella el núcleo esencial del derecho, pues no debe olvidarse que, una vez concluido el período de incomunicación, de breve duración por imperativo legal, el detenido recupera el derecho a elegir abogado de su confianza y que las declaraciones ante la policía, en principio, son instrumentos de la investigación que carecen de valor probatorio. La esencia del derecho del detenido a la asistencia letrada es preciso encontrarla, no en la modalidad de la designación del abogado, sino en la efectividad de la defensa, pues lo que quiere la Constitución es proteger al detenido con la asistencia técnica de un Letrado, que le preste su apoyo moral y ayuda profesional en el momento de su detención y esta finalidad se cumple objetivamente con el nombramiento de un abogado de oficio, el cual garantiza la efectividad de la asistencia de manera equivalente al letrado de libre designación” (STC 196/1987, FJ 5)<sup>43</sup>. El Tribunal Constitucional pretende de una lado, asegurar que no hay afectación del derecho de defensa por la exclusión del abogado de confianza, pues lo determinante no es la forma de designación sino su efectividad. Prescinde así el Tribunal de toda consideración sobre la confianza y la relación subjetiva que comporta la relación cliente-abogado. De otro lado, intenta restar importancia a esta afectación del derecho

---

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

- 43 El Tribunal Constitucional sostiene que la confianza del detenido en el abogado que le asiste en su detención (que integra lo que hemos denominado contenido normal del derecho), no se puede afirmar que forme parte del contenido esencial del derecho fundamental, cfr. SSTC 219/2009, de 21 diciembre; 220/2009, de 21 diciembre; 81/2006, de 13 marzo; 23/2006, de 30 enero; y 7/2004.



a la asistencia de abogado de confianza acogiéndose a la temporalidad de la medida<sup>44</sup> y la falta de valor probatorio de las diligencias efectuadas durante la instrucción. Quizá alguien que no conozca el proceso, y en particular la dinámica y naturaleza del proceso penal podría coincidir con esta consideración. La investigación y en particular las primeras actuaciones suelen ser determinantes de la actividad procesal sucesiva, pretender restarle importancia a las primeras diligencias, más aún a las declaraciones en sede policial del imputado, es realizar trampas en la confirmación del debido proceso, que ha de procurar el equilibrio en las actuaciones de cada una de las partes<sup>45</sup>.

44 Tras la reforma introducida en la LECrim por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, el art. 509.2 permite decretar hasta dos periodos de incomunicación cada uno de ellos de hasta cinco días y, excepcionalmente, en los delitos de terrorismo y banda organizada, se podrá decretar una tercera prórroga de hasta tres días. Trece días quizá no representen para el Tribunal Constitucional un periodo de tiempo amplio, pero sin duda se trata de un tiempo determinante para una investigación criminal. Esta última prórroga puede ser decretada incluso tras haberse levantado la incomunicación, en estos casos y en aquellos en los que ya se contaba con abogado de confianza y se decreta *a posteriori* la incomunicación, el profesor MORENO CATENA, “El enjuiciamiento de delitos de terrorismo y el derecho de defensa”, en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, supra cit., pág. 397, considera que: “No sólo [se] impide la comunicación, sino que supone el apartamiento del procedimiento del abogado de confianza por el tiempo de la incomunicación y su sustitución por uno designado de oficio, impidiendo al letrado que ha venido sosteniendo la defensa intervenir en las diligencias que se practiquen mientras su defendido se encuentre incomunicado; esta posibilidad separa a la medida prevista en la ley de los parámetros tanto de razonabilidad como de proporcionalidad a que se refiere el TC [...] esta situación en la que el abogado de confianza fuese “expulsado del proceso” y, en su caso nombrado uno de oficio para adoptar la incomunicación durante la prisión provisional, permitiría afirmar que “la referencia entonces a una asistencia letrada efectiva al imputado, es decir, la garantía del derecho fundamental, no es más que un *flatus vocis*”.

45 La relevancia de estas primeras actuaciones, máxime durante la incomunicación de un detenido, se encontraba entre las consideraciones del voto particular disidente que formula el magistrado don Carlos de la Vega Benayas, en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 286/1984, y al que se adhiere el magistrado don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, en el que puede leerse que: “La asistencia letrada al detenido se configura en la Constitución Española como un derecho fundamental (art. 17.3) que garantiza, a su vez, el de

Hasta aquí han quedado expuestas nuestras consideraciones entorno a la afectación que supone la restricción del derecho de defensa por la prohibición de designación de un abogado de confianza durante la incomunicación en la detención y en la prisión provisional. Críticas que giran fundamentalmente sobre la consideración de que la elección del abogado para la asistencia durante la detención (policial o judicial) y la prisión provisional en régimen de incomunicación son contenidos esenciales del derecho de defensa. La asistencia del abogado en la adopción y durante el tiempo en que estas medidas cautelares se extienden en el tiempo es una intervención esencialmente proactiva, encaminada a articular una estrategia que conduzca a la recuperación de la libertad y a la defensa no sólo frente a la agresión que supone la propia detención, sino también a la que supone el encontrarse sometido a un proceso penal. Por ello, no puede negarse que resulta crucial no imponer un abogado designado por el turno de oficio a quien se priva de libertad y se le comunica para investigarle por unos hechos presuntamente delictivos. El abogado designado por el turno de oficio satisface desde luego el derecho de defensa siempre que, éste no haya venido impuesto por la exclusión del abogado de confianza. En estos casos lo que no puede pretenderse es hacer equivalente la defensa desplegada por el abogado de confianza, que la realizada por el abogado designado por el turno de oficio a la espera de poder ser sustituido por un abogado de confianza escogido libremente<sup>46</sup>.

---

la libertad de toda persona (art. 17.1) en una situación especialmente grave y temporalmente conflictiva para su status. La intervención del Abogado, para el detenido o sospecho, puede ser crucial e incluso determinante, y más incomunicado, de su posterior destino procesal y quizá penal o punitivo. Sea o no culpable -y aquí le asiste la presunción de inocencia- esas horas primeras de la detención son, quizá, las más necesitadas -más justificadas- de apoyo técnico y moral. Ambas cosas sólo se las puede prestar el Abogado, pero sólo el Abogado en quien confíe”.

- 46 GONZÁLEZ AYALA, *Las garantías constitucionales de la detención...*, cit., pág. 102; LÓPEZ YAGÜES, *El derecho a la asistencia y defensa letrada...*, cit., pág. 136; MORENO CATENA, *La defensa en el proceso penal*, cit., pág. 75; RODRÍGUEZ RAMOS, “Detención, incomunicación y derecho de defensa...”, pág. 533.

Finalmente, debiera considerarse si esta restricción del derecho a designar abogado de confianza durante la detención o prisión provisional en régimen de incomunicación resulta eficiente a efectos de la desarticulación del terrorismo, es decir, si efectivamente sirve a los fines previstos. En el voto particular que formulan los magistrados De la Vega Benayas y Díez-Picazo y Ponce de León, al parecer mayoritario del Tribunal Constitucional en la Sentencia 196/1987, de 11 de diciembre, ya se expresaban con rotundidad las dudas sobre la adecuación de esta restricción a los fines perseguidos por la misma. Así de categórico se mostraba el magistrado De la Vega Benayas al afirmar que: “Dudo -más bien niego- de la eficacia práctica de la norma, y lo enfoco ahora desde esta perspectiva, porque de lo que se trata es de contrastar y valorar derechos distintos y finalidades prácticas, como hace la sentencia. No hace falta, en efecto, tener mucha imaginación para concluir que, en el mundo organizado del crimen -sea delito social o terrorista- la sola detención de un sospechoso es conocida en el momento y que ahí puede comenzar la preparación de coartadas o la eliminación de pruebas e indicios, así como la huida de los implicados. Pensar que ese peligro -que evidentemente atenta a los fines de la justicia y de la seguridad jurídica y ciudadana- pueda ser evitado con la no asistencia de un Abogado de elección por su posible comportamiento prevaricador, me parece ingenuo. Más lógico y más eficaz, a la postre, sería enjuiciar e inculpar al Letrado que infringe”<sup>47</sup>.

---

47 Además, como pone de manifiesto GÓMEZ COLOMER, *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*, cit., pág. 157, en la práctica esta exclusión del abogado de confianza supone una “penalización” a quien ni tan siquiera es parte en el proceso: “Porque si al fin y a la postre llega a operar igualmente como una sanción contra el abogado efectiva, aunque ilegalmente designado por el imputado incomunicado, esta sanción causaría efecto sin un acto previo por parte del abogado, con lo que se infringiría el principio de tipicidad, contenido en el de legalidad (art. 25.1 CE), y sin incoación ni desarrollo de procedimiento alguno, en el que pueda ser oído el Abogado y se le dé la oportunidad de demostrar su inocencia y poder ser así designado por el imputado incomunicado, con lo que se infringirían también los principios de contradicción y de jurisdicción”.

Si ya en este momento podían existir dudas sobre la eficacia de la incomunicación para la transmisión de información, más concretamente sobre la consideración de que la designación del abogado de oficio evita el flujo de información y transmisión de órdenes. Hoy esas dudas son exponencialmente mayores en atención al estado de la tecnología de la información y comunicación. Si la eficacia de esta medida es cuestionable, es decir, si hay alguna duda sobre la posibilidad de que la exclusión del abogado de confianza resulte útil para preservar la investigación en la actualidad; el legislador ordinario debiera eliminarla para no poner en riesgo el derecho defensa de la persona imputada por terrorismo, derecho que actúa como factor de legitimación de la actuación del Estado a través del proceso. De lo contrario, es decir, si existen dudas sobre la idoneidad de esta medida para alcanzar sus fines podría sospecharse que existe una confabulación para afectar la defensa de quien se encuentra privado de libertad y sometido a un proceso penal por hechos presuntamente delictivos.

#### **4. Algunas consideraciones entorno al “equilibrio” en el proceso penal acusatorio seguido a un acto de terrorismo**

El marco de cualquier respuesta jurídica debe comprenderse dentro del respeto escrupuloso a los derechos fundamentales, porque justamente la esencia del Estado de derecho es el sometimiento a estas reglas jurídicas, en cualquier circunstancia en que hayan de aplicarse, de modo que la legitimación del poder por el Derecho introduce una nota diferenciadora con otros regímenes políticos, también cuando se trata de aplicar las normas contra quienes las niegan y luchan contra el sistema, incluso cometiendo actos de terror. Sobre estas premisas el proceso penal se construye procurando alcanzar ese difícil equilibrio entre la política de seguridad pública, encaminada a lograr la mejor represión de las conductas delictivas y, de otro, el debido respeto de los derechos y libertades de los ciudadanos. La complejidad del diseño del proceso penal que debe calibrar ambos intereses

quizás fuera lo que llevó al legislador constituyente a prever las restricciones que los derechos fundamentales pueden sufrir en aras a la búsqueda de la eficacia del sistema de justicia penal. Fuera de esos casos, el legislador no debiera afectar derecho fundamental alguno ni tan siquiera en aras a garantizar la convivencia pacífica que se ve afectada por los actos de terrorismo. Precisamente porque el principio de legalidad y el debido sometimiento a la ley determinan que en el Estado de Derecho el sistema de justicia penal sea el único instrumento legítimo para restringir los derechos fundamentales de los ciudadanos que se ven sometidos a este, precisamente porque se afecta un bien jurídico superior como es la libertad.

El proceso es el único medio legítimo para la restricción de derechos fundamentales, incluso cuando se trata del enjuiciamiento de delitos de terrorismo. Por ello, el sistema de garantías procesales constituye además de una exigencia de legitimación de la capacidad punitiva del Estado, un derecho humano ampliamente recogido por la normativa internacional en la materia, y que sólo admite excepcionalmente la restricción de determinadas garantías, de ahí que la búsqueda de la eficiencia del proceso penal, de la lucha antiterrorista, no debiera poder subvertir el orden constitucional. Los argumentos que se han empleado para justificar la legalidad de la exclusión del abogado defensor en los casos de incomunicación por un acto de terrorismo son ciertamente cuestionables. En primer lugar porque se considera que durante la detención y el tiempo en que puede prolongarse la incomunicación, (trece días, periodo que es considerado por el Tribunal Constitucional breve), la asistencia del abogado es más una actuación de garantía de la libertad y, por consiguiente un resguardo para la actuación coercitiva del Estado, que una verdadera actividad defensiva. De ahí, que se afirme que la estrategia defensiva no se ve afectada por la imposición de un abogado del turno de oficio. Esto supone establecer para las investigaciones por actos de terrorismo un punto de partida del derecho de defensa artificioso y engañoso, que pretende salvaguardar las actuaciones de la investigación frente a las actuaciones

defensivas de quien ya se encuentra imputado y privado de libertad. El derecho de defensa de quien se encuentra detenido o en prisión provisional incomunicado, precisamente por ser investigado por la comisión de un delito de terrorismo, cede frente a la necesidad del Estado de salvaguardar actuaciones en el marco de la actividad de investigación. Restricción que, como se ha expuesto, además no se encuentra expresamente reconocida en el art. 55.2 de la CE. Esta restricción parece a todas luces desequilibrada, pues finalmente se ha inclinado la balanza del proceso penal hacia la seguridad en detrimento de la libertad y además lo ha hecho de manera genérica para todos los incomunicados. Sin duda, es más sencillo y menos costoso actuar sobre el frágil derecho de defensa que, poner los medios para que las actuaciones preventivas y la investigación resulten más eficientes. Y, si estas objeciones no fuesen suficientes, en términos de eficacia práctica de la norma, la cuestión se complica, pues si el abogado de confianza es quien pone en riesgo el proceso, quizá sería más sencillo procesar al letrado que infringe las normas del ordenamiento jurídico que afectar el derecho de defensa de quien ya se encuentra sometido al proceso.

En materia de terrorismo la paz social, la seguridad pública, la persecución y castigo de tan terribles crímenes se ha convertido en una especie de *bula* que se invoca para justificar la legitimidad de normas que alteran las garantías tan costosamente construidas que conforman el proceso debido. La importancia de tales bienes o valores, en sí mismos podrían servir para justificar cualesquiera limitaciones imaginables de los derechos fundamentales, pero esto nos pondría en el camino de una senda hace ya tiempo superada como son los *crimina excerpta*. Ningún delito, por atroz que resulte, puede conllevar la renuncia al proceso para su castigo, pues es en el poder punitivo del Estado donde se encuentra el mayor riesgo de arbitrariedad y excesos.

## Bibliografía

- ALCOCEBA GIL, JUAN MANUEL. “Contraterrorismo en el siglo XXI: de «seguridad» a «defensa»”, trabajo inédito, pendiente de publicación cedido por el autor, págs. 1-23.
- BARONA VILAR, SILVIA. “La conformidad del acusado, paradigma de eficiencia de la Justicia penal”, en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, 2006, págs. 399-433.
- “Garantías y derechos de los detenidos”, en *Derecho procesales fundamentales. Manuales de Formación Continua*, Madrid, 2004, págs. 51-96.
- BERGALLI, R. “Libertad y seguridad: un equilibrio perdido en la Modernidad”, en *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, Valencia, 2004, págs. 27-85.
- BERNARDO SAN JOSÉ, ALICIA Y DE PADURA BALLESTEROS, M<sup>a</sup>. TERESA, “La detención incomunicada por delitos de terrorismo”, en *Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales*, L. Bachmaier Winter (Coord.), Madrid, 2012, págs. 103-131.
- BLASCO SOTO, CARMEN. “El derecho a la asistencia letrada en la instrucción del proceso penal”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 14, enero, 2008, págs. 249-291.
- BUSTOS RAMÍREZ, «Inseguridad y lucha contra el terrorismo» en *El Derecho ante la globalización y el terrorismo. «Cedant Arma Togae»*, (Coords. Losano y Muñoz Conde), Valencia, 2004, págs. 397-458.
- CATALINA BENAVENTE, M<sup>a</sup>. ÁNGELES, *La restricción de los derechos fundamentales en el marco de la lucha contra el terrorismo*, Fundación Alternativas, EP 21/2006, págs. 1- 62.  
[http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/estudios\\_documentos\\_archivos/xmlimport-Fil84J.pdf](http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/estudios_documentos_archivos/xmlimport-Fil84J.pdf)
- CARRASCO DURÁN, MANUEL. “Medidas antiterroristas y constitución, tras el 11 de septiembre de 2001”, en *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, J. Pérez Royo (Dir.), Barcelona, 2010, págs. 13-56.

- DE BITONTO, M<sup>a</sup>. LUCÍA. “Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales en Italia”, en *Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales*, L. Bachmaier Winter (Coord.), Madrid, 2012, págs. 197-228.
- DE QUEROL Y LOMBARDERO, JOSÉ FRANCISCO. “Detención preventiva e incomunicación”, en *La reforma penal y procesal sobre delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión. Comentarios a la Legislación penal*, t. XVI, Madrid, 1990, págs. 433-495.
- DÍAZ GONZÁLEZ, FRANCISCO JAVIER. “Los delitos de terrorismo y la creación de la Audiencia Nacional”, págs. 1-15, consultado en <http://biblioteca2.uclm.es/biblioteca/ceclm/websCECLM/transici%C3%B3n/PDF/03-01.%20Texto.pdf>
- FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. “La suspensión individual del ejercicio de derechos constitucionales”, *Revista de estudios políticos*, Nueva época, núm. 35 (sept.-oct. 1983), págs. 123-182.
- FORCADA JORDI, MARCOS. “Sobre el derecho de libre elección del abogado por quien se halla sometido a incomunicación”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 24, 1991, págs. 365-390.
- GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS. *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*, Barcelona, 1988, 228 págs.
- GÓMEZ CORONA, ESPERANZA. “Estados Unidos: política antiterrorista, derechos fundamentales y división de poderes”, en *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, J. Pérez Royo (Dir.), Madrid, 2010, págs. 57-96.
- GONZÁLEZ AYALA, M<sup>a</sup>. DOLORES. *Las garantías constitucionales de la detención. Los derechos del detenido*, Madrid, 1999, 162 págs.
- GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS. “El Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas”, en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, 2006, págs. 57-127.



- GUZMÁN FLUJA, VICENTE. “Un nuevo modelo de enjuiciamiento criminal para el siglo XXI (Nota general y dos apuntes sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal)”, en *Justicia penal y Derecho de defensa. Un estudio hispano-italiano sobre proceso penal y garantías*, V.C. Guzmán Fluja e I. Flores Prada (Dir.), Valencia, 214, págs. 19-82.
- HUSTER, STEFAN. “Terrorismo y Derechos fundamentales”, en *Terrorismo y Derechos Fundamentales*, HUSTER, S.; GARZÓN VALDÉS, E. Y MOLINA FERNÁNDEZ, F., Madrid, 2010, págs. 9-31.
- LAMARCA PÉREZ, CARMEN. “Análisis de las reformas penales en el ámbito de la lucha contra el terrorismo: el caso español”, en *Terrorismo y Estado de Derecho*, J.R. SERRANO-PIEDCASAS FERNÁNDEZ Y E. DEMETRIO CRESPO (Dir.), Madrid, 2010, págs. 435- 455.
- “La última recepción de la normativa antiterrorista en la regulación común”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLII, 1989, págs. 955-988.
- *Tratamiento jurídico del detenido*, Madrid, 1985, 513 págs.
- LÓPEZ YAGÜES, VERÓNICA. *El derecho a la asistencia y defensa letrada. Su ejercicio en situaciones de privación de libertad*, Alicante, 2002, 245 págs.
- LOREDO COLUNGA, MARCOS. “El cierre de Guantánamo. El difícil equilibrio entre voluntad política, legalidad y orden público”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, abril, 2011, págs. 1-36.
- MARTÍ MINGARRO, LUIS. *Crisis del Derecho de Defensa*, Madrid, 2010, 85 págs.
- MORENO CATENA, VÍCTOR. “El enjuiciamiento de delitos de terrorismo y el derecho de defensa”, en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, 2006, págs. 369-398.
- *La defensa en el proceso penal*, Madrid, 1982, 125 págs.
- OLARIETA, JUAN MANUEL, “Ley antiterrorista, Audiencia Nacional y Derecho de Defensa”, *Revista de la Facultad*

- de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 74, 1988-1989, págs. 477-503.
- PÉREZ MACHÍO, ANA I. “La detención incomunicada en los supuestos de terrorismo: ¿una medida lesiva de Derechos Humanos?”, en *Aplicación de la normativa antiterrorista*, J.L. De la Cuesta e I. Muñagorri (Dir.), Bilbao, 2009, págs. 167-202.
- PÉREZ ROYO, JAVIER. “La democracia frente al terrorismo global”, en *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, J. Pérez Royo (Dir.), Madrid, 2010, págs. 7-13.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, PALOMA. ¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales?, *Revista de derecho político*, núm. 51, 2001, págs.105-137.
- REVILLA GONZÁLEZ, JOSÉ-ALBERTO. *El interrogatorio del imputado*, Valencia, 2002, 157 págs.
- RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS. “Detención, incomunicación y derecho de defensa. Comentario a la Sentencia 196/1987, de 11 de diciembre”, *Actualidad Penal*, núm. 1, 1988, págs. 520-543.
- SALAS CLAERO, LUIS. “La Ley Patriótica USA”, en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, 2006, págs. 255-310.
- SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, JOSÉ RAMÓN Y DEMETRIO CRESPO, EDUARDO. “Del Estado de Derecho al Estado Preventivo”, en *Terrorismo y Estado de Derecho*, J.R. SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ Y E. DEMETRIO CRESPO (Dir.), Madrid, 2010, págs. 241-226.
- TIEDEMANN, KLAUS. “El futuro del proceso penal europeo. Aspectos de interés, en especial en la lucha antiterrorista”, en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, 2006, págs. 435-449.
- VÍRGALA FORURIA, EDUARDO. “La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español”, *Revista española de derecho constitucional*, núm. 40, 1994, págs. 61-132.