

¿DERECHO A LA AUTODEFENSA O DEFENDIDO POR OBLIGACIÓN? (DES)CONTROL DEL MARGEN DE APRECIACIÓN Y FRAGMENTACIÓN ENTRE SISTEMAS DE GARANTÍA DE DERECHOS HUMANOS

EULALIA W. PETIT DE GABRIEL*

*Profesora Titular de Derecho Internacional Público
y Relaciones Internacionales
Universidad de Sevilla*

*“He who represents himself has a fool for a client”
Abraham Lincoln*

*“Mon sort se réglait sans qu'on prenne mon avis.
De temps en temps, j'avais envie d'interrompre tout le monde
et de dire : «Mais tout de même, qui est l'accusé ?
C'est important d'être l'accusé. Et j'ai quelque chose à dire.»”
Albert Camus, *El Extranjero**

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO. 2. EL ASUNTO CORREIA DE MATOS Y EL DERECHO A DEFENDERSE UNO MISMO. 2.1. El Sr. Correia de Matos insulta a un juez... y todo lo que vino después. 2.2. Incluyendo la reincidencia. 3. LOS PRONUNCIAMIENTOS CONTRADICTORIOS. 3.1. La regla de la inadmisión de un asunto objeto de otro procedimiento de arreglo. 3.2. Un mismo derecho, interpretaciones dispares. 3.2.1. Una garantía del juicio justo no examinada por el TEDH hasta 2001. 3.2.2. El Comité de Derechos Humanos fija una senda. 3.2.3. La Gran Sala mantiene el rumbo previo del TEDH. 3.2.4. ¿Disidencia en la carga de la prueba o en los conceptos?. 4. UN PROBLEMA CONCEPTUAL: ¿QUÉ PAPEL PARA LA AUTONOMÍA INDIVIDUAL?. 4.1. El derecho de autodefensa, tradición procesal anglosajona en expansión. 4.2. La incorporación a las normas internacionales. 4.3. El contorno del derecho en su aplicación jurisprudencial internacional. 4.4. Una propuesta analítica de interpretación: la autodefensa en el

* Fecha de recepción del original: 4 de septiembre de 2019. Fecha de aceptación de la versión final: 4 de octubre de 2019.
orcid.org/0000-0002-6448-6594.

conjunto del derecho a la defensa, garantía mínima del proceso. 5. (DES)CONTROL DE LAS LIMITACIONES. 5.1. El margen de apreciación como técnica de control: la evaluación del consenso. 5.2. ¿Hasta dónde puede llegar la justicia global del proceso como **raison d'être** de las limitaciones del derecho de autodefensa?. 6. ¿PROTECCIONISMO Y FRAGMENTACIÓN? LA CONVIVENCIA E INTERACCIÓN ENTRE SISTEMAS DE PROTECCIÓN. 7. ANEXO DE TEXTOS LEGALES SOBRE EL DERECHO A DEFENDERSE UNO MISMO. 7.1. Textos internacionales (ordenados cronológicamente). 7.2. Normas de procedimiento internacionales. 7.3. Textos nacionales.

RESUMEN: El derecho a defenderse a uno mismo ha sido objeto de pronunciamientos contradictorios por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Humanos en relación con los casos presentados por el Sr. Correia de Matos contra Portugal entre 1999 y 2018. Las divergencias afectan a la naturaleza misma de la autodefensa como parte del derecho de defensa, una de las garantías mínimas del proceso penal, consagrado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en los Estatutos de los Tribunales penales internacionales. Igualmente, la diferencia de pronunciamientos afecta al método y profundidad de control de las limitaciones permitidas a los Estados por los respectivos órganos de control. En un contexto de pluralismo de modelos y normas nacionales de esta modalidad de defensa, animado por la aplicación de la defensa del propio acusado en un número significativo de procesos ante los Tribunales penales internacionales, el estudio trata de analizar en particular el planteamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el marco de la noción de fragmentación del derecho internacional de los derechos humanos como riesgo (temporal) en el proceso de la interpretación evolutiva de los derechos.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la defensa, Autodefensa, Margen de apreciación, Interpretación evolutiva, Fragmentación, Correia de Matos

LABURPENA: Autodefentsarako eskubidea ala obligazioz egindako defentsa? Hautemate marjinaren (des)kontrola eta giza eskubideen berme sistemen arteko zatiketa. Nork bere burua defendatzeko eskubidea erabaki kontrajarrien objektu izan da Giza Eskubideen Europako Auzitegiaren eta Giza Eskubideen Komitearen aldetik Correia de Matos jaunak Portugalen kontra 1999 eta 2018 urteen artean aurkezturiko kasuei dagokienez. Desadostasunek autodefentsaren izaera berari eragiten diete, defentsarako eskubidearen parte den heinean, prozesu penalaren gutxieneko bermeetako bat, Giza Eskubideen Europako Hitzarmenean, Eskubide Zibil eta Politikoen Nazioarteko Itunean eta nazioarteko Auzitegi penalen Estatutuetan jasota dagoena. Erabakien desadostasunak dagozkien kontrol organoek Estatuei ontzat ematen dizkieten kontrolaren metodo eta sakontasunari buruzko mugei ere eragiten die. Defentsa modalitate honi buruzko eredu eta arau nazional anitzen testuinguruan, nazioarteko Auzitegi penalen aitzinean eman diren kasuen kopuru esanguratsuak adoretua, ikerketa honek zera aztertu nahi du: Giza Eskubideen Europako Auzitegiaren

planteamendua, giza eskubideen nazioarteko zuzenbidearen zatiketaren nozioaren esparruan, non zatiketa hau arriskua (aldi baterakoa) den eskubideen interpretazio ebolutiboaren prozesuan.

HITZ GAKOAK: Defentsarako eskubidea, Autodefentsa, Hautemate marjina, Interpretazio ebolutiboa, Zatiketa, Correia de Matos.

ABSTRACT: The right to represent one-self has been subject to contradictory pronouncements by the European Court of Human Rights and the Human Rights Committee in relation to the cases submitted by Mr. Correia de Matos against Portugal between 1999 and 2018. Divergences affect to the very nature of self-defence as part of the right of defence, as one of the minimum guarantees of the criminal process, enshrined in the European Convention on Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights, and the International Criminal Tribunals' Statutes. Likewise, the difference in pronouncements affects the method and type of control of the limitations allowed to the States by the respective human rights control bodies. In a context of pluralism of national models and norms of this type of defence, encouraged by a significant number of pro se proceedings before the international criminal courts, the study tries to analyse specifically the European Court of Human Rights' approach, in the framework of the recurrent notion of fragmentation of international human rights law as a (temporary) risk in the process of an evolutionary interpretation of human rights.

KEYWORDS: Defence rights, Litigant in person, Margin of Appreciation, Evolutionary interpretation, Fragmentation, Correia de Matos

RÉSUMÉ: Le droit de se défendre a fait l'objet de décisions contradictoires de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité des droits de l'homme du fait des affaires soumis par M. Correia de Matos contre le Portugal entre 1999 et 2018. Les divergences affectent la nature même de l'auto-défense en tant qu'élément du droit à la défense, l'une des garanties minimales du processus pénal, droit consacré par la Convention européenne des droits de l'homme et par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et dans les Statuts des cours pénales internationales. De même, ces décisions divergent en raison de la méthode et l'étendue du contrôle des limitations établies par les différents organes de contrôle du respect des droits de l'homme. Dans un contexte de pluralisme des modèles et normes nationaux de ce type de défense, animé par le recours à la défense de l'accusé lui-même dans un grand nombre de procédures devant les juridictions pénales internationales, l'étude tente notamment d'analyser l'approche de la Cour européenne de droits de l'homme dans le cadre de la notion de fragmentation du droit international des droits de l'homme en tant que risque (temporaire) dans le processus d'interprétation évolutive des droits.

MOTS-CLÉS: Droits de la défense, le droit de se défendre soi-même, Marge d'appréciation, Interprétation évolutive, Fragmentation, Correia de Matos.

1. PLANTEAMIENTO

Un ciudadano acude al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) en 1999 por la violación de su derecho a escoger su defensa en un proceso penal; en 2012 vuelve a plantear una demanda ante el TEDH por una nueva violación de ese mismo derecho. En la primera ocasión obtiene una decisión de inadmisibilidad por no haber violación aparente del derecho y en la segunda, en cambio, el caso es elevado a la Gran Sala quien sentencia sobre el fondo, desestimando su pretensión por 9 contra 8 votos, adjuntándose 5 opiniones disidentes, con una extensión que excede la de la propia sentencia en una vez y media.

Entre uno y otro momento, y quizás ello arroje algo de luz sobre la peculiar situación (esto es, sobre la nueva demanda, la elevación de la cuestión a la Gran Sala e incluso el cuasi-empate técnico entre la estimación y la desestimación final ampliamente contra-argumentada), el interesado había acudido al Comité de Derechos Humanos (en adelante, CDH) planteando la misma cuestión sobre la base de los mismos hechos que en la primera de las demandas ante el TEDH, logrando que fuera estimada y amparado en su derecho.

La situación reúne los ingredientes necesarios para provocar cuando menos cierta curiosidad, ya sea para saber cómo se ha aplicado la conocida regla de inadmisibilidad por haber sido el asunto sometido a otro medio de arreglo o, de manera sustantiva, para entender el derecho a la defensa y qué problemas plantea para dar lugar a decisiones contradictorias.

Detrás de todo ello, se suscitan debates más complejos sobre la relevancia que adquiere en la jurisprudencia del TEDH el margen de apreciación de los Estados a la hora de definir ciertas dimensiones de aquellos derechos no considerados absolutos, como es el caso del derecho a la defensa, sobre la función que cumplen los derechos humanos, tradicionalmente entendidos como un mecanismo de protección de la esfera de libertad y autonomía del individuo frente al propio Estado, y, de no menos interés, sobre la interacción entre sistemas de protección de derechos humanos, así como sobre el (im) posible diálogo entre la *ratio decidendi* de los distintos organismos llamados a interpretarlos, y la existencia de diferentes niveles de protección que pueden provocar una cierta fragmentación del Derecho internacional de los derechos humanos. A estos debates contribuye este caso en particular.

Descendiendo al terreno de lo concreto, este trabajo gira en torno al derecho a la defensa en el proceso y, dentro de sus manifestaciones, el derecho al ejercicio de la defensa por el propio acusado en el proceso penal tal y como lo concibe el TEDH por oposición a su análisis en el marco de otros sistemas de garantía de derechos humanos. La terminología que usaremos a lo largo del trabajo será indistintamente la de autodefensa o derecho a defenderse a uno mismo. En inglés, los términos de referencia más comunes son *self-represented*; *not represented by counsel*, *defence in person*, *right to represent oneself*, *pro se legal representation* (Estados Unidos), *propia persona* (y abreviadamente *pro per*, Estados Unidos), *litigant in person* (Inglaterra y Gales), *party litigants* (Escocia)¹. En francés se utiliza indistintamente *le droit de se défendre soi-même* o *le droit de se défendre lui-même*.

El artículo 6.3.c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) regula este derecho en los siguientes términos:

“3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: (...)

c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan”.

En el último apartado del trabajo se incluye en anexo la redacción del derecho de defensa en distintas normas internacionales e internas.

2. EL ASUNTO CORREIA DE MATOS Y EL DERECHO A DEFENDERSE UNO MISMO

El señor Correia de Matos, nacido en 1944, residente en Portugal y nacional de dicho Estado, era auditor y abogado. El 24 de septiembre de 1993 fue excluido del Colegio de Abogados de manera temporal por incompatibilidad entre el ejercicio de la abogacía y de la auditoría. La medida fue publicada el 9 de junio de 2000 en el Diario Oficial.

La historia que nos ocupa tiene dos fases: en primer lugar, los acontecimientos que lo llevarían a plantear una primera demanda ante el TEDH y, a continuación, una queja ante el CDH (2.1. El Sr. Correia de Matos insulta a un juez... y todo lo que vino después); y, en segundo lugar, un nuevo episodio que le llevaría a un segundo asunto ante el TEDH (2.2 Incluyendo la reincidencia).

¹ Sobre la terminología en inglés, puede verse Assy, Rabeea, *Injustice in Person: The Right to Self-Representation*, Oxford University Press, 2015, “Note on Terminology” (previa al índice).

2.1. *El Sr. Correia de Matos insulta a un juez... y todo lo que vino después*

El 4 de julio de 1996, el Sr. Correia de Matos fue encausado ante el Tribunal de distrito de Ponte de Lima por insultar al juez de sala en la que actuaba como Abogado. El Tribunal de distrito le nombró abogado de oficio, a pesar de que el interesado ya había manifestado su voluntad de ejercer la autodefensa. La norma portuguesa en vigor en aquel momento (artículos 62 a 64 del Código de procedimiento penal) prohibía la autodefensa. El Tribunal Supremo portugués había establecido, además, en su jurisprudencia que ni siquiera los abogados o jueces podían defenderse a sí mismos. En los casos en los que el inculpado no designase su defensa esta sería nombrada por el Tribunal, por cuenta del interesado.

El acusado vio cómo a lo largo de 1996 y 1997 los sucesivos recursos frente a esta decisión eran rechazados por el Tribunal de Apelación de Oporto y el Tribunal Constitucional por no haberlos presentado asistido de abogado como era preceptivo. En concreto, el Tribunal Constitucional analizó la posible inconstitucionalidad de la prohibición de la autodefensa, rechazando la alegación.

El 21 de diciembre de 1998 la Corte de Distrito condenó al interesado a 170 días de multa y una suma en concepto de daños al juez al que había insultado. Nuevamente, el Sr. Correia de Matos recurrió en apelación, esta vez contra la sentencia condenatoria, pero el juez rechazó la apelación por no haber sido presentada mediante letrado.

Con posterioridad, el 3 de diciembre de 1999 el tribunal de Distrito consideró que la Ley de Amnistía 29/99, de 12 de mayo, era aplicable al caso, anulando la sentencia. Sin embargo, el Sr. Correia de Matos supo el 14 de agosto de 2000 que el fiscal había iniciado actuaciones de ejecución forzosa para la satisfacción de las cantidades debidas en concepto de daños al juez.

En este contexto, el Sr. Correia de Matos presentó una demanda ante el TEDH el 1 de abril de 1999 sobre la base de la violación del artículo 6.1 y 6.3 del CEDH en los procedimientos civil y penal en Portugal. En particular, su alegación principal era que no se le había permitido ejercer su propia defensa. El interesado solicitó representarse a sí mismo ante el TEDH, lo cual fue autorizado por el Tribunal. La sala tercera del TEDH decidió el 14 de septiembre de 2000² desestimar parcialmente la demanda –en todo

² *Correia de Matos v. Portugal*, n° 48188/99, decisión parcial sobre admisibilidad, TEDH, de 14 de septiembre de 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0914DEC004818899.

lo relativo a la demanda civil—. El TEDH se basó en que, de un lado no se habían agotado aún los recursos internos pues aún estaban sin resolver un último recurso ante el Tribunal Constitucional y, de otro, que el derecho a representarse a sí mismo es una garantía en el CEDH del proceso penal y no del proceso civil. El 15 de noviembre de 2001 el TEDH decidió que el resto de la demanda relativa al derecho a la autodefensa en el proceso penal era inadmisibile por falta manifiesta de violación, pues su jurisprudencia anterior afirmaba que es el Estado quien debe decidir y regular las formas en que debe y/o puede ejercerse la defensa³.

El 1 de abril de 2002, el Sr. Correia de Matos presentó una comunicación ante el CDH, quien resolvió mediante su opinión n° 1123/2002, de 28 de marzo de 2006⁴ a favor del solicitante indicando que el derecho a defenderse en persona, conforme al artículo 14 PIDCP, apartado 3, letra d), no había sido respetado en este caso.

2.2. *Incluyendo la reincidencia*

Casi catorce años más tarde, el 10 de febrero de 2010, el Sr. Correia de Matos fue inculcado por la fiscalía ante el Tribunal de Distrito de Baixo-Vouga por haber insultado –nuevamente– a un juez. Como no designó abogado, la oficina del fiscal le nombró abogado de oficio, decisión confirmada por el Tribunal penal de instrucción de Baixo-Vouga reiterando la doctrina constitucional de que un abogado no podía ejercer su propia defensa en juicio. El acusado recurrió ante el Tribunal de Apelación de Coimbra (2010) y ante el propio Tribunal Constitucional (2012), siendo rechazados sus recursos por no ser presentados mediante letrado.

El 4 de agosto de 2012 el Sr. Correia de Matos presentó demanda ante el TEDH sobre la base de que la denegación de su derecho a llevar su propia defensa ante los tribunales portugueses violaba el artículo 6.3 CEDH.

Con posterioridad, el Juzgado de Instrucción de Baixo-Vouga convocó juicio oral el 20 de septiembre de 2012, en el que el interesado no estuvo presente, aunque el abogado de oficio sí compareció. El interesado en ningún

³ *Correia de Matos v. Portugal*, n° 48188/99, decisión final sobre admisibilidad, TEDH, de 15 de noviembre de 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:1115DEC004818899. En adelante se citará como *Correia de Matos*, TEDH 2001.

⁴ *Correia de Matos v. Portugal*, Comm. 1123/2002, opinión de 28 de marzo de 2006, U.N. Doc. A/61/40, Vol. II, at 175 (HRC 2006). En adelante se citará como *Correia de Matos* HRC 2006.

momento solicitó asistencia jurídica gratuita ni nombrar su propio abogado. Consecuentemente, le fue requerido el pago del abogado de oficio. No pagó dichos emolumentos; no obstante, la orden de ejecución forzosa del pago tuvo que suspenderse por falta de bienes sobre la que ejecutarse.

El 1 de mayo de 2014 apeló contra la sentencia del Tribunal Penal del Baixo-Vouga, pero la apelación fue rechazada por no ir firmada por el abogado de oficio u otro abogado de su elección, confirmando que no podía defenderse a sí mismo, según este Tribunal, pues era una cuestión de orden público (*public-order interest*), cuya constitucionalidad había sido reafirmada por el Tribunal Constitucional. Asimismo afirmó que no era contraria al PIDCP. El Tribunal de Apelación explicaba que el Derecho portugués permite la intervención del acusado en distintas fases del proceso para realizar peticiones, ofrecer aclaraciones, explicarse o presentar declaraciones, así como garantiza el derecho a la última palabra.

Para el Tribunal “*there was a distinction between, a dual safeguard emanating from, the mandatory instruction of a lawyer to ensure the accused’s “technical” defence and the possibility for the accused to be present and to intervene in the proceedings*”⁵. En suma, para el Tribunal de Apelación, se trata de garantías cumulativas del proceso en la normativa portuguesa: de un lado, el derecho del inculcado a participar en el proceso, de otro lado la representación obligatoria por un abogado para garantizar su defensa técnica. El Tribunal de Apelación señaló que al no encontrar razón alguna para apartarse de la interpretación basada en la jurisprudencia y la doctrina, Portugal no había modificado su legislación ni antes ni después de la opinión del CDH de 2006.

La Sala del TEDH a la que le había sido atribuido el caso dio traslado del asunto a la Gran Sala el 16 de septiembre de 2016. El Sr. Correia de Matos solicitó nuevamente defenderse a sí mismo, lo cual fue autorizado por el Presidente de la Gran Sala el 14 de noviembre de 2016. Tras dos sesiones de deliberación a puerta cerrada el 8 de febrero y el 20 de noviembre de 2017, la Gran Sala dictó sentencia el 4 de abril de 2018, por mayoría de 9 jueces (8 en contra).

⁵ *Correia de Matos v. Portugal* [GC], n.º. 56402/12, § 24, ECHR 2018 (en adelante se citará como *Correia de Matos*, STEDH GS 2018). Una reseña en Gray, C, “The right to defend oneself in person in criminal proceedings: *Correia de Matos v Portugal*”, *European Human Rights Law Review*. 2018, pp. 393-396 y un primer comentario en Motoc, J. y Volikas, M., “The ECHR and the UN Human Rights Committee: Je t’aime, moi non plus. Some remarks about *Correia de Matos v. Portugal* and the right to defend oneself in person”, en Decaux, E., Motoc, J. and Gillibert, P. (eds.), *Mélanges in tribute to Judge Christine Chanet*, Editions Pedone, 2019, conforme a version pre-edición publicada online.

3. LOS PRONUNCIAMIENTOS CONTRADICTORIOS

La singularidad de estos casos reside en parte en el hecho de no han sido frecuentes las oportunidades de confrontar la decisión del TEDH y la opinión del CDH sobre unos mismos hechos y derecho⁶. A la par, es también peculiar la recurrencia de un mismo interesado en dos momentos distintos por una misma cuestión jurídica ante el TEDH. Igualmente resulta especial –aunque tampoco es un caso único– la división en el seno de la Gran Sala del TEDH en dos grupos de peso prácticamente equivalente, lo que nos permite contar ficticiamente con una casi tercera decisión en el seno del TEDH sobre el mismo problema.

Pero antes de entrar en el fondo, comenzamos analizando la peculiaridad procesal de encontrar un mismo asunto sometido a dos órganos de control en el marco de dos sistemas de protección de derechos humanos, uno regional (CEDH) y otro universal (PIDCP), ventana de oportunidad para planteamientos encontrados.

3.1. *La regla de la inadmisión de un asunto objeto de otro procedimiento de arreglo*

El artículo 35 CEDH establece que una demanda debe ser declarada inadmisibles cuando “sea esencialmente la misma que una demanda examinada anteriormente por el Tribunal o ya sometida a otra instancia internacional de investigación o de acuerdo, y no contenga hechos nuevos”⁷.

⁶ Sobre la cuestión puede verse el análisis de casos concretos en Forowicz, M., *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2010, pp. 154-165, entre los que analiza el caso *Correia de Matos* en relación con la decisión del TEDH de 2001 y la opinión del CDH de 2006. También analiza diversos casos en los que el TEDH y el CDH han recibido solicitudes concurrentes, McGoldrick, Dominic, “A Defence of the Margin of Appreciation and an Argument for its Application by the Human Rights Committee”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 65, 2016, pp. 45-52.

⁷ Conforme a la Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983, *BOE*, núm. 108, de 6 de mayo de 1999. El Convenio fue originalmente publicado mediante Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales núme-

En sentido análogo, el artículo 5 del Protocolo Facultativo al PIDCP establece que “El Comité no examinará ninguna comunicación de un individuo a menos que se haya cerciorado de que: a) El mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales”⁸.

Paradójicamente, el CDH se pronunció el 28 de marzo de 2006, después de que lo hubiera hecho el TEDH, mediante sentencia de 15 de noviembre de 2001. La cuestión fue objeto de análisis de admisibilidad ante el CDH que zanjó la cuestión acudiendo al texto francés e inglés del Protocolo, y no al texto en castellano, que determinan la inadmisibilidad en los casos en los que el asunto “está siendo considerado” por otro procedimiento internacional de investigación o arreglo.

Tanto el texto en lengua francesa (*La même question n'est pas déjà en cours d'examen*) del artículo 5 del Protocolo al PIDCP como el texto en inglés (*The same matter is not being examined*) exigen para la inadmisión la contemporaneidad del examen en ambas instancias internacionales, esto es, que el examen del asunto por el Comité se iniciara mientras otra instancia tiene el asunto abierto y bajo examen. El texto en español (“El mismo asunto no ha sido sometido ya”), en cambio, determinaría la inadmisión en un caso como el presente en el que ha habido sobre los mismos hechos un pronunciamiento previo en el marco de otro sistema de garantía de los derechos humanos, ya concluido.

El Estado portugués suscitó la cuestión de inadmisibilidad por haber sido el asunto ya resuelto por otro medio de arreglo; sin embargo, no alegó la discrepancia de las diversas versiones lingüísticas del tratado. No planteó Portugal en ningún momento un ejercicio de interpretación multilingüe del Protocolo al PIDCP, conforme a lo previsto en el artículo 33 de la Convención de Viena de Derecho de Tratados de 1969⁹, ni acudió a los trabajos preparatorios ni al contexto ni a otros tratados que obliguen a las partes

ros 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, *BOE*, núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

⁸ Conforme al artículo 14 del Protocolo al PIDCP, los “textos en chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos”.

⁹ Artículo 33. Interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas:

1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos. (...)

4. Salvo en el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el párrafo 1, cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 32, se adoptara el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y del fin del tratado.”

(Portugal), como el CEDH, para determinar el sentido preciso de la norma. El Comité utilizó el texto francés del Protocolo al PIDCP¹⁰.

Para evitar este tipo de situaciones, y a impulso del Comité de Ministros del Consejo de Europa en 1970¹¹, varios de los Estados miembros de esta organización efectuaron una reserva al ratificar el Protocolo optativo al PIDCP excluyendo la competencia del Comité respecto de las comunicaciones individuales relativas a casos en los que hubiera ya un pronunciamiento del TEDH (algunos países la formulaban más ampliamente en relación con cualquier otro mecanismo de derechos humanos)¹². Portugal no había formulado tal reserva ni consta que con posterioridad al primer caso *Correia de Matos* la haya introducido, así que la posibilidad de repetición aún existe, como ha apuntado el Juez Pinto de Albuquerque en su opinión disidente a la STEDH de 2018¹³.

En una secuencia inversa de reclamaciones –acudiendo primero al Comité y en segundo lugar al TEDH– el resultado habría sido diferente. El texto del artículo 25 del CEDH en sus dos lenguas oficiales excluye la admisión siempre que en el pasado se hubiera sometido el asunto a otra instancia internacional de investigación o arreglo (*une requête déjà soumise, the matter has already been submitted*)¹⁴, sin dejar resquicio a interpretaciones como la del caso ante el CDH.

¹⁰ La opinión del Comité se adoptó en inglés, francés y español, pero la versión original es el texto francés.

¹¹ Forowicz, 2010, op. cit., n. 6, p. 151; analizando la cuestión desde una perspectiva más global de fragmentación del sistema internacional, Decaux, Emmanuel, “The Place of Human Rights Courts and International Criminal Courts in the International System”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, 2011, p. 602.

¹² En concreto, a fecha de 31 de julio de 2019, 18 Estados miembros del Consejo de Europa han formulado reservas de esta naturaleza: Alemania, Austria, Croacia, Dinamarca, Eslovenia, España, Francia, Irlanda, Islandia, Italia, Luxemburgo, Malta, Noruega, Polonia, Moldavia, Rumanía, Suecia, Turquía, conforme a la base de datos de tratados de Naciones Unidas, Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, New York, 16 December 1966, status at 01-08-2019 07:16:45 EDT.

¹³ *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque joined by Judge Sajó, § 32.

¹⁴ Conforme al artículo 65 CEDH los textos que dan fe son el inglés y el francés. El artículo 35 establece en inglés que: “2. The Court shall not deal with any application submitted under Article 34 that: ... (b) is substantially the same as a matter that has already been examined by the Court or has already been submitted to another procedure of international investigation or settlement and contains no relevant new information”). El texto francés indica que «2. La Cour ne retient aucune requête individuelle introduite en application de l’article 34, lorsque ... b) elle est essentiellement la même qu’une requête précédemment examinée par la Cour ou déjà soumise à une autre instance internationale d’enquête ou de règlement, et si elle ne contient pas de faits nouveaux».

No puede afirmarse con carácter general que un mismo asunto no pueda ser llevado ante dos instancias internacionales de protección de derechos humanos. En términos procesales existe una fragmentación del régimen jurídico aplicable a la concurrencia de sistemas de protección de derechos humanos. La fragmentación deriva de la ausencia de una norma común, de cuál sea el primer mecanismo de control al que se acuda, de las eventuales reservas que puedan formularse a las reglas procesales y, por último, de cómo son interpretadas tales reservas por los órganos de control¹⁵. Sin duda, ello comporta un riesgo claro de *fórum shopping* entre los distintos sistemas de protección de derechos humanos¹⁶. Esta posibilidad de “queja a medida” se ve si cabe más pronunciada por los diferentes estándares interpretativos que la pluralidad de sistemas de control general en relación con un mismo derecho.

3.2. *Un mismo derecho, interpretaciones dispares*

Las decisiones analizadas tiene un punto común: el derecho a defenderse uno mismo es un aspecto particular del derecho al juicio justo¹⁷ y este derecho no es absoluto. Sin embargo, han llegado a concluir de manera diversa en relación con el caso.

3.2.1. Una garantía del juicio justo no examinada por el TEDH hasta 2001

Hasta el caso *Correia de Matos*, el TEDH no había analizado directamente una alegación de violación del derecho del acusado a elegir la autodefensa¹⁸.

¹⁵ Forowicz, 2010, op. cit., n. 6, p. 152, subraya que el Comité de Derechos Humanos realiza una interpretación extraordinariamente estricta de los conceptos “mismo asunto” y “examinado” para retener su capacidad de conocer de una queja a pesar de que exista un asunto previo ante el TEDH sobre la cuestión, remitiendo al trabajo de Phuong, C, “The Relationship Between the European Court of Human Rights and the Human Rights Committee: Has the “Same Matter” Already Been “Examined”?”, *Human Rights Law Review*, 2007, pp. 385 y siguientes.

¹⁶ Forowicz, 2010, op. cit., n. 6, p. 160; Motoc & Volikas, 2019, op. cit. n. 6. En sentido análogo se pronuncia McGoldrick, 2016, op. cit. n. 6, p. 52. Recientemente sobre la cuestión, Deprez, Christophe, “The Admissibility of Multiple Human Rights Complaints: Strasbourg and Geneva Compared”, *Human Rights Law Review*, 2019, vol. 3, <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngz022>.

¹⁷ *Correia de Matos*, TEDH 2001, p. 5 (citando *Artner v. Austria*, 28 August 1992, Series A no. 242, p. 10), §19; *Correia de Matos* HRC 2006, § 7.4; *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, § 119.

¹⁸ European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights. Right to a Fair Trial (criminal limb)*, Council of Europe, update of 30 April

En la decisión de inadmisibilidad de 15 de noviembre de 2001, la base para rechazar la demanda del Sr. Correia de Matos por falta manifiesta de fundamento se sostiene en un único argumento central: el TEDH consideró que su jurisprudencia anterior en relación el derecho de elección de la defensa es aplicable plenamente al caso de la autodefensa.

Esta jurisprudencia invocada, muy limitada en número y contenido, procedía en su mayor parte de informes de la Comisión: en *X v. Norway* la Comisión afirmó que el derecho recogido en el convenio garantiza que el procedimiento penal se lleve adelante con una adecuada defensa del acusado, sin que ello conlleve el derecho del acusado a elegir la manera en la que debe garantizarse su defensa. Esto, a juicio de la Comisión dependerá de las normas que regulen el funcionamiento del tribunal y el procedimiento en cada Estado¹⁹. En *Weber v. Switzerland* y en *X. v. Austria* la Comisión sostuvo que la elección entre las posibilidades ofrecidas por el artículo 6.3.c) CEDH (autodefensa, defensa letrada, defensa de oficio a cargo de fondos del Estado) correspondía a las autoridades²⁰. El primer caso del TEDH con relevancia en el problema abordado fue *Croissant v. Germany*, en el que sostuvo que una norma nacional que exija que el procesado sea defendido por un abogado en todas las etapas de un proceso no es contraria en principio a la Convención²¹. En todo caso, los precedentes invocados son supuestos en los que se discute el ámbito de regulación que compete al Estado para determinar los supuestos en los que procede nombrar un abogado de oficio excluyendo el derecho de elección de abogado del interesado, y no específicamente su derecho a defenderse por sí mismo.

Básicamente, este conjunto de decisiones tal y como son aplicadas en Correia de Matos en 2001 ponen de manifiesto los contornos del derecho de defensa a los ojos del TEDH. El derecho de defensa –como garantía del juicio justo–: a) puede ser regulado por el Estado; b) el Estado puede deci-

2019, para. 398-402, donde se analiza esta disposición centrándose casi exclusivamente en resumir la sentencia del TEDH en el caso *Correia de Matos* de 2018.

¹⁹ *X v. Norway*, Commission decision of 30 May 1975, Decisions and Reports 3, p. 43: “the decision as to whether the applicant will defend himself in person or be represented by a lawyer of his own choosing, or in certain circumstances one appointed by the court, depends upon the applicable legislation or rules of the court”.

²⁰ *Weber v. Switzerland*, Commission decision, 17 May 1995, unreported; *X v. Austria*, no. 7138/75, Commission decision of 5 July 1977, Decisions and Reports 9, p. 50.

²¹ *Croissant v. Germany*, no. 13611/88, 25 September 1992, § 27, Series A no. 237-B: “the requirement that a defendant be assisted by counsel at all stages of the Regional Court’s proceedings –which finds parallels in the legislation of other Contracting States– cannot, in the Court’s opinion, be deemed incompatible with the Convention”.

dir los casos en los que el acusado debe estar representado por un letrado; c) el Estado puede decidir que el acusado debe estar siempre representado por un letrado y que ese letrado sea nombrado de oficio; c) por tanto, el Estado puede decidir si es admisible la modalidad de defensa por sí mismo del acusado, y en qué casos, llegando a admitir la exclusión total por el Estado de la modalidad de la autodefensa sin vulnerar el Convenio.

Con esta configuración no existe como tal un derecho a la autodefensa, sino un derecho genérico a la defensa, atribuyendo al Estado la prerrogativa, si así lo estima oportuno, de regular sus variantes. El TEDH entiende que el derecho reconocido por el CEDH es el derecho de defensa, y no sus modos alternativos en sí mismos. Como ha afirmado Assy, el TEDH concibe las opciones del artículo 6.3.c) como instrumentales de la garantía del juicio justo (“instrumental or outcome-oriented”), y no como derechos en sí mismos.

Sobre esta base, la conclusión es lógica: la opción del Estado portugués que exige siempre la asistencia letrada es compatible con el Convenio. El TEDH entiende que es parte del margen de apreciación del Estado determinar las modalidades del derecho de defensa.

It [the Court] considers that in this area it is essential for applicants to be in a position to present their defence appropriately in accordance with the requirements of a fair trial. However, the decision to allow an accused to defend himself or herself in person or to assign him or her a lawyer does still fall within the margin of appreciation of the Contracting States, which are better placed than the Court to choose the appropriate means by which to enable their judicial system to guarantee the rights of the defence²².

En esta decisión, no obstante, el control del margen de apreciación se limita a constatar la invocación por Portugal de la naturaleza tuitiva de la medida: se trata de una medida en “interés” del acusado”, destinada a asegurar “la defensa adecuada de sus intereses”, dado que ese sujeto puede no estar en condiciones de “evaluar los intereses en juego” en el proceso penal y, por tanto, “podría no llevar a cabo su propia defensa de manera eficaz”. A la par, la decisión pone cierto énfasis en la participación del acusado en el procedimiento, que no es negada en ningún caso por los tribunales portugueses.

3.2.2. El Comité de Derechos Humanos fija una senda

El CDH examinó la queja presentada el 1 de abril de 2002 por el Sr. Correia de Matos, al amparo del Protocolo Adicional al PIDCP. La queja se

²² *Correia de Matos*, TEDH 2001, p. 6.

basaba en los mismos hechos que la demanda anteriormente presentada ante el TEDH, alegando la violación del artículo 14.3.d) del Pacto, que consagra este derecho en los términos siguientes:

“3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...)

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo”.

La opinión del Comité fue adoptada el 28 de marzo de 2006 por 12 votos contra cuatro. En ella, el CDH analizó con cierto detalle el derecho a la defensa, para con ello fundamentar una respuesta diferente a la ya evacuada por el TEDH. Para comenzar distinguió el derecho a la defensa por uno mismo del derecho a participar en el proceso (ser oído en personal, participar procesalmente...), derecho que existe al margen de cuál sea la defensa legal escogida.

En segundo lugar, sostuvo que el derecho establecido por el artículo 14.3.d) PIDCP²³ (equivalente al 6.3.c) CEDH) es un derecho de opción del acusado, como se confirma en todas las lenguas oficiales del Pacto: el acusado puede escoger la defensa en persona o la defensa por abogado de su elección²⁴. En tercer lugar, y compartiendo la idea de que no es un derecho absoluto, examinó las posibles limitaciones que el Estado puede legítimamente establecer al derecho de autodefensa en base al “interés de la justicia”. En este orden, consideró que el derecho podría ser objeto de limitación o exclusión en casos como la obstrucción persistente y sustancial del procedimiento por el acusado, en casos de acusaciones graves siendo el acusado incapaz de actuar en su propio interés o aquellos casos en los que hay proteger a testigos vulnerables que pudieran estar en situación de estrés en caso de ser interrogados por el propio acusado.

No obstante, en tales casos, el CDH fijó “límites a las limitaciones”. Estableció que “cualquier restricción del derecho del acusado a defenderse a sí mismo” debe: 1) cumplir una finalidad objetiva y de relevancia significativa; 2) no ir más allá de lo necesario para garantizar el interés de la

²³ Véase el comentario a este artículo en Nowak, M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Engel, 2005, pp. 337-341.

²⁴ *Correia de Matos* HRC 2006, § 7.3.

justicia²⁵. La apreciación de estos requisitos debe estar en manos de los tribunales internos, pues en un procedimiento penal el acusado puede no estar en condiciones de realizar esa valoración de manera objetiva. Y ello, en todo caso, queda sujeto eventualmente al control del CDH.

En relación con la comunicación planteada por el Sr. Correia de Matos, consideró que existía violación del derecho porque tanto la legislación del Estado como la jurisprudencia del Tribunal Supremo portugués no permitían en ningún caso que el acusado pudiera liberarse de la obligación de ser defendido por un abogado en el procedimiento penal. En esta decisión se excluía la evaluación de su capacidad como abogado, la gravedad de la acusación o el comportamiento del acusado. El análisis de la proporcionalidad de la medida en relación con el interés invocado (la justicia del proceso) fue un elemento igualmente determinante de la decisión del CDH. Este afirmó que las razones alegadas por el Estado no justificaban de manera objetiva y suficiente que en un caso simple (injurias a un juez) la ausencia de un abogado pudiera amenazar el interés de la justicia de forma que el derecho del acusado a defenderse por sí mismo tuviera que verse limitado²⁶.

3.2.3. La Gran Sala mantiene el rumbo previo del TEDH

El TEDH concluyó en su sentencia de Gran Sala de 2018 que en el asunto Correia de Matos (segunda demanda) tampoco existía violación del artículo 6.3.c) CEDH. Es significativo que en esta ocasión, el TEDH decidiera entrar en el fondo mediante sentencia, sin reiterar el planteamiento de la inadmisibilidad de 2001. La propia remisión del asunto a la Gran Sala, sin duda, anuncia que el TEDH percibía ya una cierta complejidad en la cuestión, quizás condicionada por el hecho de enfrentar su propia jurisprudencia con el pronunciamiento previo del CDH. Igualmente, y como se irá viendo, la constatación de una creciente tendencia que favorece la autodefensa en las normas nacionales e internacionales debía encontrar un cierto acomodo en su razonamiento, aunque sólo fuera como referencia al derecho aplicable a la figura de la autodefensa²⁷. Nada de ello lleva, al TEDH a apartarse finalmente de su línea jurisprudencial anterior. Sin embargo, el hecho de la división de la Gran Sala en dos, a favor y en contra de la existencia de violación, ilustra sobre el momento de posible transición

²⁵ *Correia de Matos* HRC 2006, § 7.4.

²⁶ *Correia de Matos* HRC 2006, § 7.5.

²⁷ *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, § 62-84.

interpretativa sobre este derecho. Ello no obstante, la mayoría de la Gran Sala se mantiene apegada a la interpretación anterior y más estrecha²⁸, frente a los ocho jueces de la minoría que abogan por una interpretación actualizada. En el corazón del debate está qué se considera núcleo duro del derecho de defensa, así como las nociones de margen de apreciación e interés de la justicia, que iremos abordando en epígrafes sucesivos.

El TEDH sentó dos premisas básicas y habituales: que su papel no es el de revisar la legislación de los Estados en abstracto y que su control es subsidiario²⁹. Con ello ya parecía indicar que no pretendía realizar un ejercicio teórico ni conceptual sobre el derecho de defensa o sobre la modalidad específica del derecho a defenderse uno mismo.

El punto de partida de la Gran Sala es su posición jurisprudencial previa: el derecho a la defensa no es absoluto y puede ser regulado por el Estado, quien definirá sus modalidades. El TEDH establece como punto de partida el vínculo del derecho de defensa del artículo 6.3 con el derecho a un juicio justo consagrado en el artículo 6.1 CEDH, recordando su jurisprudencia constante y previa, ya referida. A ella añade algún caso posterior a la primera decisión *Correia de Matos*, como el asunto *Sakhnovskiy v. Russia*, también de Gran Sala, en el que afirmó:

The Court reiterates that while Article 6 § 3 (c) confers on everyone charged with a criminal offence the right to “defend himself in person or through legal assistance ...”, it does not specify the manner of exercising this right. It thus leaves to the Contracting States the choice of the means of ensuring that it is secured in their judicial systems, the Court’s task being only to ascertain whether the method they have chosen is consistent with the requirements of a fair trial³⁰.

No conviene obviar que el caso –como ocurre en la jurisprudencia anterior a *Correia de Matos*– tampoco es un supuesto en el que el acusado pretendiera ejercer la autodefensa. En *Sakhnovskiy* se alegaba una eventual falta de eficacia de la defensa de un abogado nombrado de oficio, así como la falta de participación efectiva del acusado en el procedimiento.

El punto de partida pues, es claro: la decisión sobre la modalidad de defensa corresponde al Estado y el único control que debe ejercer el Tribunal es si la regulación del Estado permite un juicio justo (finalidad invo-

²⁸ *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, § 118.

²⁹ *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, § 115 y 116.

³⁰ *Sakhnovskiy v. Russia* [GC], no. 21272/03, § 95, ECHR 2010, referenciado en *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, § 122.

cada para justificar la regulación que el Estado realiza)³¹. En ese análisis, el Tribunal recurre al margen de apreciación del Estado para definir esa “*overall fairness of the proceedings*”, pues los Estados parte “*are better placed than the Court [TEDH] to choose the appropriate means by which to enable their judicial system to guarantee the rights of defence*”³². La Gran Sala considera que no existe un consenso sobre el derecho de autodefensa, por lo que el control del margen de apreciación del Estado debe limitarse a examinar las razones ofrecidas en el caso concreto para determinar la justicia global del proceso, excluyendo toda valoración de proporcionalidad.

Para determinar si el Estado actúa dentro del margen de apreciación, el TEDH analiza el interés público de la limitación (tal y como también exigía el CDH) pero no tiene aparentemente en cuenta el segundo de los requisitos que el CDH recoge en su opinión; la necesidad y proporcionalidad de la medida para garantizar el interés de la justicia. La sentencia afirma que “*la cuestión central en relación con la medida impugnada no es si debieran haberse adoptado medidas menos restrictivas o, incluso, si el Estado debiera haber demostrado que, sin la exigencia de la defensa legal obligatoria, los derechos de defensa del acusado no se podrían haber garantizado en ningún caso. El asunto central desde la perspectiva de la provisión de razones relevantes y suficientes para esa elección es, más bien, si el legislador actuó dentro del margen de apreciación que le corresponde*”³³.

En tal sentido, considera que la normativa portuguesa persigue como finalidad proteger el interés de la justicia global del proceso, sin entrar en el fondo de los debates parlamentarios, que sin embargo no habían abordado expresamente la cuestión de la autodefensa³⁴. A la par, considera que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional portugués era razonada y defendía de manera racional la obligatoriedad de la defensa legal tanto en interés del acusado como para proteger el interés público³⁵, más si cabe en un supuesto en el que el delito podía comportar pena de prisión³⁶. No obstante, la Gran Sala en ese momento obvia que en el derecho penal portugués casi cualquier delito por mínimo

³¹ *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, § 126.

³² *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, § 123 y *X v. Finland*, no. 34806/06, § 182, ECHR 20212.

³³ *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, § 151. La traducción es nuestra. La Sentencia no está oficialmente disponible en castellano.

³⁴ *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, § 145-146.

³⁵ *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, § 147-150.

³⁶ *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, § 152.

que sea comporta pena de prisión³⁷. Es más, entre las pocas excepciones existentes, el delito del que es acusado el Sr. Correia de Matos está penado alternativamente con prisión de hasta 4 meses y 15 días como máximo o un máximo de 180 días de multa y, como ocurrió en el precedente de 2001, bien pudiera haber concluido el caso con una sanción pecuniaria y no de prisión. No obstante, el Tribunal afirma que “no puede ser considerado como un delito menor”³⁸. Su examen no va más allá. Además, estima que la legislación portuguesa no vulnera el derecho del acusado de participar en el proceso, siendo oído, presentando declaraciones o permaneciendo en silencio³⁹, en lo que a nuestro parecer confunde el derecho a participar en el proceso con el derecho de defensa.

Del conjunto de la sentencia parece desprenderse un prejuicio desfavorable a la autodefensa como modalidad del ejercicio del derecho de defensa. Consideramos que la Gran Sala asume la idea de que la autodefensa pone en riesgo la justicia del proceso y, por tanto, sólo podría ser aceptada bajo condiciones estrictas. Así parece confirmarlo al invocar la idea de que para admitir la renuncia a los derechos del artículo 6 CEDH mediante una norma elaborada por el Estado, esta –la renuncia– debe ser inequívoca, no ser contraria a ningún interés público y estar acompañada de garantías proporcionales a su importancia. De ello deduce el Tribunal que “el margen de apreciación de los Estados para autorizar la defensa del acusado en persona como única defensa no es ilimitado tampoco y sus límites están ligados tanto a la protección del acusado como a los intereses públicos en juego”⁴⁰. El mismo hecho de considerar que la autodefensa debe ser “autorizada” subraya la concepción de que no se trata de un derecho del acusado a optar por una u otra forma de defensa. En ese sentido, señala, además, que en su jurisprudencia previa ha establecido que es preferible una medida limitativa de carácter general que una disposición que prevea un examen caso por caso, cuando esta última pueda dar lugar a un riesgo significativo de incertidumbre en el litigio, gastos y retrasos, así como discriminación o arbitrariedad.

Con esta aproximación el TEDH invierte el planteamiento elaborado por el CDH: si el Comité consideraba que el Estado debía justificar cualquier limitación de la autodefensa, pues lo consideraba un derecho; el Tribunal asume que la autodefensa es una limitación o merma del derecho de

³⁷ *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, § 49-50.

³⁸ *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, § 165.

³⁹ *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, § 155.

⁴⁰ *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, § 128, la traducción es nuestra.

defensa y, por tanto, sólo puede ser permitido como excepción del derecho a la defensa letrada, como renuncia expresa a la misma y siempre y cuando no se pongan en juego la protección del acusado y los intereses públicos.

El TEDH acepta que existe una tendencia en el Derecho comparado a reconocer el derecho a defenderse por uno mismo sin asistencia letrada. Aun subrayando la variabilidad de la legislación en la cuestión, considera que debe ser tenida en cuenta por el poder legislativo del Estado al elaborar su normativa reguladora del derecho y por el TEDH al ejercer su labor de supervisión, de tal forma que una prohibición absoluta del derecho a defenderse por uno mismo puede ser, bajo ciertas circunstancias, excesiva⁴¹. Sin embargo, no llega en la sentencia a concretar cuáles serían las circunstancias que harían esa prohibición “excesiva” y, por tanto, contraria al convenio. De hecho, no llega a sacar más conclusión de esta tendencia que la ausencia de un consenso, por lo que acepta que la legislación portuguesa –que constituye una singularidad, como único Estado del Consejo de Europa que mantiene una prohibición absoluta de la autodefensa– es, paradójicamente, conforme al CEDH.

A esta distorsión de la naturaleza de la autodefensa como limitación del derecho de defensa, al reconocimiento de un margen de apreciación incuestionado pese a la “tendencia” internacional, a la negativa a valorar la medida desde parámetros de necesidad y proporcionalidad se suma por último, un prejuicio –y este es preocupante– de la Gran Sala sobre el supuesto de hecho específico. La mayoría que adopta la decisión aprovecha para poner el acento en que el hecho de que el Sr. Correia de Matos hubiera insultado a un juez. Se incide en varias ocasiones en los especiales deberes de los abogados ante los tribunales y cómo el comportamiento del Sr. Correia denota falta de imparcialidad, lo cual sería contrario al interés de su propia defensa⁴².

Toda esta argumentación le lleva a concluir que:

“A la luz de cuanto precede, el Tribunal observa que el objetivo esencial de la norma portuguesa que establece la obligatoriedad de la defen-

⁴¹ *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, § 137.

⁴² *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, § 74. Además, el Tribunal incluye en el Derecho aplicable la Recomendación n° R(2000)21, de 25 de octubre de 2000, del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, sobre la libertad de ejercicio de la profesión legal en relación con los estándares de conducta, el Código de Conducta del *Council of Bars and Law Societies of Europe* de 1988 y la Carta de Principios Fundamentales de la Profesión Legal en Europa de 2006. Reitera esta idea al menos en § 138-142, conteniendo el análisis legal sobre el fondo, y por último en §. 165. Es igualmente crítico con este sesgo el Juez Pinto, *Correia de Matos*, STEDH GS 2018), Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque joined by Judge Sajo, § 49-53.

sa letrada en los procedimientos penales es asegurar la debida administración de justicia y un juicio justo, respetando el derecho del acusado a la igualdad de armas. Teniendo en cuenta el contexto procesal en su conjunto en el cual se aplica la obligación de representación legal y teniendo en mente el margen de apreciación de que gozan los Estados miembros en relación con la elección de medios para asegurar la defensa del acusado, la Corte considera que las razones aportadas para justificar la obligatoriedad de representación legal son en su conjunto y en el caso presente no sólo relevantes sino suficientes⁴³.

3.2.4. ¿Disidencia en la carga de la prueba o en los conceptos?

La sentencia de 2018 se dicta con el voto a favor de nueve jueces de la Gran Sala⁴⁴ y el voto en contra de ocho⁴⁵. Las opiniones disidentes ocupan sesenta páginas, frente a cuarenta páginas que tiene la sentencia y en las que se incluyen la narración de los hechos y del Derecho aplicable durante 22 páginas. De estos datos puede ya deducirse que el TEDH ha comenzado a cuestionarse su propio análisis del derecho a la autodefensa, aunque aún no se haya traducido en un cambio de línea jurisprudencial claro. La disidencia se agrupa en torno a dos cuestiones fundamentales: una es de carácter procesal y la otra sustantiva.

En el orden procesal, los jueces disidentes pusieron el acento en la falta de argumentación en relación con el margen de apreciación concedido a Portugal en el caso, tanto desde la perspectiva de la argumentación del propio TEDH⁴⁶ como desde la pobre justificación alegada por Portugal sobre los criterios que determinaron la aprobación parlamentaria de la norma que excluye la autodefensa⁴⁷. Ello les llevaba a ser críticos con la idea general de que las violaciones de las garantías mínimas del proceso penal (apartado tercero del artículo 6 CEDH) deben analizarse desde la óptica de su incidencia en la “justicia global” del proceso (*overall fairness of the criminal proceedings*) y no como violaciones individualizadas⁴⁸. En palabras de los jueces Tsotsoria, Motoc y Mits, “los principios de sub-

⁴³ *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, § 159.

⁴⁴ Jueces Raimondi, Nußberger, Sicilianos, Jäderblom, Karakas, De Gaetano, Pechal, O’Leary, Kucsko-Stadlmayer y Hüseyinov.

⁴⁵ Jueces Sajó, Tsotsoria, Pinto de Albuquerque, Pejcahl, Wojtyczek, Motoc, Mits y Bosnjak.

⁴⁶ *Correia de Matos*, STEDH GS 2018), Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque joined by Judge Sajo, § 4-9, hacienda referencia a jurisprudencia sobre cada caso.

⁴⁷ *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, Dissenting Opinion of Judge Sajó; *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, Joint Dissenting Opinion of Judges Tsotsoria, Motoc y Mits.

⁴⁸ *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, Dissenting Opinion of Judge Sajó.

sidiariedad y del margen de apreciación son herramientas importantes para el Tribunal, pero no fines en sí mismos⁴⁹. En la jurisprudencia del TEDH, el recurso al margen de apreciación suele venir precedido por la noción de que los Estados parte están en mejor posición para tomar la decisión de cuál es el mejor medio para garantizar los derechos (“*better placed*” argument), en particular en relación con cuestiones que ponen en juego intereses públicos como la moral, cuestiones éticas o religiosas, de uso de la fuerza pública y medidas de sanción, recursos y gastos público, o bien respecto de la organización de la propiedad, medio ambiente y migración. En relación con derechos procesales se ha hecho uso anteriormente de esta expresión en relación con la apreciación de la prueba, la interpretación del derecho interno, la interpretación de tratados internacional y Derecho de la UE, la interpretación de contratos privados, o del testamento de una persona.

Ello nos lleva entonces a la cuestión de las críticas de orden sustantivo, que conforman el segundo grupo de cuestiones de la disidencia⁵⁰. Los jueces disidentes se separaron significativamente de la línea argumental mayoritaria por tres motivos. En primer lugar, no compartían que el análisis del derecho a la autodefensa pudiera fundarse en la jurisprudencia previa invocada, pues esos asuntos previos venían condicionados por su objeto diferente: se discutía en ellos sobre el nombramiento de abogados de oficio, que aun regulado por el artículo 6.3.c) CEDH, es una cuestión diversa. En ese marco el TEDH había ya examinado la incidencia de la presencia o ausencia de letrado en función de diversos factores que, en cambio la Gran Sala no “importa” y analiza para determinar el (in)correcto uso del margen de apreciación del Estado: el nivel de jurisdicción, la gravedad del delito, la capacidad del acusado de llevar adelante su propia defensa; el coste de la defensa del abogado de oficio que debe asumir el acusado, entre otros⁵¹.

En segundo lugar, los jueces disidentes rechazaron la falta de valor otorgado por la decisión de la mayoría al consenso internacional en desarrollo en torno al derecho a defenderse uno mismo⁵², a pesar de la afirmación

⁴⁹ *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, Joint Dissenting Opinion of Judges Tsotsoria, Motoc y Mits, § 44.

⁵⁰ *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, Dissenting Opinion of Judge Sajó.

⁵¹ *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, Joint Dissenting Opinion of Judges Tsotsoria, Motoc y Mits, § 9-13. *Correia de Matos*, STEDH GS 2018), Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque joined by Judge Sajó, § 68-72.

⁵² *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, Joint Dissenting Opinion of Judges Tsotsoria, Motoc y Mits, § 2 y jurisprudencia citada en § 7 y *Correia de Matos*, STEDH GS 2018), Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque joined by Judge Sajó, § 13-20.

del propio Tribunal en su jurisprudencia de la necesidad de asegurar la coherencia del Derecho internacional de los derechos humanos, idea sobre la que volveremos más adelante.

En tercer lugar, y muy especialmente el Juez Pinto, cuestionan la concepción en sí misma del derecho de autodefensa como un derecho de origen estatal y no convencional, contraponiendo lo que considera una interpretación “pro auctoritate” frente a una interpretación “pro persona” del mismo. Conforme a la interpretación pro persona, es rechazable la idea de que el derecho del acusado se limite al “derecho a una defensa” que garantice el juicio justo, dejando en manos del Estado la regulación mínima de ese derecho (versión pro auctoritate). Conforme a la visión pro persona, el CEDH consagra directamente un derecho de opción entre la autodefensa o la defensa letrada en una interpretación literal y teleológica del texto⁵³ como confirma la interpretación evolutiva del derecho comparado⁵⁴, por lo que el examen de la regulación que el Estado haga del derecho de defensa en una u otra modalidad debe ser igualmente riguroso en términos de justificación de la restricción del derecho: sea del derecho a elegir la defensa o sea del derecho a defenderse a uno mismo en función del interés de la justicia⁵⁵.

Teniendo en cuenta esta presentación de los argumentos manejados en las distintas decisiones del TEDH y la CDH, los problemas clave giran en torno a tres bloques temáticos. En primer lugar, ¿existe un derecho a la autodefensa en el marco del CEDH y/o en Derecho internacional contemporáneo? (Sección 4, Un problema conceptual: ¿qué papel para la autonomía individual?). En segundo lugar, ¿cuál es el margen del Estado para regularlo y con qué posibles limitaciones? (Sección 5, “(Des)control de las limitaciones”). En tercer lugar, ¿cuáles son las consecuencias del discurrir en paralelo de los diversos sistemas de protección de derechos humanos en relación con esta cuestión? (Sección 6, “¿Proteccionismo y fragmentación? La convivencia e interacción entre sistemas de protección”).

⁵³ *Correia de Matos*, STEDH GS 2018), Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque joined by Judge Sajo, § 63-67.

⁵⁴ *Correia de Matos*, STEDH GS 2018), Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque joined by Judge Sajo, § 63-8-76.

⁵⁵ *Correia de Matos*, STEDH GS 2018), Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque joined by Judge Sajo, § 60.

4. UN PROBLEMA CONCEPTUAL: ¿QUÉ PAPEL PARA LA AUTONOMÍA INDIVIDUAL?

Las decisiones expuestas trasladan una diversidad de concepciones en relación con la autodefensa, tanto en relación con su naturaleza como en el sentido de si contribuye a la justicia del proceso. El análisis del derecho a la autodefensa genera numerosas críticas, sean ideológicas o empíricas⁵⁶. El origen de este derecho hay que encontrarlo en el derecho interno, y en concreto en el modelo adversarial del *common law*. El estudio de opciones legislativas llevado a cabo por el TEDH en su sentencia *Correia de Matos* 2018 pone de manifiesto, sin embargo, que el derecho continental, que rige en sistemas de tipo inquisitorial, es hoy proclive a reconocer esta forma de ejercicio de la defensa con más o menos amplitud (apartado 4.1). En el plano internacional, el derecho de autodefensa no se encuentra en todos los textos, sino que aparece a partir del CEDH y, con posterioridad, del PIDCP aunque con un origen común. Posteriormente esta norma se ha incorporado a instrumentos diversos (apartado 4.2). La jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, modelo mixto entre el proceso adversarial y el inquisitorial, es receptiva al ejercicio de este derecho, aunque sometiéndolo a supervisión y medidas complementarias a lo que ha contribuido a su “visibilidad” internacional, no sin generar controversia (apartado 4.3). Todo ello lleva, en nuestra opinión, a entender que la autodefensa es un derecho consagrado en normas convencionales de derechos humanos, cuya interpretación debe hacerse de manera sistemática con el derecho a la defensa letrada y la prerrogativa del Estado de regular la designación de un abogado de oficio cuando proceda (apartado 4.4).

4.1. *El derecho de autodefensa, tradición procesal anglosajona en expansión*

En el marco del proceso penal y en tiempos arcanos la autodefensa fue considerada como una medida punitiva y no como un derecho⁵⁷. Como

⁵⁶ Por ejemplo, hay voces críticas y en contra de la idealización de este derecho como manifestación de la idea democrática, considerándolo no sólo anacrónico sino perjudicial para el sistema penal moderno (especialmente en el marco de los procesos penales internacionales), y proponiendo que pase de ser considerado un derecho a un privilegio, Cerruti, Eugene, “Self-Representation in the International Arena: Removing a False Right of Spectacle”, *Georgetown Journal of International Law*, vol. 40, 2009, p. 2 o, al menos, existir una presunción en contra, de forma que deba ser autorizada caso por caso por el juez, en Assy, 2015, op. cit. n. 1, p. 2067.

⁵⁷ Para un estudio histórico detallado de la autodefensa en el proceso penal británico y americano, Cerruti, 2009, op. cit. n. 56.

la frase atribuida a Lincoln sugiere (*He who represents himself has a fool for a client*), en la literatura académica y, probablemente en la mente de muchos legisladores, jueces y otros operadores jurídicos, la opción de la autodefensa aparece como un mal, antes que como “garantía del juicio justo”⁵⁸. En ocasiones, se intuye en esas afirmaciones un prejuicio sobre quien ejerce la autodefensa, considerando que no está en sus cabales. Otras veces, se tiende a considerar que las consecuencias de la autodefensa son perjudiciales para el interesado. No hay análisis sistemáticos sobre la cuestión. No obstante, en un estudio referido a más de doscientos casos de autodefensa ante tribunales de los Estados Unidos, se puso de manifiesto que menos del 20% de quienes recurren a la autodefensa tienen un problema mental. Según este trabajo tampoco los efectos de la autodefensa sobre la evolución del procedimiento son significativos en comparación con los casos donde la defensa se llevó mediante letrado. Quizás el efecto más relevante detectado –y obvio– fue una mayor presencia y comparecencia del acusado en sala. Las razones para recurrir a la autodefensa en el proceso penal son a menudo la disconformidad con la defensa asignada de oficio (bien por falta de comunicación, por diferencias en relación con la línea estratégica a seguir, o por considerar que el abogado designado no tenía la competencia y preparación suficiente del caso). En otras ocasiones, el acusado pretende causar un entorpecimiento del proceso, o trasladar su protesta o queja, no necesariamente relacionada con el proceso en sí⁵⁹.

El derecho a defenderse por uno mismo es un derecho presente en los sistemas jurídicos adversariales de *common law*⁶⁰, bien consagrado por la legislación o bien derivado de la jurisprudencia interna, aunque no toda la doctrina es partidaria de la figura⁶¹. Así se reconoce en la jurisprudencia británica (al menos en los tribunales de Inglaterra y Gales⁶²), en la irlandesa

⁵⁸ Hashimoto cita varios trabajos en tal sentido: Hashimoto, Erica J., “Defending the Right of Self-Representation: An Empirical Look at the Pro Se Felony Defendant”, *The North Carolina Law Review*, vol. 85, 2006-2007, pp. 425-427 y en particular notas 3, 4, 6 y 10.

⁵⁹ Jørgensen, Nina H. B., “The Right of the Accused to Self-Representation Before International Criminal Tribunals”, *The American Journal of International Law*, vol. 98, 2004, p. 711.

⁶⁰ Sobre la tradición del derecho a la autodefensa en el sistema de “*common law*” puede verse, Jørgensen, 2004, op. cit. n. 59, pp. 716-718. Para un análisis en relación con Estados Unidos, Hashimoto, 2006-2007, op. cit. n. 59, pp. 429-430.

⁶¹ Una perspectiva más crítica sobre el origen y evolución de la autodefensa (medida punitiva, derecho o privilegio) en Cerruti, 2009, op. cit. n. 58, pp. 2-12; Assy, 2015, op. cit. n. 1, p. 206.

⁶² Gunning cita como casos de referencia *R v Woodward*, de 1944 y *R v Lyons*, de 1968. En el primero se aparta de jurisprudencia anterior que había fijado que un acusado una vez que ha optado por un modo defensa (autodefensa o mediante letrado) no puede

y en la de Estados Unidos, a pesar de que la sexta enmienda a la Constitución americana no se refiere expresamente a este derecho (puede verse en el anexo). Su afirmación como derecho constitucional en este Estado deriva de la decisión de 1975 del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (en adelante, TS EEUU)⁶³ en el caso *Faretta v. California*⁶⁴. La abundante práctica histórica de autodefensa en la que se basa esta sentencia fue posteriormente cuestionada por el mismo tribunal en *Martinez v. Court of Appeal*⁶⁵. En ella se razona que esa práctica pudo deberse en parte a que las personas sin recursos no obtuvieron el derecho a un abogado pagado por el Estado hasta 1963⁶⁶, por lo que estos individuos sólo tenían la opción de la autodefensa⁶⁷. Así, en el período 1998-2003 los casos de autodefensa representaron apenas un 0,5% en tribunales estatales o federales de Estados Unidos⁶⁸.

El TS EEUU fundamentó el derecho a la autodefensa en la idea de que la VI enmienda establece el derecho, pero no la obligación, de asistencia letrada. Hasta *Faretta*, la autodefensa estaba sujeta a la autorización del juez del caso. A partir de esta decisión se concibe como un derecho constitucional –y por tanto no sujeto a la discrecionalidad del juez⁶⁹. Desde este momento, la autodefensa es definida como la opción básica o por defecto, siendo el recurso a un abogado el “derecho añadido” y como tal renuncia-

modificar su opción, como se estableció en *Reg v. Maybury* n 1865, en Gunning, P., “Fair Trial and the Right to Self-Representation in International Criminal Law”, *Hibernian Law Journal*, winter 2006, pp. 7-8.

⁶³ No debe olvidarse que aunque participó activamente en los trabajos de elaboración de la DUDH y de los Pactos de 1966, Estados Unidos no es parte en el PIDCP. Tampoco lo es en la Convención Americana de Derechos Humanos, que consagran el derecho a la autodefensa. Por tanto, las interpretaciones del CDH y de la CIADH no le serían directamente y como tales oponibles más allá del problema jurídico del valor de las opiniones del CDH.

⁶⁴ *Faretta*, 422 U.S., pp. 833-834. Tras el caso *Faretta*, una serie de casos mediáticos de autodefensa entre 1999 y 2003 volvieron a poner sobre la mesa la cuestión de la pertinencia de la interpretación constitucional, como los del Dr. Jack Kevorkian, Colin Ferguson, el Congresista James Traficant, Zacarías Moussaoui (uno de los secuestradores de los ataques del 11-S) o John Muhammad. Puede verse un relato básico de cada uno en Hashimoto, 2006-2007, op. cit. n. 58, p. 425, nota 4. Sobre el caso de Moussani, ver también Jørgensen, 2004, op. cit. n. 59, pp. 711-712.

⁶⁵ *Martinez v. Court of Appeal* (528 U.S. 152 (2000)).

⁶⁶ *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963). En el mismo sentido, en Inglaterra y Gales ha habido un repunte de los casos de autodefensa tras la reforma de 2012 que eliminó el derecho de asistencia letrada gratuita en asuntos de familia y otros asuntos civiles, Assy, 2015, op. cit. n. 1, p.vii.

⁶⁷ Como puso de manifiesto el TS EEUU en *Martinez v. Court of Appeal*. Véase también al respecto, Gunning, 2006, op. cit. n. 62, p. 6.

⁶⁸ Hashimoto, 2006-2007, op. cit. n. 58, p.442 y p. 478.

⁶⁹ Jørgensen, 2004, op. cit. n. 59, p. 717.

ble⁷⁰. El Tribunal Supremo percibió y manifestó la posible contradicción entre la importancia de la defensa letrada en los procedimientos y el derecho a defenderse uno mismo. No obstante consideró que si el acusado con conocimiento y entendimiento renunciaba a su derecho a la defensa letrada, no se violentaba la importancia de la asistencia letrada en el proceso. La defensa letrada es una “herramienta” para el acusado que lo desee y no un instrumento del Estado impuesto a un acusado que no lo desea⁷¹. La imposición de defensa letrada en contra de la voluntad del acusado vulneraría su libertad individual, según el TS EEUU, anteponiendo así la noción de libertad individual a la importante de la asistencia letrada en el proceso⁷².

No obstante, ni en el Derecho de EEUU, ni en el británico ni en el irlandés se reconoce la autodefensa como un derecho absoluto, aunque sí es un derecho muy amplio, cuyas restricciones son pocas y precisas⁷³.

Frente a ello, la tradición inquisitorial –propia del derecho continental– se caracteriza por su preferencia de la obligación de asistencia letrada y la tradicional limitación del derecho a la autodefensa⁷⁴. Sin embargo, ello no excluye totalmente el derecho a la autodefensa, que también está generalmente aceptado en los Estados de tradición romanística. La propia STEDH de 2018 incluye un análisis del estado actual de la cuestión entre los Estados miembros del Consejo de Europa⁷⁵. El panorama que dibuja ese análisis muestra una desigual regulación del derecho, pero sólo un Estado prohíbe el derecho a defenderse uno mismo en cualquier tipo de procedimiento penal y en toda circunstancia: Portugal.

De los Estados del Consejo de Europa analizados, 31 contemplan el derecho de autodefensa como norma general⁷⁶, y sólo 4 Estados lo prohíben

⁷⁰ Hashimoto, 2006-2007, op. cit. n. 58, pp. 432-433.

⁷¹ En palabras del Tribunal Supremo, “*counsels like other defense tools guaranteed by the Amendment, shall be an aid to a willing defendant –not an organ of the State interposed between an unwilling defendant and his right to defend himself personally*”, *Faretta v. California*, 422 U.S. (1975), p. 820.

⁷² En contra de esta visión de la autodefensa como expresión de la libertad y autonomía individual, Assy, 2015, op. cit. n. 1, pp.139-168.

⁷³ Jørgensen, 2004, op. cit. n. 59, p. 716.

⁷⁴ Jørgensen, 2004, op. cit. n. 59, p. 714 y 716-718.

⁷⁵ *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, § 81-84.

⁷⁶ Albania, Alemania, Armenia, Austria, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Países Bajos, Polonia, Reino Unido, Rumanía, Rusia, Suecia, Turquía y Ucrania.

como norma general (a parte el caso de Portugal)⁷⁷. Entre los Estados que lo permiten como norma general, 29 contemplan en su normativa supuestos en los que hay restricciones al derecho y 2 Estados no contemplan ninguna restricción⁷⁸.

Los criterios que se barajan, sea de forma cumulativa o alternativa, en las normas nacionales para restringir el derecho de autodefensa son: el nivel de jurisdicción, la complejidad del caso, la gravedad del delito, la capacidad del acusado para desarrollar su propia defensa y su actitud para no obstaculizar el proceso, su salud mental, su edad y su capacidad para hablar la lengua en la que el proceso tiene lugar. En muchos de estos Estados es obligatoria la defensa letrada ante los tribunales superiores y en los casos en los que el delito del que se acusa comporta una pena de prisión de cierta duración mínima. Los Estados que no permiten la autodefensa como norma general contemplan excepciones en relación con alguno de estos criterios o varios cumulativamente: el nivel de jurisdicción, la complejidad del asunto, la gravedad del delito y la capacidad del acusado para desarrollar su propia defensa.

De esos 35 Estados que admiten la autodefensa en una u otra medida, la mayoría no diferencia en su regulación si el acusado tiene o no formación jurídica para condicionar el ejercicio del derecho, aunque en 5 Estados se considera que si el acusado es abogado tiene mayor libertad para optar por la autodefensa⁷⁹. Sólo en un Estado el derecho de autodefensa es más restringido para aquellos que son abogados (y ello respecto de otras personas que ejercen otras profesiones jurídicas)⁸⁰.

En relación con el Derecho de la UE⁸¹, la sentencia recoge la referencia a los artículos 47 y 48 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, y cómo las explicaciones de la Convención indican que estos artículos recogen las mismas garantías que el CEDH en su artículo 6. Igualmente, recuerda que conforme al artículo 52.3 de la CDFUE la UE puede proveer de una protección más amplia para los derechos que la recogida en el CEDH, lo cual considera que hace la Directiva 2013/48, sobre el derecho

⁷⁷ España, Italia, Noruega, San Marino.

⁷⁸ Irlanda y Polonia.

⁷⁹ España, Grecia, Italia, Países Bajos y Polonia. La sentencia recoge expresamente el caso de España, que prohíbe en general la autodefensa, salvo precisamente el supuesto en el que el acusado es abogado.

⁸⁰ Luxemburgo.

⁸¹ *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, § 76-80.

de asistencia letrada en los procesos penales⁸². El artículo 9 establece que, sin perjuicio de las normas de los Estados que exijan representación letrada, en los casos en los que se acepte una renuncia del derecho esta renuncia debe ser voluntaria e inequívoca después de que el acusado haya sido informado –oralmente o por escrito– de manera clara y sencilla en una lengua que entienda del contenido del derecho y las posibles consecuencias de su renuncia. No obstante, la Gran Sala se vale de este texto para reforzar la idea implícita de que la autodefensa es una limitación del derecho a la defensa, y no una de sus manifestaciones (esto es, la declaración de voluntad de querer ejercer la autodefensa es una renuncia al derecho a la asistencia letrada), por lo que operaría como renuncia al “derecho a la defensa letrada”.

4.2. *La incorporación a las normas internacionales*

Los instrumentos jurídicos internacionales anteriores al CEDH no contienen mención expresa al derecho de autodefensa. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (en adelante, DUDH) consagra los artículos 10 y 11 a las garantías del proceso, mencionando tan sólo que a los acusados de un delito se les deben asegurar “todas las garantías necesarias para su defensa”. La Declaración Americana de Derechos Humanos de 1948 (en adelante, DADH) regula parcamente en su artículo 26 el “derecho a un proceso regular”, sin mencionar tampoco las maneras específicas en que la defensa puede ejercerse. Ello implica no sólo ausencia de

⁸² Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, *OJL* 294, 6.11.2013, en particular párrafo 53 del Preámbulo y artículo 3, 9 y 14. Sobre la Directiva aunque sin hacer referencia a la autodefensa, pues la Directiva la elude, es de interés Soo, “Potential Remedies for Violation of the Right to Counsel in Criminal Proceedings: Article 12 of the Directive 2013/48/EU (22 October 2013) and its Output in National Legislation”, *European Common Law Review*, n° 6, 2016, pp. 284-307; *ibid.* “Article 12 of the Directive 2013/48/EU: A Starting Point for Discussion on a Common Understanding of the Criteria for Effective Remedies of Violation of the Right to Counsel”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, n° 25, 2017, pp. 31-51; *ibid.* “How are the Member States Progressing on Transposition of Directive 2013/48/EU on the right of Access to a Lawyer?”, *New Journal of European Criminal Law*, n° 8, 2017, pp. 64-76; *ibid.* “(Effective) Remedies for a Violation of the Right to Counsel during Criminal Proceedings in the European Union: An Empirical Study”, *Utrecht Law Review*, n° 14, 2018, pp. 18-60.

referencia a la autodefensa, sino también a la defensa letrada, al abogado de oficio o al beneficio de justicia gratuita, por lo que no es tampoco una ausencia concluyente.

En cambio, a partir del CEDH la mayor parte de los instrumentos internacionales de protección de derechos civiles van a incorporar el derecho a la defensa en juicio –penal– con tres dimensiones: el derecho a la defensa por sí mismo, el derecho a la defensa mediante abogado de libre elección y el derecho a la asistencia jurídica gratuita en supuestos de carencia de recursos económicos. El PIDCP recoge también esta trilogía.

Ambos textos (CEDH y PIDCP) están moldeados sobre la base de los trabajos preparatorios de la DUDH y, más particularmente, de los trabajos para la adopción de la convención que debía acompañarla. El borrador de Convención que surgió del Comité de Redacción que preparó la DUDH no contenía una disposición detallada sobre el derecho de defensa ni, menos aún, sobre el derecho a defenderse uno mismo⁸³, aunque pronto a propuesta de Estados Unidos se discutió la inclusión del derecho a contar con asistencia letrada⁸⁴. Sería posteriormente, en 1949, en la quinta reunión del Comité de Derechos Humanos cuando aparecería un artículo 13 en el borrador del Convenio, en el que se incluía entre las garantías mínimas de la defensa en el procedimiento penal el derecho “*to defend himself in person or through legal assistance which shall include the right to legal assistance of his own choosing, or if he does not have such, to be informed of his rights and if, unobtainable by him, to have legal assistance assigned*”⁸⁵. Como es sabido, este borrador

⁸³ E/CN.4/77/ANNEX B, Draft International Covenant on Human Rights, 16/12/1947. En el informe elaborado por el Comité de Derechos Humanos tras su tercera sesión se incluye una alternativa no aceptada por el Comité de Redacción en la que se hacía referencia al “derecho a la asistencia legal de su propia elección”, pero no a otras formas de defensa, E/800, Report of the 3rd Session of the Commission on Human Rights, Lake Success, 24 May 50 18 June 1948: 28/06/194, p. 27. Esta redacción alternativa había surgido de una propuesta de Estados Unidos (E/CN.4/37. Proposal for a Human Rights Convention/Submitted by the Representative of the United States on the Commission on Human Rights: 26/11/1947).

⁸⁴ E/CN.4/AC.1/8, de 20 de junio de 1947, Commission on Human Rights Drafting Committee First Session Summary Record of the Eighth Meeting, p. 5, sobre el artículo 10 del borrador inicial. Véase también sobre ello, Scharf, M. P., “Self-Representation versus Assignment of Defence Counsel before International Criminal Tribunals”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, 2006, pp. 33-34.

⁸⁵ E/1371, E/CN.4/350, Report of the Fifth Session of the Commission on Human Rights to the Economic and Social Council, 23 June 290149, pp. 32-33. Los debates de este artículo subrayan que la inserción del derecho a ser informado del derecho a la asistencia legal fue una adición consciente, pues se rechazó una enmienda británica que no lo contenía, Commission on Human Rights, Fifth Session, Summary Record

no fue adoptado como tratado, aunque serviría de base al CEDH (artículo 6.3.c) y al PIDCP (artículo 14.3.d), con variaciones que en el siguiente apartado se examinarán en relación en particular con la designación de abogado de oficio, de un lado, y del beneficio de justicia gratuita de otro. En el caso del sistema de control del CEDH, es interesante señalar que el Reglamento de Procedimiento del TEDH contempla la modalidad de autodefensa en el proceso ante el TEDH como un supuesto excepcional y sujeto a la autorización del Presidente de la Sala.⁸⁶

Posteriormente, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (en adelante, CADH) recoge en el artículo 8, dedicado a las “garantías judiciales”, en su apartado segundo, letra d), el derecho a la defensa en juicio por uno mismo o mediante letrado de designación voluntaria.

Al margen de esta tendencia se sitúa la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE). Es quizás el documento más peculiar por cuanto que la redacción escueta de los artículos 47 y 48 aborda de manera diferente estos derechos. De un lado, el artículo 47 dedicado al derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial indica que “Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar” y que “Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia”. El artículo 48, dedicado a la presunción de inocencia y derechos de la defensa, establece en su apartado segundo que “Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa”. Los comentarios a la Carta indican que “El artículo 48 coincide con los apartados 2 y 3 del artículo 6 del CEDH. De conformidad con el apartado 3 del artículo 52, este derecho tiene el mismo sentido y alcance que el derecho garantizado por el CEDH”. Por tanto, y a pesar de que el artículo 47 recoge nuestra trilogía de manera imprecisa, debemos entender su contenido recogido igualmente en el artículo 48, por remisión al artículo 6.2 del CEDH. En todo caso, esta cuestión puede ser un verso suelto para la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea deberá establecer la rima.

Fuera del marco de los sistemas de protección de derechos humanos en sentido estricto pero en relación con el mismo, los Estatutos de los tribunales penales internacionales han incluido la trilogía entre los derechos

of the One Hundred Tenth Meeting, E/CN.4/SR110, de 6 de junio de 1949, pp. 5-6. Véase también Nowak, 2005, op. cit., n. 23, p. 337.

⁸⁶ Según modificación efectuada por el TEDH el día 7 de julio de 2003.

del acusado desde la llamada Carta de Nuremberg de 1945⁸⁷. Posteriormente, el artículo 21.4.d) del Estatuto del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, el artículo 20.4.d) del Estatuto del Tribunal para Ruanda y el artículo 67 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI). Igualmente, es recogido por el artículo 17.4.d) del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona⁸⁸.

Por último, desde 1948, casi todos los instrumentos de protección de derechos humanos incluyen como una garantía del proceso diferenciada el derecho del acusado a ser oído y/o participar en los procedimientos penales: artículo 10 DUDH, artículo 26 DADH, artículo 14.1 PIDCP, artículo 8.1 CADH, artículo 67.1.h) del Estatuto de la CPI y artículo 47, segundo inciso, CDFUE. Es importante subrayar que este derecho existe con independencia de la modalidad de defensa del acusado –mediante abogado de su libre designación, mediante la autodefensa o mediante un abogado designado por el Estado–. Excepcionalmente, el artículo 6.1 CEDH no hace referencia expresa al derecho de participación del acusado. Ello quizás explique en parte la situación a la que se llega en la sentencia *Correia de Matos* 2018, en la que la decisión mayoritaria de la Gran Sala confunde y mezcla uno –autodefensa– y otro derecho –participación–. A nuestro entender, el derecho a participar en el proceso, siendo oído, prestando declaración o presentando documentación es garantía del carácter contradictorio del proceso penal y llega incluso a determinar lo que se conoce como derecho a la última palabra. En cambio, el derecho a la elección de la defensa (artículo 6.2 CEDH, artículo 14.3 PIDCP) es una garantía del proceso justo, en el que el acusado detenta una esfera de autonomía que no puede ser obviada. El acusado es el sujeto del proceso. Los derechos que se le reconocen deben salvaguardar su autonomía. El derecho a ser oído tiene por finalidad que el acusado tenga voz propia en el proceso penal, para que pueda ser confrontada con la voz y testimonio de la presunta víctima, de los testigos o del ministerio fiscal. El derecho a la elección del medio de

⁸⁷ Artículo 16.d) del Acuerdo de Londres para la persecución y castigo de los principales criminales de guerra del Eje Europeo, de 8 de agosto de 1945, 82 UNTS 279.

⁸⁸ Sobre los respectivos artículos de estos Estatutos, Jørgensen, 2004, op. cit. n. 59, pp. 712-713. Considera esta autora en un trabajo posterior que la exclusión del derecho a la autodefensa del artículo 19.4.d) del Estatuto del Tribunal Supremo Penal Iraquí que debía juzgar a acusados como Sadam Hussein era consecuencia de la jurisprudencia compleja de los tribunales internacionales en relación con este derecho. Es así el único tribunal internacional (izado) que excluye este derecho, lo cual valora como una regresión, Jørgensen, Nina H. B., “The Problem of Self-Representation at International Criminal Tribunals”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, 2006, pp. 76-77.

defensa garantiza la esfera de autonomía procesal del acusado, de forma que no todo el control del proceso esté bajo la dirección del Estado, siendo el acusado quien decide cómo debe organizarse su defensa (si mediante letrado y qué letrado, si mediando declaración de inocencia o confesión de culpabilidad, etc.), salvo circunstancias excepcionales.

4.3. *El contorno del derecho en su aplicación jurisprudencial internacional*

El derecho a defenderse uno mismo consagrado en los instrumentos internacionales que hemos descrito apenas ha sido objeto de examen por los órganos de control de los diferentes sistemas de derechos humanos, universales o regionales. En todo caso, no por el TEDH, más allá del caso *Correia de Matos*, puesto que como hemos indicado toda la jurisprudencia invocada por el propio tribunal se refiere a supuestos de defensa de oficio y no de autodefensa.

El Comité de Derechos Humanos se había pronunciado en un par de ocasiones con anterioridad a este asunto. En 1997 había emitido su opinión en el caso *Michael and Brian Hill v. España*, manifestando que tanto la actuación del tribunal que denegó la petición de ejercer el derecho a la autodefensa como la legislación española que exigía la defensa letrada vulneraban el derecho establecido en el artículo 14.3(d) del Pacto⁸⁹. No obstante, esta opinión del Comité no entró en un análisis específico, considerando que la prohibición española vulneraba el artículo 14 del Pacto y, junto con otras circunstancias, constituía violación del derecho a un juicio justo.

En 2001 en el asunto *Torregrosa Lafuente v. Spain*, el CDH no consideró que vulnerara *prima facie* el artículo 14 PIDCP la distinción entre legos y aquellos que tienen formación en Derecho ante el Tribunal Constitucional español, en relación con la exigencia de actuar mediante procurador (que los segundos podían soslayar ejerciendo la autorepresentación), por lo que inadmitió la comunicación⁹⁰. No obstante, uno de los miembros del Comité –la Srfa. Christine Chanut– sostuvo que el asunto parecía ser dudoso, y que hubiera merecido la pena que el Comité entrara a examinar el fondo de la cuestión. En todo caso, en este asunto no se analizó expresamente si

⁸⁹ *Michael and Brian Hill v. España*, Communication No. 526/1993; U.N. Doc. CCPR/C/59/D/526/1993, opinión de 2 April 1997, para 14.2. No diferencia entre la denegación del derecho en instancia y en apelación (14.3).

⁹⁰ *Torregrosa Lafuente v. Spain*, Communication no. 866/1999, UN Doc CCPR/C/72/D/866/1999 (2001).

el procurador exigido por la norma española es parte de la defensa letrada a la que puede renunciar el acusado cuando tenga derecho a ejercer su autodefensa.

Tras su pronunciamiento en el caso *Correia de Matos* en 2006 a favor de la necesidad de que toda limitación del derecho de la autodefensa estuviera justificada legal o judicialmente, el CDH incorporó la referencia al caso en su Comentario General no. 32 sobre el artículo 14, adoptado en su 90ª sesión, en julio de 2007. Consideró que la legislación nacional debe evitar las prohibiciones absolutas del derecho a defenderse uno mismo, en particular en los casos de delitos o faltas menores, y que las limitaciones del derecho de autodefensa deben perseguir un objetivo razonable y no traspasar el umbral de lo estrictamente necesario para garantizar la justicia del proceso⁹¹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva OC-11/90, sobre agotamiento de los recursos internos, mantuvo una posición restrictiva, análoga a la del TEDH en *Correia de Matos*, sobre el derecho a defenderse uno mismo al considerar que “un inculpado puede defenderse personalmente, aunque es necesario entender que ésto [sic] es válido solamente si la legislación interna se lo permite”. En este caso, se sostiene una visión del derecho de autodefensa, como derecho de configuración legal interna, siendo la opción de la autodefensa vista como desfavorable y eventualmente contraria al interés de la Justicia⁹².

En contraste, los tribunales penales internacionales han desarrollado una jurisprudencia significativa sobre el derecho a la autodefensa. Son varias las razones por las que debe tenerse en cuenta esta jurisprudencia a la hora de analizar este derecho. De un lado, porque los respectivos artículos de los Estatutos sobre los que se afirma el derecho a la autodefensa

⁹¹ CCPR/C/GC/32, *General Comment n° 32. Article 14: Right to equality before Courts and tribunals and to a fair trial*, 23 August 2007, para. 37.

⁹² CIADH, OC-11/90, de 10 de agosto de 1990, sobre excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana Sobre Derechos Humanos), § 25. En esa misma línea, el *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 12: Debido Proceso*, apartado 3.4.5, p. 170, cita el caso *Tibi vs. Ecuador*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C N° 114.191, para 27, considerando que el ejercicio de la autodefensa puede vulnerar las garantías del debido proceso: “aun en aquellos casos en los cuales un acusado se ve obligado a defenderse a sí mismo porque no puede pagar asistencia legal, podría presentarse una violación del artículo 8 de la Convención si puede probar que esa circunstancia afectó al debido proceso a que tiene derecho bajo dicho artículo”.

proceden de los artículos 6 CEDH y 14 PIDCP; en segundo lugar, porque los Estatutos de los tribunales entienden que los derechos de los acusados deben ser interpretados conforme a la normativa internacional en materia de derechos humanos⁹³; y, en tercer lugar, porque ante la divergencia de visiones entre los órganos de control, es adecuado acudir a la interpretación sistemática del Derecho internacional en su conjunto y no puede minusvalorarse el concepto de las garantías mínimas de los procesos penales internacionales y la práctica en la cuestión.

Los tribunales penales internacionales han abordado en varias ocasiones el derecho a la autodefensa, dibujando una línea jurisprudencial favorable aunque inconstante o, al menos, heterogénea, siendo los asuntos fundamentales el asunto *Jean-Bosco Barayagwiza* ante el Tribunal Penal para Ruanda (TPR); los casos *Milošević*, *Šešelj*, *Karadžić*, *Stanković* y *Krajišnik*, ante el Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia (TPY); y el asunto *Samuel Hinga Norman* ante el Tribunal Especial para Sierra Leona (TESS). De todos los acusados, sólo *Krajišnik* y *Karadžić* no tenían formación jurídica, aunque sí universitaria.

Partiendo del reconocimiento en los respectivos Estatutos del derecho a la autodefensa, los diversos tribunales han mantenido posiciones a veces encontradas sobre este derecho en función de las circunstancias. En general, las Salas de Apelación han tendido a confirmar y proteger el derecho de autodefensa⁹⁴. Un dato a tener en cuenta es que sólo el TPR ha contado con una norma de habilitación expresa, no en su Estatuto sino como regla 45^{quater} del Reglamento de Procedimiento y Prueba, añadida en julio de 2002, que le permitía, llegado el caso, imponer una defensa letrada al acusado en contra de su voluntad en interés de la Justicia, aunque tanto este como los demás tribunales penales abordaron la cuestión sobre la base de sus poderes inherentes⁹⁵.

En el conjunto de los casos, no obstante, podemos encontrar desde la afirmación extraordinaria del derecho a la autodefensa como una norma

⁹³ Croquet, Nicolas A. J., "The International Criminal Court and the Treatment of Defence Rights: A Mirror of the European Court of Human Rights' Jurisprudence?", *Human Rights Law Review*, vol. 11, 2011, pp. 97-98. En el caso del Estatuto de la CPI, véase el artículo 21.3, aunque incluso en ausencia de tal artículo también estaría vinculada por las normas de derecho internacional consuetudinario en relación con derechos humanos.

⁹⁴ Lo cual ha recibido también sus críticas, como en Boas, Gideon, "Self-Representation before the ICTY: A Case for Reform", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, 2011, p. 57.

⁹⁵ Jørgensen, 2004, op. cit. n. 59, p. 713.

consuetudinaria internacional (primera decisión en el asunto *Milošević*, fase de apelación en *Krajišnik*) a los supuestos de restricción total del derecho mediante el nombramiento de un abogado de oficio por el tribunal (caso *Barayagwiza* del TPR; y en relación con el TPY: caso *Stanković*; caso *Milošević* en su última fase; *Krajišnik* en primera instancia; y *Šešelj* en una decisión también de instancia, luego revocada). Entre ambos extremos, las respectivas instancias de apelación fueron generalmente contrarias a las limitaciones de la autodefensa, diseñando en el caso del TPY una vía intermedia, luego seguida por el TESS, en la que el derecho a la autodefensa convive con una asistencia –que no defensa– letrada bajo fórmulas diversas (*amicus curiae* y *standby counsel*), en aras del derecho al juicio justo del acusado y del interés de la justicia (subsiguientes decisiones en *Milošević* y caso *Šešelj*).

En el asunto *Barayagwiza*, el TPR se enfrentó a la cuestión indirectamente, pues la defensa letrada había solicitado dejar el asunto por la falta de cooperación del acusado. El Tribunal mantuvo la defensa letrada sobre la base del argumento de que el derecho de autodefensa no es absoluto y de la necesidad de asegurar el derecho del acusado a un juicio justo. Afirmó así que la finalidad de su decisión era “*to obtain efficient representation and adversarial proceedings*”⁹⁶.

El asunto *Milošević* ante el TPY fue el primer caso ante los tribunales penales en el que un acusado solicitó defenderse a sí mismo desde el inicio del procedimiento⁹⁷, a raíz de lo cual generó una interesante y abundante literatura sobre el derecho a la autodefensa.

En un primer momento, el Juez May consideró que el derecho del acusado a prescindir de letrado y representarse a sí mismo era un derecho incluido en el Estatuto del TPY y, además, tenía naturaleza consuetudinaria⁹⁸. Esta afirmación –criticada doctrinalmente por la falta de justificación

⁹⁶ *Prosecutor v. Barayagwiza*, Decision on Defense Counsel Motion to Withdraw, Case IC-TR-97-19-T, 2 November 2000. Con carácter previo el acusado había solicitado el 5 de enero de 2000 renunciar al abogado designado por incompetencia y falta de honestidad y diligencia. El Secretario del Tribunal denegó la petición, confirmada por el Presidente del TPR el 19 de enero de 2000. Sin embargo, la Sala de Apelaciones revocó esa decisión, retiró el abogado y ordenó que se nombrara un nuevo abogado, que fue nuevamente rechazado por el acusado ante la Sala juzgadora. Véase, Jørgensen, 2004, op. cit. n. 59, p. 718; Scharf, 2006, op. cit. n. 84, pp. 41-42.

⁹⁷ “Kosovo, Croatia & Bosnia” (IT-02-54) Slobodan Milošević, Case Information Sheet. Véase también Gunning, 2006, op. cit. n. 62, p. 14.

⁹⁸ *Milošević* Status Conference, 30 August 2001, Case IT-99-37-PT, T1 15-18. Véase Scharf, 2006, op. cit. n. 84, pp. 43-45; Williams, Joanne, “Slobodan Milosevic and the Guarantee of Self-Representation”, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 32, 2006-2007. p. 561.

formal en la decisión y por la falta de concurrencia de los elementos de la costumbre (práctica y *opinio iuris*)⁹⁹— ha sido explicada como un intento del TPY de no crear un conflicto innecesario nada más iniciarse el que se presumía sería uno de los juicios con mayor dimensión política de su labor. La Sala que conoció del asunto en primera instancia, aun confirmando la decisión de la presidencia en diciembre de 2002¹⁰⁰ y en abril de 2003 apoyándose en la opinión del CDH en el caso *Hill* contra España¹⁰¹, decidió mantenerse alerta en relación a la situación, introduciendo el matiz de que el derecho a la autodefensa no es absoluto¹⁰².

En el caso *Milošević* se dieron tres “correcciones” o limitaciones diferentes del derecho de autodefensa¹⁰³. En primer lugar, la Sala decidió en fecha temprana (agosto de 2001) nombrar *amici curiae*, con la finalidad de asistir al tribunal y asegurar un juicio justo para el acusado, de forma que éste no obviara ninguna cuestión legal relevante. No obstante, los *amici curiae* no se constituían en defensa del acusado, pues no podían llamar testigos, o presentar una apelación¹⁰⁴. Es un uso peculiar de la figura del *amicus curiae* ante tribunales internacionales, en todo caso¹⁰⁵. En segundo lugar, desde final de 2001, y a petición del acusado, la Sala permitió que quienes venían actuando como *amici* pasaran a ser “asistencia legal” técnica del acusado (*legal associates*), con garantía de confidencialidad de sus conversaciones con el acusado y acceso a los documentos del caso. En tercer lugar, y tras iniciarse los problemas de salud de Milošević, la Sala consideró en 2004 que el derecho al juicio justo del acusado requería también de un juicio sin dilación y por ello decidió nombrar abogado de oficio (en este caso, restando valor al asunto *Hill* ante el CDH, por considerarlo en este momento como un precedente aislado)¹⁰⁶. Esta decisión fue parcialmente revocada

⁹⁹ Scharf, 2006, op. cit. n. 84, p. 36; Gunning, op. cit. n. 62, p. 13.

¹⁰⁰ *Milošević*, Oral Ruling, 18 December 2002.

¹⁰¹ *Prosecutor v. Slobodan Milošević*, Reasons for a Decision on the Prosecution Motion Concerning Assignment of Counsel, Case IT-02-54, 4 April 2003.

¹⁰² Decision on Interlocutory Appeal of the Trial Chamber’s Decision on the Assignment of Defence Counsel, Case IT-02-54-AR73.3, Appeals Chamber, 1 November 2004, par. 12. Véase, Jørgensen, 2006, op. cit. n. 88, p. 64.

¹⁰³ Un análisis detallado de cada una de las modulaciones del derecho de autodefensa y la asistencia legal en el caso *Milošević* puede verse en Williams, 2006, op. cit. n. 98, pp. 552-602.

¹⁰⁴ *Prosecutor v. Slobodan Milošević*, Order Inviting Designation of Amicus Curiae, Case IT-99-37-PT, 30 August 2001.

¹⁰⁵ Jørgensen, 2004, op. cit. n. 59, pp. 718-719; Gunning, 2006, op. cit. n. 62, pp. 14-15.

¹⁰⁶ *Milošević*, Order on the Modalities to be followed by Court Assigned Counsel, Case IT-02-54-T, 3 September 2004. Gunning pone de manifiesto que la composición de la sala había variado entre la decisión de abril de 2003 y esta de 2004. op. cit. n. 62, p. 17.

por la Sala de Apelación por considerar que la restricción del derecho de autodefensa debía ser la mínima necesaria para proteger el interés del Tribunal por asegurar un juicio sin dilaciones, de manera que el abogado de oficio sólo actuaría para suplir al acusado en caso de que fallara su salud¹⁰⁷.

En el asunto *Šešelj*, en el que el acusado planteó una continua actitud obstruccionista y desafiante, el TPY modificó parcialmente su enfoque y tras un análisis de la normativa nacional e internacional escogió la figura del *standby counsel* desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos¹⁰⁸. Esta figura fue definida de manera extraordinariamente detallada por el TPY en esta decisión¹⁰⁹, pero no suponía rechazo de la autodefensa, sino su afirmación sujeta a condiciones. El consejero legal podría llegar a sustituir al acusado si este era expulsado de la sala por obstrucción a la justicia. Se diferencia teóricamente del *amicus curiae*, porque está al servicio de la defensa del acusado y no es un apoyo del tribunal. Sin embargo, dado el perfil del *amicus curiae* en el caso *Milošević*, ambas figuras se acercan bastante. Con posterioridad, la Sala de Primera Instancia revocó su decisión por la conducta obstruccionista del acusado, y le nombró un abogado de oficio en sentido estricto¹¹⁰. La Sala de Apelaciones decidió anular este nombramiento y mantener la figura del asesor jurídico (*standby counsel*)¹¹¹, al considerar que las limitaciones al derecho de autodefensa deben ser las mínimas posibles y, por tanto, debía haberse informado suficientemente al acusado de las posibles consecuencias de su conducta, de manera que se permitiera su posible cambio de actitud, antes de limitar su derecho a la autodefensa. Este aperebimiento, según el tribunal, debía ser expreso. Esta misma línea garantista del derecho de autodefensa fue la seguida luego por el TPY en el asunto *Karadžić*, a la par que nombraba un

¹⁰⁷ *Milošević*, Decision on Interlocutory Appeal of the Trial Chamber's Decision on the Assignment of Defence Counsel, Case IT-02-54-AR73.3, Appeals Chamber, 1 November 2004. Véase Jørgensen, 2006, op. cit. n. 88, p. 66.

¹⁰⁸ Ya está presente en la sentencia *Faretta*, pero su carta de naturaleza se la da el asunto *McCaskle v. Wiggins*, 465 US 168, 173 (1984). Vid. Jørgensen, 2004, op. cit. n. 59, p. 717. Un análisis muy detallado de este caso, puede verse en Zahar, A. "Legal Aid, Self-Representation, And The Crisis At The Hague Tribunal", *Criminal Law Forum*, vol. 19, 2008, pp. 241-263. El autor fue asesor legal de los jueces de la sala de primera instancia durante parte del proceso.

¹⁰⁹ *Prosecutor v. Šešelj*, Decision on Prosecution's Motion for Order Appointing Counsel to Assist Vojislav Šešelj with his Defence, 9 May 2003, N°. IT-03-67, § 11-19 (*Applicable Law*).

¹¹⁰ *Prosecutor v Vojislav Šešelj*, Case IT-03-67-PT, 21 August 2006.

¹¹¹ *Prosecutor v Vojislav Šešelj*, Case IT-03-67-AR73.3, 20 October 2006.

letrado para el momento en el que el acusado dejara de cooperar y perdiera su derecho a la autodefensa¹¹².

En el asunto *Stanković*, el acusado escogió al inicio del proceso defensa letrada. No obstante, su letrado fue suspendido por el Tribunal por mala praxis profesional. Fue en ese momento en el que Stanković escogió ejercer su autodefensa, si su letrado no era readmitido. La Sala le denegó el derecho de autodefensa por considerar que su conducta obstaculizaba la justicia del proceso, siendo esta una de las decisiones más restrictivas de los casos vistos por el TPY¹¹³.

En el caso *Krajišnik*, el TPY directamente rechazó una solicitud de autodefensa del acusado realizada con el proceso ya en marcha por considerar su conducta obstruccionista, introduciendo como elemento de su decisión la valoración del momento procesal en el que la solicitud de autodefensa podía considerarse adecuada para lograr un juicio justo¹¹⁴. Finalizada la primera instancia, y solicitado de nuevo el ejercicio del derecho para la fase de apelación de la sentencia, le fue en cambio permitido el ejercicio de la autodefensa en la apelación¹¹⁵.

Ante el Tribunal Especial para Sierra Leona, el acusado *Samuel Hinga Norman* solicitó defenderse a sí mismo mediante escrito de 3 de junio de 2004 y prescindir de la defensa letrada que había actuado en su nombre desde marzo de 2003 y que era conjunta con otros dos acusados. En este caso, la sala juzgadora decidió nombrar un asesor legal a Norman (*standby counsel*), sobre el modelo del TPY en el caso *Šešelj*. El Tribunal no aceptó su petición de autodefensa exclusiva sobre la base de la complejidad del caso, la necesidad de un proceso sin dilaciones indebidas y para garantizar

¹¹² *Karadžić*, Decision on the Appointment of Counsel and Order on Further Trial Proceedings, Case IT.95.5/18, Trial Chamber, 5 November 2009. Véase sobre este asunto, Boas, 2011, op. cit. n. 94, pp. 67-69.

¹¹³ *Janković and Stanković*, Decision following Registrar's Notification of Radovan Stanković's Request for Self-Representation, Case IT-96-23/2-PT. Trial Chamber, 19 August 2005. Véase también Boas, 2011, op. cit. n. 94, p. 65.

¹¹⁴ *Krajinišk*, Reasons for Oral Decision Denying Mr. Krajišnik's Request to Proceed Unrepresented by Counsel, Case IT-00-29-T, Trial Chamber, 18 August 2005, § 24-34, citado por Jørgensen, 2006, op. cit. n. 88, p. 67 y p. 71.

¹¹⁵ *Prosecutor v Momčilo Krajišnik*, Decision on Momčilo Krajišnik's Request to Self Representation, Appeals Chamber, Case IT-00-39, 11 May 2007. El Juez Schomburg expresó su disidencia, considerando que este derecho no debía extenderse a la apelación, reservándose además su opinión sobre la autodefensa en general puesto que nunca había intervenido en un caso sobre la cuestión. Véase al respecto, Boas, 2011, op. cit. n. 94, p. 66.

el derecho del acusado a un juicio justo, dado que en un proceso adversarial el tribunal actúa como árbitro y no puede encargarse de “ayudar” al acusado para evitar que se perjudique su derecho a un juicio justo por los eventuales errores que pudiera cometer en su autodefensa, pero tampoco rechazó el ejercicio de la autodefensa que se veía tan sólo apoyado y no sustituido¹¹⁶.

Toda esta jurisprudencia de los tribunales penales, especialmente en las Salas de Apelación, confirma un planteamiento mucho más favorable al ejercicio de la autodefensa como derecho individual, cuyas limitaciones deben estar justificadas, en la línea establecida también por el CDH en *Hill y Correia de Matos*. Refuerza igualmente la relevancia del derecho de autodefensa la idea de figuras de apoyo y asistencia legal, en razón de la complejidad de los procesos, sin que esos apoyos se constituyan técnicamente como defensa letrada. En cambio, la jurisprudencia del TEDH y del sistema inter-americano evidencian una visión que deja la autodefensa como opción no preferente, de configuración legal y excepcionalmente conciliable con el interés de la justicia. Ello lleva a su interpretación restrictiva permitiendo incluso su negación por el Estado en el marco de estos sistemas.

Por ello nos detenemos en la configuración específica del derecho de defensa en el CEDH y el PIDCP para tratar de entender su compleja estructura.

4.4. Una propuesta analítica de interpretación: la autodefensa en el conjunto del derecho a la defensa, garantía mínima del proceso

El artículo 6.3.c) CEDH contempla entre las garantías mínimas del derecho a un juicio justo en el proceso penal el derecho

“A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan”.

El artículo 14.2.d) PIDCP establece, también como garantía mínima del proceso penal, el derecho de toda persona

¹¹⁶ *Sam Hinga Norman*, Decision on the Application of Samuel Hinga Norman for Self-Representation Under Art. 17 (4) (d) of the Statute of the Special Court, Case SCSL-04-14-T, Trial Chamber, 8 June 2004. Véase Scharf, 2006, op. cit. n. 84, p. 42; Jørgensen, 2006, op. cit. n. 88, pp. 67-68.

“A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo”.

Las diferencias de redacción son pequeñas. En el caso del CEDH partiendo del texto de 1949, el Comité de Expertos del Consejo de Europa en 1950, en el marco de la redacción del artículo 6 del CEDH, discutió el alcance del derecho a la asignación de oficio de un abogado gratuito, pues el Reino Unido no contemplaba la posibilidad del mismo en los casos de delitos menores. Ello llevó a que el Comité de redacción introdujera una fórmula alternativa que restringía la asignación de abogado con beneficio de justicia gratuita a aquellos casos que lo demandara “el interés de la justicia”¹¹⁷. Los delegados de Francia e Italia criticaron la redacción del artículo, en tanto en cuanto consideraban discriminatorio que la persona sin recursos no pudiera elegir su asistencia legal, dado que el derecho de justicia gratuita implicaba que el abogado es designado por el Estado¹¹⁸. Por su parte, el PIDCP mantiene la referencia al derecho a ser informado del derecho a la defensa letrada, propuesto por el Comité de Derechos Humanos que redactó en 1949 la propuesta de Convención que debía acompañar la DUDH.

El derecho a la defensa, conforme al artículo 6.3.c) CEDH y el artículo 14.3.d) enuncia a nuestro entender tres derechos del acusado y una prerrogativa del Estado: en primer lugar, el derecho del acusado a defenderse a sí mismo; en segundo lugar, el derecho a elegir libremente un abogado que ejerza su defensa; en tercer lugar, el derecho a la asistencia jurídica gratuita de un letrado cuando la intervención de este sea necesaria en interés de la justicia y no tenga medios para pagarlo; en cuarto lugar, la prerrogativa del Estado de nombrar abogado de oficio cuando lo exija el interés de la justicia.

Uno de los puntos críticos de las decisiones que analizamos es la relación entre los derechos del acusado de optar entre la autodefensa y un le-

¹¹⁷ European Commission on Human Rights, Preparatory work on Article 6 of the European Convention on Human Rights, DH (56) 11, Strasbourg, 8 de octubre de 1950. La propuesta británica para este apartado era: “to defend himself in person or through legal assistance and, if he has not means to pay for that assistance, to be given it free when the interests of justice so required”, p. 11; en p. 16 puede leerse el texto del Comité de Redacción. El texto finalmente aprobado es prácticamente idéntico, sustituyendo “that” por “legal”, p. 21 y p. 24. Véase también Nowak, 2005, op. cit., n. 23, p. 337.

¹¹⁸ Idem, pp. 21-22.

trado de su confianza y la prerrogativa del Estado de nombrar abogado de oficio, en casos justificados por el “interés de la justicia”. Hay dos maneras de entender esta relación, una más cercana al sistema inquisitorial y otra al adversarial¹¹⁹.

Una primera opción otorga un mayor peso a la decisión del Estado y, como tal, es una interpretación más cercana a los sistemas inquisitoriales: si el Estado considera que procede nombramiento de abogado de oficio en interés de la justicia, se excluye el derecho del acusado en ambas variantes (a su autodefensa o a elegir su letrado). En cambio, si no existe un “interés de la justicia” que específicamente exija que el abogado sea nombrado por el Estado, el acusado sería quien decide su modo de defensa. Se trata de un tándem excluyente: el nombramiento de abogado de oficio es incompatible con el derecho de opción del acusado¹²⁰. El Estado no regula en esta concepción los casos de asistencia letrada obligatoria sino los supuestos en los que el abogado debe ser nombrado de oficio, que no es necesariamente lo mismo. En esta concepción, la designación de abogado de oficio margina la autodefensa, pero también la libre elección de abogado. Además, implica que pueden existir casos en los que el Estado nombra abogado de oficio sin que concurra el beneficio de justicia gratuita, de manera que la asistencia legal debe ser pagada por el acusado.

En esta interpretación, el derecho del acusado a la justicia gratuita se configura como derecho subsidiario que nace sólo en caso de nombramiento de abogado de oficio en interés de la justicia si el acusado no tiene medios para pagarlo. Así entendido, el derecho de justicia gratuita excluye también el derecho a optar entre autodefensa y abogado y el derecho a elegir un abogado por el acusado, como hemos visto que subrayaron algunos países en el momento de la redacción del CEDH¹²¹.

¹¹⁹ Nowak, 2005, op. cit., n. 23, p. 338, en su comentario al artículo 14.3.d) PIDCP justifica la diferente aproximación del derecho de defensa entre el CDH y el TEDH por su afinidad con las tradiciones adversarial e inquisitorial

¹²⁰ Así al menos lo ha entendido la jurisprudencia del TPY. En el asunto *Karadžić*, el acusado alegó que si, habiendo optado por la autodefensa, el Tribunal decidía nombrarle un letrado, debería reconocérsele el derecho a escogerlo. La Sala se negó, indicando que el derecho de defensa se planteaba como opción binaria, y que el acusado había optado ya. Por ello entendió que si su autodefensa debía ser sustituida por defensa letrada sería el Tribunal quien escogería la defensa, *Karadžić*, Decision on Radovan Karadžić's Appeal from Decision on Motion to Vacate Appointment of Richard Harvey, Case IT-95-5/18-AR73.6, Appeals Chamber, 12 February 2010, § 27-32. En relación con la jurisprudencia de tribunales de EEUU, Williams, 2006, op. cit. n. 98, p. 557.

¹²¹ No obstante, se ha suscitado en el marco de los tribunales penales internacionales la posible compatibilidad del ejercicio de la autodefensa y el beneficio de justicia

Esta interpretación permitiría a los Estados con sistemas inquisitoriales regular debidamente aquellos casos en los que quisieran limitar la autodefensa como opción, por razones derivadas del “interés de la justicia”. Pero comportaría siempre y al mismo tiempo la restricción del derecho a designar letrado por el acusado.

Hay una segunda lectura de esta disposición, más restrictiva de la prerrogativa del Estado y más generosa con la autonomía individual. En esa segunda lectura, prima el derecho de elección del acusado entre autodefensa y defensa letrada. El Estado puede determinar ciertos supuestos en los que es necesaria una defensa letrada en interés de la justicia. En esos casos y sólo en esos, si opta por la defensa letrada, y no tuviera medios, podrá obtener un abogado gratuitamente. Pero el abogado ya no será de su elección, sino nombrado por el Estado de oficio. El acusado con escasez de recursos puede verse forzado a ejercer el derecho de autodefensa, conforme a esta interpretación si no concurre uno de los supuestos regulados en “interés de la justicia” como determinantes de nombramiento de abogado de oficio¹²². Esta construcción está más cerca del tratamiento del derecho de autodefensa en la tradición del sistema adversarial del *common law*: prevalece el derecho de opción del acusado y postula una intervención mínima del Estado en relación con la voluntad del acusado para el ejercicio de la defensa. En esta construcción, el nombramiento de abogado de oficio siempre está amparado por el beneficio de justicia gratuita. Esta forma de entender el artículo permite una regulación estatal que determine en qué casos la participación de una defensa letrada es obligatoria, sin identificar defensa letrada obligatoria y defensor de oficio, en cambio.

El TEDH (y en sentido análogo y visto, de la CIADH) nunca ha abordado el artículo 6.3.c) en su conjunto, como una estructura de derechos del individuo y prerrogativas del Estado interrelacionadas. En la mayoría de los ca-

gratuita al entender que la defensa incurre en costes más allá de los propios del letrado. Así, por ejemplo, la decisión adoptada por el Juez Antonetti, en la fase de instrucción del caso *Šešelj* en el sentido de autorizar que la autodefensa del acusado si demostraba su situación de indigencia fuera cubierta con cargo a los fondos de asistencia legal del TPY, Decision on the Financing of the Defence of the Accused, Pre-Trial Judge, 20 July 2007, con la oposición del Secretario y el Fiscal. Véase el análisis crítico de Zahar, 2008, op. cit. n. 108, pp. 241-263. Los gastos en que una defensa –letrada o autodefensa– incurre en los asuntos ante los tribunales penales son muy grandes: coordinación de equipos de investigación, testimonios y pruebas sobre el terreno, peritajes...

¹²² Y esta interpretación es la que Nowak realiza del artículo 14.3.d) PIDCP, en Nowak, 2005, op. cit., n. 23, p. 339.

sos en los que se ha pronunciado sobre este artículo, el Tribunal ha recurrido habitualmente a dejar en manos del Estado la definición de los supuestos en los que un acusado debe aceptar la designación de oficio de un abogado en “interés de la justicia” junto con el beneficio de justicia gratuita que lleva aparejado en ciertos casos. Esa jurisprudencia ha afirmado que “corresponde al Estado la decisión de si se permite que el acusado elija su defensa (sea autodefensa, sea letrado de su elección) o si en interés de la justicia hay que nombrarle abogado de oficio”¹²³. Entendemos que esta perspectiva se sitúa en la primera de las interpretaciones que hemos avanzado.

Sin embargo, al trasladar la jurisprudencia previa a *Correia de Matos* (2001 y 2018) el TEDH ha extrapolado esa afirmación para concluir que es al Estado –Portugal– a quien corresponde regular el derecho de opción del acusado entre autodefensa y defensa letrada, incluso excluyendo totalmente la primera opción. Ello supera la interpretación literal, teleológica y contextual del artículo, como es por ejemplo el orden de las opciones que el artículo establece. Y lleva a confundir la regulación de la exigencia de asistencia letrada con aquellos supuestos en los que el Estado considera indispensable nombrar por sí mismo el abogado del acusado (abogado de oficio). El salto (i)lógico está en separar el derecho de autodefensa del derecho de elección de letrado, cuando ambos son parte de un mismo derecho que se contrapone a la prerrogativa de fijar supuestos de intervención forzosa de letrado designado por el Estado sin participación del acusado. Ello lleva a pervertir el sentido del artículo 6.3.c) de manera que el TEDH entiende que el Estado puede configurar la exigencia de asistencia letrada (de libre elección o de oficio) como norma básica e incluso absoluta, en perjuicio de la autodefensa. Y ello, como hemos visto, no vendría avalado por ninguna de las interpretaciones posibles del artículo 6.3.c) CEDH.

Llevando a su último extremo el razonamiento del TEDH, la coherencia exige que los sistemas nacionales que opten por la defensa letrada obligatoria –a pesar de que ello no es a lo que se refieren ni el CEDH ni el PIDCP– deberían igualmente establecer la asistencia jurídica gratuita en esos mismos supuestos cuando el acusado no tenga medios económicos¹²⁴.

No cabe duda de que el Estado puede regular el proceso penal y, por tanto, el derecho de defensa. Como tal ni el derecho de autodefensa ni el derecho de defensa en sentido amplio son absolutos: dependen parcialmente de su configuración legal. Esa es la posición clara del del TEDH, de

¹²³ *Correia de Matos*, TEDH 2001, p. 5; *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, § 123.

¹²⁴ Jørgensen, 2004, op. cit. n. 61, p. 724.

la CIADH, e igualmente del CDH. Los propios Tribunales Penales, aunque caso por caso, “han establecido” un marco de limitaciones de la autodefensa. Pero sin duda la regulación del Estado no puede desvirtuar –hasta anular– el contenido del derecho a la defensa tal y como se recoge en los tratados internacionales, en cualquiera de sus interpretaciones –inquisitorial o adversarial. Así, la parte más problemática en la interpretación del TEDH, más allá de una concepción más centrada en el Estado que en el individuo, es el umbral de fundamentación exigido al Estado para justificar su opción legislativa y de aplicación (margen de apreciación) sobre la base del concepto de interés de la justicia o justicia global del proceso.

5. (DES)CONTROL DE LAS LIMITACIONES

El CEDH distingue entre derechos inderogables que no pueden ser objeto de limitación ni suspensión (como el derecho a la vida o la prohibición de la tortura), derechos que, pudiendo suspenderse, no comportan una cláusula específica de limitación y, en tercer lugar, derechos que están sujetos a una cláusula específica de limitación para la protección de los derechos de terceros o de consideraciones de orden público (como el derecho a la vida privada, la libertad de expresión religiosa, la libertad de asociación...). Ashworth y Redmayne los han denominado respectivamente *non-derogable rights*, *strong rights* and *qualified rights*¹²⁵. El derecho a un juicio justo del artículo 6 CEDH se sitúa entre los *strong rights*, derogables, pero sin que se prevea una cláusula de limitación en el texto del convenio.

Ello no obstante, el TEDH ha establecido la naturaleza “limitable del derecho” de defensa –como también lo han hecho el CDH y los tribunales penales internacionales–. En los casos *Correia de Matos*, el TEDH recurre a su teoría clásica para fundamentar, de un lado, y controlar, de otro, las limitaciones al artículo 6 CEDH: el margen de apreciación del Estado y la interpretación finalista de los elementos de este artículo en función de la “justicia global del proceso”. En las siguientes páginas analizamos ambos conceptos y su aplicación incoherente por el TEDH en *Correia de Matos*.

¹²⁵ Ashworth and Redmayne, *The Criminal Process*, Oxford University Press, 2005, pp. 36-37, citado en Croquet, 2011, op. cit. n. 93, p. 103. Croquet explica esta diversidad en la tipología de derechos del Convenio en razón de las distintas posiciones mantenidas por los Estados que negociaron el texto. De un lado, los Estados que deseaban una definición de derechos y sus limitaciones en el propio convenio; de otro, aquellos que preferían una enumeración simple, cuyas limitaciones se establecieran a nivel nacional por los Estados, idem, pp. 101-102.

El TEDH aplica estas nociones a su concepción según la cual el individuo tiene un derecho a la defensa, en abstracto, como garantía mínima del juicio justo, y, no un derecho a escoger entre la autodefensa y la defensa letrada. Como hemos establecido, nuestra interpretación de los artículos pertinentes del CEDH y PIDCP reside en el que el derecho de opción entre la autodefensa y la defensa letrada es un derecho del acusado, garantía mínima del juicio justo, y no una prerrogativa del Estado que puede regular escogiendo uno u otro. A partir de ahí, sea la defensa de oficio la alternativa sólo para los casos en los que se escoge la defensa letrada y el acusado no tiene fondos (interpretación mínima) o sea una prerrogativa del Estado regular supuestos de asistencia letrada obligatoria y nombrada por el Estado incluso frente al derecho de autodefensa, la designación de abogado de oficio como exclusión del derecho de autodefensa sólo procede si el interés de la justicia lo requiere¹²⁶. Así, también bajo esta interpretación sistemática de las formas del derecho a la defensa, la regulación –su limitación, por tanto– por el Estado debiera ser controlada sobre la noción de margen de apreciación del Estado aplicado a la noción de “interés de la justicia”, incorporada en el propio artículo 6.3.c) en relación con el beneficio de justicia gratuita en el nombramiento de abogado de oficio o de “justicia global del proceso”, como prefiere el TEDH. Por ello, en ambas concepciones del derecho a la autodefensa adquiere relevancia el análisis que sucede.

5.1. El margen de apreciación como técnica de control: la evaluación del consenso

El concepto de “margen de apreciación”, aunque no previsto en la letra del CEDH originalmente, está hoy pendiente de incorporación al prólogo del mismo en cuanto entre en vigor el Protocolo 15¹²⁷. Este concepto, inspirado en el derecho interno de algunos Estados¹²⁸, es una de las señas

¹²⁶ “Cuando los intereses de la justicia lo exijan” es la cláusula del CEDH; “siempre que el interés de la justicia lo exija” es la redacción del PIDCP.

¹²⁷ Protocolo No. 15 de enmienda del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Estrasburgo, 24 de junio de 2013, (CETS No. 213). A fecha 2 de septiembre de 2019, faltan tan sólo las ratificaciones de Italia y Bosnia Herzegovina para la entrada en vigor del Protocolo de enmienda. Es importante tener en cuenta el informe explicativo y, especialmente, la opinión del Tribunal, de 6 de febrero de 2013, que precisa que no debe interpretarse la referencia al margen de apreciación en sentido diferente a como viene consagrado por la jurisprudencia del TEDH.

¹²⁸ García Roca, J. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor, Civitas, 2010, pp. 107-109;

de identidad del TEDH¹²⁹. No obstante, comienza a ser de interés en la práctica de otros tribunales internacionales, y no sólo en el ámbito de la protección de los derechos humanos¹³⁰.

Inicialmente desarrollado en el marco de la discrecionalidad concedida al Estado en el contexto del artículo 15 CEDH (relativo a las suspensiones de derechos en supuestos de estado de excepción)¹³¹, el TEDH lo utiliza recurrentemente en el análisis de las limitaciones previstas en los artículos 8 a 11 CEDH, en concreto, en relación con la determinación de los distin-

De Montalvo Jääskeläinen, Federico, “El difícil equilibrio entre la globalización de los derechos y su contextualización desde la perspectiva de la doctrina del margen de apreciación nacional”, *Estudios de Deusto*, vol. 60/2, 2012, p. 136, en relación con el derecho francés. Además y en relación con Inglaterra, Estados Unidos, Alemania puede verse, Martínez Estay, José Ignacio, “Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo”, *Estudios constitucionales*, 2014, pp. 373-379.

¹²⁹ Hutchinson, M., “The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, 1999, p. 838; McGoldrick, 2016, op. cit. n. 6, p. 21.

¹³⁰ Durante mucho tiempo se ha afirmado que esta técnica era exclusiva del TEDH, como en Benvenisti, Eyal, “Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards”, *International Law and Politics*, vol. 31, 1999, p. 5. Hoy, en cambio, existen ya estudios que analizan el recurso a la misma en el marco de otros Tribunales y sistemas jurídicos internacionales: Shany, Yuval, “Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?”, *European Journal of International Law*, vol. 16, 2005, en especial pp. 926-938, abordando los casos del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE); paneles de solución de controversias de la OMC, tribunales arbitrales y la Corte Internacional de Justicia (CIJ). En relación con el Derecho de la UE y el margen de apreciación, comparándolo con la doctrina del TEDH, Gerards, J., “Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine”, *European Law Journal*, vol. 17, 2011, pp. 80-120. Pascual Vives, Francisco José, “El margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos; una aproximación consensualista”, *Anuario español de derecho internacional*, vol. 29, 2013, p. 222 y pp. 226-237, lo aborda en relación con la CIADH, CIJ y el TJUE, además del TEDH; ampliado y actualizado en Pascual Vives, Francisco, *Consensus-Based Interpretation of Regional and Human Rights Treaties*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2019, pp. 148-180. También, Martínez Estay, 2014, op. cit. n. 128, pp. 381-385, analizando el TJUE y la CIADH. En cambio, McGoldrick, 2016, op. cit. n. 6, pp. 41-60, analiza en profundidad la escasa práctica en relación con el margen de apreciación del CDH, las razones que lo pueden explicar, así como los posibles efectos positivos y adversos de recurrir a la noción en el marco del PIDCP.

¹³¹ Benvenisti, 1999, op. cit. n. 130, p. 845; Pascual Vives, 2013, op. cit. n. 130, p. 220 n. 7 y p. 232. Algunos autores como Hutchinson, 1999, op. cit. n. 129, p. 639, consideran como caso inicial de esta doctrina *Lawless v. Ireland* (EctHR Serie B, 1960-1961, § 90, 9. 82); García Roca, 2010, op. cit., n. 128, p. 108 recoge con carácter previo a esta sentencia un caso ante la Comisión, *Reino Unido c. Grecia*, de 1958, también en relación con medidas del artículo 15 CEDH.

tos elementos que tienen que ver con la ponderación de derechos y/o intereses públicos en juego, la necesidad y la proporcionalidad de la medida limitativa¹³². La noción de margen de apreciación es extraña a los derechos inderogables. No obstante, esta técnica de control ha sido también aplicada a los llamados *strong rights*, como el derecho a un proceso equitativo en tanto que abierto a la configuración legal, aunque la cuestión no ha sido objeto de la misma atención y hay autores que rechazan la posibilidad¹³³. El caso *Correia de Matos* es un ejemplo inequívoco de que el TEDH aplica el margen de apreciación a esta categoría de derechos. La dificultad que plantea el examen del margen de apreciación para este conjunto de derechos, como los derivados del artículo 6, es que no existen unos elementos preestablecidos en el Convenio para determinar si la limitación es conforme al CEDH.

La doctrina ha considerado el margen de apreciación como una derivada del principio de subsidiariedad, que concreta la deferencia o respeto de la soberanía del Estado en el marco del CEDH¹³⁴ a partir de la idea básica

¹³² En tal sentido, uno de los primeros casos fuera del contexto del artículo 15 CEDH fue *Handyside* (ECtHR seire 1/24, 1976), sobre el artículo 10 CEDH. No obstante, De Montalvo Jääskeläinen, 2012, op. cit. n. 128, p. 137 refiere casos previos en los que ya se considera la noción. En el mismo sentido, Pascual Vives, 2013, op. cit. n. 132, p. 221 y pp. 232-233; Mena Parra, F. J., “Democracy, diversity and the margin of appreciation: a theoretical analysis from the perspective of the international and constitutional functions of the European Court of Human Rights”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, n.º. 29, 2015, p. 9, aunque señalando que el principio de subsidiariedad como manifestación del control que ejerce el TEDH es más amplio y se aplica a todos los derechos reconocidos, mientras que el margen de apreciación no es aplicable a los derechos inderogables, por ejemplo.

¹³³ Parte de la doctrina considera que este instrumento no se aplica a estos derechos que no contienen cláusulas de limitación conforme a la letra del Convenio. En tal sentido, véase Letsas, George, “Two Concepts of the Margin of Appreciation”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, 2006, p. 710; y aparentemente, Mena Parra, 2015, op. cit., n. 132, p. 9 y n. 40. En cambio, recogen la existencia de jurisprudencia en relación con la aplicación de esta noción al derecho a un proceso equitativo (artículo 6 CEDH), entre otros, García Roca, 2010, op. cit., n. 128, p. 152; y Montalvo Jääskeläinen, 2012, op. cit. n. p. 146. En relación con la aplicación de la noción de margen de apreciación a los artículos 5, 12, 13 y 14 del CEDH y a algunos artículos de varios Protocolos adicionales al mismo, véase García Roca, op. cit., n. 128, pp. 152-155; Pascual Vives, 2013, op. cit. n. 130, pp. 234-235, aunque este autor subraya que en relación a estos artículos se aplica básicamente el control de necesidad y proporcionalidad y no toda la construcción del margen de apreciación típico de los artículos 8 a 11 CEDH.

¹³⁴ Benvenisti, 1999, op. cit. n. 130, p. 846 y p. 852; García Roca, op. cit., n. 128, pp. 93-106; De Montalvo Jääskeläinen, 2012, op. cit. n. 128, p. 135, quien lo analiza en términos de equilibrio entre universalización/europeización de valores y contextualización

de que el Estado está mejor situado (“*better placed*”), para valorar las circunstancias que llevan a adoptar una limitación de un derecho¹³⁵. Igualmente, los autores subrayan que con ello se reconoce la diversidad y pluralismo de los Estados que integran el Consejo de Europa, como un valor positivo, que facilita entrar en un “diálogo” entre tribunales¹³⁶. Desde la perspectiva crítica, se ha puesto el acento en la pérdida de un estándar común europeo en el respeto de los derechos, de un lado, y en los peligros de la falta de coherencia en la aplicación del margen de apreciación y de sus elementos y consecuencias¹³⁷. Todo ello se percibe en el caso en estudio.

En todo caso, el margen de apreciación no es un derecho del Estado¹³⁸; no deriva de la CEDH ni es automático, sino que depende del TEDH en el caso concreto. Conforme al margen de apreciación, el TEDH deja un espacio amplio de decisión en manos del Estado para definir y aplicar los contornos de los derechos, procediendo a un control que es más estricto cuánto menor es el margen de apreciación otorgado¹³⁹. En realidad, el funcionamiento es inverso, puesto que no hay una decisión inicial y previa que calibre el margen de apreciación de que goza el Estado en relación con cada derecho. El punto de partida es la actuación del Estado; el punto de llegada en un único acto, la sentencia, en la que el TEDH decide tanto sobre si permite un margen de apreciación al Estado, su amplitud y la adecuación de la norma o aplicación del Estado al margen de apreciación y al convenio, para determinar finalmente si existe o no violación.

Parte de la doctrina concibe el margen de apreciación como un criterio de atribución de decisiones entre el Estado y el TEDH¹⁴⁰. No obstante, esta teoría puede ser insatisfactoria en tanto en cuanto el Tribunal siempre se reserva el derecho de revisar la decisión adoptada por el Estado. Algunos autores lo han descrito como una técnica en la que se diseña una franja de fle-

de los mismos y nuevamente en p. 143; Pascual Vives, 2013, op. cit. n. 130, p. 223; Mena Parra, 2015, op. cit., n. 132, p. 6 y pp. 8-10.

¹³⁵ Letsas, 2006, op. cit. n. 133, p. 721.

¹³⁶ García Roca, 2010, op. cit., n. 128, p. 96; Gerards, 2011, op. cit. n. 130, p. 83; Mena Parra, 2015, op. cit., n. 132, p. 3.

¹³⁷ Benvenisti, 1999, op. cit. n. 130, p. 843 y p. 851; Hutchinson, 1999, op. cit. n. 129, pp.642-643, quien rechaza la noción del que el Convenio *per se* fije un estándar mínimo; Shany, 2005, op. cit. n. 130, pp. 912-913; Letsas, 2006, op. cit. n. 133, p. 705 y autores citados en n. 2, aunque en su trabajo Letsas propone una lectura constructivista y positiva de la doctrina. Sobre la doctrina y jueces del propio TEDH críticos con esta doctrina, véase Pascual Vives, 2013, op. cit. n. 130, p. 222 n. 16 y p. 223 n. 17.

¹³⁸ McGoldrick, 2016, op. cit. n. 6, p. 22.

¹³⁹ Hutchinson, 1999, op. cit. n. 129, pp. 639-640.

¹⁴⁰ Hutchinson, 1999, op. cit. n. 129, p. 640; García Roca, op. cit., n. 128, pp. 115-118.

xibilidad en torno al núcleo duro del derecho: el Estado puede moverse en dicha franja¹⁴¹, pero igualmente la última palabra para determinar si el Estado se ha salido del contenido exigible por el CEDH reside en el Tribunal¹⁴². Algún autor considera que la noción debería idealmente aplicarse para dotar al Estado de un margen de apreciación de los hechos y la aplicación de la norma al caso, pero no para definir la interpretación de los derechos de la convención a través de la elaboración de normas generales de limitación¹⁴³. En todo caso, esta noción excluye la idea de que el CEDH defina *per se* un umbral mínimo en cada derecho de forma general¹⁴⁴. La confrontación entre el margen de apreciación conferido al Estado y el control del TEDH sobre la franja en la que el Estado puede moverse definirán tanto el contorno del derecho como su contenido mínimo, en el sentido de contenido no sujeto a limitación o restricción. Pero ese control no es genérico para el derecho, de una vez por todas, sino que se realiza para el caso concreto.

En este sentido, el caso *Correia de Matos* es singular –y profundamente criticable– por cuanto que el TEDH hace prevalecer el concepto abstracto de margen de apreciación sobre la exigencia de un contenido propio del derecho: al aceptar en su fallo que puede existir una legislación nacional que niega en todos los posibles supuestos el derecho a autodefensa vacía de contenido el texto del artículo 6.3 del CEDH. Del concepto de “derecho limitable”, no absoluto por tanto, se pasa al “derecho disponible” por el Estado, derecho contingente a pesar de ser descrito en el CEDH como “garantía mínima del proceso”.

Finalmente, también se ha definido la técnica de remisión al margen de apreciación como un mecanismo para dosificar la intensidad de control que el TEDH ejerce sobre la actuación del Estado¹⁴⁵. Y sin duda, el TEDH decide en *Correia de Matos* no ejercer ese control en 2001 y ejercerlo en 2018 en un nivel de intensidad mínima, como han subrayado las opiniones disidentes, validando sin mayor exigencia ni examen de detalle la argumentación ofrecida por el Estado autor de las limitaciones de derecho.

Para determinar si el Estado goza de margen de apreciación en la configuración de las limitaciones del derecho, la jurisprudencia del TEDH parte de un presupuesto de hecho: la existencia de un mayor o menor

¹⁴¹ Hutchinson, 1999, op. cit. n. 129, p. 640-641 y pp. 644-647.

¹⁴² Mena Parra, 2015, op. cit., n. 132, p. 13.

¹⁴³ Shany, 2005, op. cit. n. 130, p. 913.

¹⁴⁴ Así lo argumenta Hutchinson, 1999, op. cit. n. 129, pp. 642-643.

¹⁴⁵ Gerards, 2011, op. cit. n. 130, p. 107 y siguientes; Mena Parra, 2015, op. cit., n. 132, p. 10; McGoldrick, 2016, op. cit. n. 6, pp. 26-27.

consenso sobre el derecho, su perfil y contenido. Después de ello, el TEDH examina la aplicación de ese margen de apreciación en el caso concreto en razón de un conjunto de factores que el Estado debe justificar más o menos intensamente en función de la amplitud del margen de discrecionalidad concedido.

En primer lugar, el TEDH hace depender de la noción de consenso la determinación del margen de apreciación que concede al Estado¹⁴⁶. Aunque parte de la doctrina considera el propio consenso como uno de los factores de valoración del margen de apreciación, es para nosotros un criterio previo, que justifica si el TEDH será o no proclive a aplicar el margen de apreciación y con qué amplitud¹⁴⁷. La determinación del consenso se realiza mediante el examen de la práctica (legislativa y/o judicial) de los Estados miembros¹⁴⁸, pero así mismo de otros mecanismos de protección de derechos humanos regionales o universales y de la actuación de otros tribunales y organizaciones¹⁴⁹.

El TEDH ha establecido que cuanto menor es el consenso en torno a un derecho y/o a una limitación, mayor es el margen de apreciación concedido al Estado y, consecuentemente, el control ejercido por el TEDH es menos estricto¹⁵⁰. No obstante, la decisión no es “todo/nada”, sino que el Tribunal

¹⁴⁶ Se suelen invocar como primeras referencias los casos *Handyside v. United Kingdom* (1979-1980) 1 EHRR 737, § 48; *Sunday Times v. United Kingdom* (1979-1980) 2 EHRR 245, § 59; *Muller and ors v. Switzerland* (1991), 13 EHRR 212, § 35.

¹⁴⁷ Hutchinson, 1999, op. cit. n. 129, p. 644; Benvenisti, 1999, op. cit. n. 130, p. 851; en el mismo sentido, como una condición que determina la amplitud del margen de apreciación; Gerards, 2011, op. cit. n. 130, p. 108, aunque lo mezcla con los factores con los que se evalúa la adecuación del uso del margen concedido al CEDH para determinar si hay violación. Pascual Vives, 2013, op. cit. n. 130, p. 247, lo califica como “circunstancia de carácter extrínseco que condiciona la aplicación del margen de apreciación nacional”; y lo trata igualmente de nuevo en Pascual Vives, 2019, op. cit., n. 130.

¹⁴⁸ Shany, 2005, op. cit. n. 130, p. 911.

¹⁴⁹ Lo estudia específicamente, bajo la noción de “dimensión formal del consenso como elemento integrador”, Pascual Vives, 2013, op. cit. n. 130, pp. 258-259, resaltando que el TEDH recurre, por ejemplo a normas de la UE (incluida la Carta de Derechos Fundamentales de la UE) y a la jurisprudencia del TJUE para “construir” la existencia de un consenso en casos específicos que cita. Amplía esta idea en su trabajo Pascual Vives, Francisco José, “Consenso e interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos”, *Revista española de derecho internacional*, 2014, pp. 134-142. No obstante, algún autor ha puesto de manifiesto que no siempre la afirmación de la (in) existencia del consenso va precedida del análisis comparado de las legislaciones de los Estados miembros o de la normativa internacional en la materia, De Montalvo Jääskeläinen, 2012, op. cit. n. 128, p. 141.

¹⁵⁰ García Roca, op. cit., n. pp. 146-150.

establece gradaciones que pueden ir desde la existencia de un consenso general, a la existencia de una “tendencia internacional continuada” que no implica necesariamente a todos los Estados¹⁵¹, terminando por la inexistencia de consenso. En las situaciones extremas, el TEDH debiera aplicar con coherencia la ecuación según la cual un consenso fuerte excluye el margen de apreciación y refuerza el control debido por el TEDH y la ausencia del mismo permite un amplio margen al Estado con un control menos estricto por el TEDH, bajo el recurso al argumento *better placed*¹⁵², aunque el caso *Correia de Matos* no es consistente con esta idea. Un efecto colateral en los casos en los que se concede un amplio margen de apreciación al Estado es que, al disminuir el control que ejerce el TEDH en tal circunstancia, se agrava la carga de la prueba de los demandantes de sus alegaciones en relación con el carácter injustificado de la medida nacional¹⁵³.

Pero el TEDH no es excesivamente coherente en el recurso a esta noción. Ha afirmado que el Estado goza de un margen de apreciación incluso en casos en los que existe consenso sobre el derecho o el interés público afectado¹⁵⁴; o viceversa, también ha realizado un análisis detallado y profundo sobre el fondo en supuestos en los que la falta de consenso implicaba una amplio margen de apreciación para el Estado¹⁵⁵. En general, lo primero es más frecuente cuando se trata del análisis de una suspensión o

¹⁵¹ Letsas, 2006, op. cit. n. 133, pp. 727-728; De Montalvo Jääskeläinen, 2012, op. cit. n. 128, p. 142; citando ambos la evolución jurisprudencial entre 1987 y 2002 en relación con transexualidad hasta llegar al caso *Christine Goodwin v. Reino Unido e I. v. Reino Unido*, de 2002. También Mena Parra, 2015, op. cit., n. 132, p. 11 hablando de “*convergent view of a majority of States*”, citando casos como *Schalk and Kopf v. Austria*, núm. 30141/04, ECtHR 24 June 2010, para 105, o bien “*common ground between the laws of the Contracting States*”, conforme a *Rasmussen v. Denmark*, núm. 8777/79, ECtHR, 28 November 1984, § 40. En sentido análogo, McGoldrick, 2016, op. cit. n. 6, p. 29; Pascual Vives, 2019, op. cit., n. 130, p. 223.

¹⁵² Gerards, 2011, op. cit. n. 130, p. 108-111, quien distingue, no obstante como dos factores distintos el consenso y el argumento “*better placed*”. Este autor conecta este último argumento con los casos específicos en los que la limitación establecida por el Estado se funda en intereses públicos, más que en conflictos entre otros derechos, como es la jurisprudencia en relación con la protección de la seguridad nacional o la moral.

¹⁵³ Gerards, 2011, op. cit. n. 130, p. .

¹⁵⁴ Como en relación al aborto, en el caso *A, B, C v. Ireland*, núm. 25579/05 CtHR (GC) 16 December 2010. Sobre la cuestión, véase Mena Parra, 2015, op. cit., n. 132, pp. 15-16 en sentido crítico, que indica que esta tendencia parece confirmarse en las sentencias de los caso *S.H. and other v. Austria*, núm. 57813/00 EctHR (GC) 3 November 2011, en relación con fertilización in vitro; y *S.A.S. v. France*, núm. 43835/11 CtHR 1 July 2014.

¹⁵⁵ Puede verse jurisprudencia en tal sentido en Gerards, 2011, op. cit. n. 130, p. 106, n. 179; igualmente analiza la jurisprudencia en este sentido Pascual Vives, 2013, op. cit. n. 130, pp. 250-251. Cabe citar también a McGoldrick, 2016, op. cit. n. 6, p. 26.

limitación del derecho en razón de un interés público como la seguridad nacional, en el que el Tribunal se muestra más deferente hacia las autoridades estatales. En las situaciones intermedias, en las que existe un consenso en progreso o no totalmente logrado, el Tribunal puede adoptar decisiones no previsibles ni coherentes, que algún autor ha calificado como manifestación de la interpretación evolutiva del CEDH¹⁵⁶.

Por ejemplo, el TEDH en relación con la evolución jurisprudencial sobre el estatus de los homosexuales ha pasado de conceder en 1987 el más amplio margen de apreciación de los Estados a cambiar su jurisprudencia en 2002, en función de “*the changing conditions within the respondent State and within Contracting States generally*”, que responden a una “*evolving convergence as to the standards to be achieved*”. El TEDH afirmó que la falta de una aproximación común a los 43 Estados miembros no era sorprendente, pues lo importante era que existía una “*clear and uncontested evidence of a continuing international trend in favor not only of increased social acceptance of transsexuals but of legal recognition of the new sexual identity of post-operative transsexuals*”¹⁵⁷. En este tipo de asuntos, el TEDH ha ejercido un mayor control sobre el margen de apreciación del Estado que se situaba en una posición más restrictiva y minoritaria¹⁵⁸, al contrario de lo que ha ocurrido en el caso *Correia de Matos*.

En el caso *Correia de Matos*, en su controvertida sentencia de 2018, el TEDH afirma que existe una “tendencia” a la admisión de la figura de la autodefensa, tanto sobre la base del examen del derecho interno como internacional (con referencia al Derecho de la UE y a las opiniones del CDH), pero niega expresamente que constituya un consenso¹⁵⁹. Esta cons-

¹⁵⁶ Pascual Vives, 2014, op. cit. n. 149, pp. 150-151.

¹⁵⁷ Letsas, 2006, op. cit. n. 133, pp. 727-728 citando *Goodwin v. United Kingdom* (2002) EHRR 447, at paras 74, 84-85, confirmado con posterioridad en *Kuck v. Germany* (2003) EHRR 973.

¹⁵⁸ El Juez Pinto, en su opinión disidente, invoca el precedente de la evolución de los Estados miembros en relación con la objeción de conciencia en el asunto *Bayatyan v. Armenia* (STEDH GC n.º. 23459/03, 2011, para 123). En esta sentencia el TEDH estimó que el Estado menos avanzado en la admisión de una alternativa al servicio militar obligatoria “enjoys only a limited margin of appreciation and must advance convincing and compelling reasons to justify any interference. In particular, it must demonstrate that the interference corresponds to a ‘pressing social need’”, en *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque joined by Judge Sajo, para.19. En sentido similar se había expresado ya Pascual Vives, 2014, op. cit. n. 149, pp. 146-147, analizando este mismo caso.

¹⁵⁹ *Correia de Matos*, STEDG GS 2018, § 137, calificando la práctica de estándares no determinantes, aunque existe “una tendencia entre los Estados partes de la Convención a admitir el derecho de autodefensa”. Y afirma que “no hay consenso como tal, e incluso

tatación puede ser cuestionable o cuestionada (dado el volumen de práctica y normas ya existentes sobre la autodefensa), como hace el Juez Pinto. Pero está claro que la forma en que el TEDH (des)califica esa práctica se acompaña de la aplicación de un amplísimo margen de apreciación de la actuación de Portugal. Parece que el derecho a la autodefensa no está aún en el punto de madurez para una evolución jurisprudencial similar a la realizada ya en relación al tratamiento de la homosexualidad o la objeción de conciencia en el pasado, a ojos del TEDH.

Sin embargo, todo ello pone de manifiesto una vez más que no hay, por tanto, una teoría depurada en el seno de la jurisprudencia del TEDH sobre el recurso al margen de apreciación en relación con el consenso, lo cual genera una importante inseguridad jurídica, por lo que ha sido criticada por una parte de la doctrina¹⁶⁰. Igualmente crítica es la doctrina cuando señala que el TEDH también utiliza la doctrina del margen de apreciación para encubrir ciertas decisiones de principio del TEDH, evitando con esta noción establecer una argumentación detallada¹⁶¹. Es nuestra opinión, esto es fundamentalmente lo que ha sucedido en el caso *Correia de Matos*. La decisión de principio del TEDH sobre la que no decide dar marcha atrás se basa en dos prejuicios, uno general y otro específico del caso. El prejuicio general juega contra la noción de autodefensa como “garantía” del juicio justo. Como Tribunal muy influido por la tradición inquisito-

las legislaciones que admiten la autodefensa varían considerablemente en cuándo y cómo la admiten”. Critica ampliamente la construcción de ausencia de consenso en este caso el Juez Pinto en su opinión disidente ya citada, § 13-20.

¹⁶⁰ García Roca, op. cit., n. 128, pp. 119-12 y con análisis de casos concretos en pp. 263-311; De Montalvo Jääskeläinen, 2012, op. cit. n. 128, p. 147 y p. 151.

¹⁶¹ Hutchinson, 1999, op. cit. n. 129, p. 641, señalando que la doctrina del margen de apreciación puede ser fuente de un uso arbitrario o, cuando menos fundamentar decisiones no argumentadas sólidamente en la interpretación y aplicación del caso y de la Convención, y p. 647; Benvenisti, 1999, op. cit. n. 130, p. 852, quien se muestra en concreto contrario a la noción de consenso por considerar que externaliza el control y el umbral de garantía de los derechos humanos; Gerards, 2011, op. cit. n. 130, p. 107 y p. 115; Letsas, 2006, op. cit. n. 133, p. 707 y nuevamente en p. 712, considerando que esta noción permite al TEDH escoger sin explicitar la razón entre “inexistencia de violación” y “abstención de control”, que son cualitativamente diferentes al menos desde el plano de los ideales morales encarnados por los derechos humanos y su concreción en el caso. También en De Montalvo Jääskeläinen, 2012, op. cit. n. 128, p. 146. McGoldrick, 2016, op. cit. n. 6, pp. 37-41 analiza algunas de las críticas principales, algunas formuladas por jueces del propio TEDH. De un lado, el margen de apreciación reduce el estándar normativo; no es una doctrina de contornos claros y metodología bien definida; la búsqueda de consenso puede implicar imponer la visión de la mayoría sobre la minoría, además de no estar claramente determinada qué práctica, de quién y por cuánto tiempo es necesaria.

rial, el TEDH concibe la autodefensa como una limitación de la garantía natural del proceso que es la asistencia letrada. Por eso, la interpretación global de los derechos de defensa del TEDH pone en manos del Estado el derecho de opción y configuración de todas las manifestaciones del artículo 6.3c) y no sólo la decisión sobre los supuestos en los que la intervención del abogado (de oficio) es tan relevante que determina tanto la exclusión del derecho del acusado de elegir su defensa (aunque sea letrada) como la obligación del Estado de cubrir su coste si el acusado no tiene medios. A ello se suma un prejuicio específico *vis-à-vis* del Sr. Correia de Matos y sus casos por la acumulación de factores como el hecho de tratarse de casos de desacato a los tribunales por un letrado, la reincidencia y el recurso a otros sistemas de protección de forma “paralela”.

Una vez determinado que el Estado tiene margen de apreciación, el TEDH examina con más o menos intensidad el margen concedido en cada caso en función de los siguientes elementos¹⁶²: la afectación de las nociones de democracia y de dignidad y libertad sobre las que se construye el CEDH o la afectación del núcleo esencial del derecho (*core*)¹⁶³; la finalidad de la limitación; el derecho afectado (si se trata de limitación de un derecho para proteger otro)¹⁶⁴ o del interés público protegido¹⁶⁵; la proporcionalidad¹⁶⁶ y cómo todo ello ha sido tenido en cuenta en el proceso de adopción de la norma y/o la decisión de limitación del derecho por el Estado. Como medio de comprobar la satisfacción de los requisitos en el caso y para establecer si existe el adecuado equilibrio entre ellos, el TEDH recurre cada vez más a menudo a los procesos normativos internos, y si en estos las opciones escogidas han tenido en cuenta ese potencial conflicto entre derechos o entre derecho e interés público y las razones para haber escogido la opción específicamente aplicada¹⁶⁷.

En nuestro supuesto, el TEDH no se ha detenido en el examen de ninguno de estos elementos, como ponen de relieve los distintos votos disiden-

¹⁶² *SS. and Marper v. United Kingdom*, núm. 30562/04 and 30566/04, ECtHR 4 December 2008; *Buckley v. United Kingdom*, núm. 20348/92 ECtHR 25 September 1996, para 74.

¹⁶³ Gerards, 2011, op. cit. n. 130, pp. 112-113; De Montalvo Jääskeläinen, 2012, op. cit. n. 128, p. 145; McGoldrick, 2016, op. cit. n. 6, p. 24.

¹⁶⁴ De Montalvo Jääskeläinen, 2012, op. cit. n. 128, p. 144.

¹⁶⁵ Pascual Vives, 2013, op. cit. n. 130, pp. 240-241 y la jurisprudencia por él citada.

¹⁶⁶ Letsas, 2006, op. cit. n. 133, pp. 711-714 en relación a los derechos 8-11 CEDH que contienen cláusulas de limitación; De Montalvo Jääskeläinen, 2012, op. cit. n. 128, p. 144; McGoldrick, 2016, op. cit. n. 6, p. 27.

¹⁶⁷ McGoldrick, 2016, op. cit. n. 7, pp. 24-25, citando como casos de referencia *Fernandez-Martínez v. Spain*, núm. 56030/07, STEDH (GS), paras 123-153 y *Nicklinson v. UK*, núm. 2478/15, STEDH.

tes. Tampoco se han analizado con detalle los debates parlamentarios. El Tribunal ha avalado la alegación de Portugal de que los estándares de otros Estados han sido tenidos en cuenta tanto por el legislador como por los Tribunales portugueses (Supremo y Constitucional) a la hora de examinar la compatibilidad de su régimen jurídico que excluye la autodefensa con el Convenio y su Constitución, sin haberlo analizado en profundidad hasta el punto que el juez Pinto acusó al TEDH de “*rubber stamping of parliamentary proceedings*” aplicando un “*extremely low estándar*” de control de los argumentos del Estado portugués¹⁶⁸.

Esta forma de proceder no es nueva. El margen de apreciación se usa en estos casos meramente para confirmar las razones ofrecidas por el Estado, asumiendo que la interpretación no era la mejor, pero podía estar condicionada por las circunstancias¹⁶⁹. Sin embargo, en casos previos las sentencias se referían a los poderes del Estado en el marco del artículo 15 CEDH: en *Correia de Mato* vemos cómo se aplica este enfoque a un contexto de normalidad, fuera de los estados excepcionales que permiten adoptar medidas de “suspensión” de derechos en los que tradicionalmente el TEDH ha mostrado una mayor deferencia al Estado en su margen de apreciación.

El único parámetro de control empleado por el TEDH en la decisión *Correia de Matos* 2018 ha sido su referencia a la “justicia global del proceso” como finalidad paraguas de todo el artículo 6 CEDH, y como elemento finalista de la regulación portuguesa del derecho del artículo 6.3.c), que ahora pasamos a analizar.

5.2. *¿Hasta dónde puede llegar la justicia global del proceso como raison d’être de las limitaciones del derecho de autodefensa?*

El TEDH es más proclive a una interpretación del derecho de defensa desde la perspectiva continental, admitiendo márgenes muy estrictos para el ejercicio de la autodefensa, mostrando una gran generosidad con el margen de apreciación del Estado para determinar que la restricción –incluso total– del derecho a la autodefensa es compatible con el artículo 6 CEDH¹⁷⁰. La posición argumentativa del TEDH en la sentencia *Correia*

¹⁶⁸ *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque joined by Judge Sajo, § 43.

¹⁶⁹ Hutchinson, 1999, op. cit. n. 129, pp. 645-646, citando los casos *Brannigan v. UK* (ECtHR serie a/258-B); *Ireland v. UK* (ECtHR Serie A/25).

¹⁷⁰ Boas, 2011, op. cit. n. 94, p. 76.

de *Matos* 2018 parte de la asunción de ciertas causas de limitación como la gravedad del delito o de la pena, o de exclusión en la apelación o la casación de otros aspectos de los derechos del artículo 6 CEDH, que luego no aplica a la autodefensa, respecto de la que admite la exclusión en cualquier caso. Admite también que la justicia global del proceso prevalece sobre el derecho concreto de autodefensa, llegando a concebir que, en abstracto, el ejercicio de la misma daña o pone en riesgo cualquier otra de las garantías del derecho justo. De ahí que a pesar de afirmar que una prohibición absoluta de la autodefensa podría en ciertas circunstancias ser contraria al CEDH termine paradójicamente aceptando que la normativa portuguesa y su aplicación –que niegan totalmente este derecho– son admisibles.

Es bien cierto que el TEDH ha rehusado construir una teoría general de las limitaciones de los derechos, aunque la doctrina ha visto ciertas tendencias en sus pronunciamientos. En concreto y en relación al artículo 6 CEDH, la manera de proceder del Tribunal ha sido etiquetada por algún autor como limitación externa e implícita al derecho: externa porque no es una autolimitación que provenga de la definición del derecho en sí mismo; implícita porque el Convenio no establece un reenvío al Estado para que la defina, sino que es el TEDH el que admite o no la restricción en ausencia de una cláusula específica del convenio. El análisis de la jurisprudencia sobre limitaciones de los *strong rights* como el artículo 6 CEDH pone de manifiesto que el TEDH considera que las restricciones deben estar previstas por la ley y ser proporcionadas en relación con el objetivo legítimo que persiguen, lo cual sigue el patrón de las limitaciones convencionalmente admitidas a los *qualified rights* del propio CEDH (artículos 8 a 11), aunque sin que la jurisprudencia detalle una lista específica de intereses legítimos. En el marco de esa jurisprudencia, Croquet subraya la relevancia del test de “medios menos restrictivos”, que el TEDH ha denominado a veces *strict necessity*. Este criterio por sí mismo y sin necesidad del examen del equilibrio de fines y derechos, podría determinar también la incompatibilidad de una actuación en un caso en concreto con los derechos garantizados en el artículo 6.3 CEDH¹⁷¹, entre ellos el derecho de elección de la modalidad de defensa. Esta argumentación está en línea con la concepción del CDH en el caso *Correia de Matos* en 2006.

¹⁷¹ La limitación de las garantías mínimas del artículo 6.3 CEDH al procedimiento penal y su inaplicación al procedimiento civil sería, en cambio, una limitación interna, pues deriva de la propia definición establecida en el convenio. La limitación del derecho de la autodefensa por ejemplo en la apelación sería una limitación externa, porque no viene prevista como parte de la estructura del derecho en el convenio, e implícita, Croquet, 2011, op. cit. n. 93, pp. 95-96 y pp. 113-117.

En el caso de la sentencia del TEDH de 2018, la clave de bóveda es la noción de “justicia global del proceso”, en la que la Gran Sala se ampara para validar la posición del Estado portugués sin analizar si existen opciones menos restrictivas que garanticen igualmente esa justicia global. Tan sólo afirma que la justicia del proceso está garantizada por la participación del acusado, confundiendo así los derechos de participación con el derecho a la defensa en sentido estricto¹⁷². Con ello se produce en último extremo un sacrificio del derecho individual en el altar del interés general como es concebido en abstracto por el Estado¹⁷³. El CDH consideró determinante esa falta de análisis de necesidad para establecer la violación del PIDCP por Portugal tanto en virtud de su legislación como de la aplicación concreta de la misma en el caso.

Es bien cierto que la autodefensa no se concibe como derecho absoluto en ningún sistema jurídico. Es igualmente cierto, como subraya la Gran Sala, que no hay una posición única en términos de cuáles deben ser las limitaciones admisibles. Pero en lugar de utilizar tal argumento para rechazar con él la existencia de un consenso sobre la admisión del derecho, debiera servir para establecer un control pormenorizado de los hechos del caso y las posibles circunstancias que justifican una limitación del derecho, ya sea en un concepción amplia (*common law*, jurisprudencia de los tribunales penales internacionales) o restringida (derecho continental) del derecho de autodefensa. Por ejemplo, a pesar de que el TEDH fija inicialmente el objeto del caso no en el derecho de autodefensa en general sino en el derecho de autodefensa de quienes tienen formación jurídica¹⁷⁴, no vuelve a realizar una consideración ulterior sobre el valor de ese hecho diferencial para determinar si la limitación de la autodefensa de quien posee formación jurídica está justificada racionalmente en la norma portuguesa y en su aplicación por los tribunales internos.

Sea desde la perspectiva de la justicia global del proceso, sea desde la noción de “interés de la justicia” mencionado en el propio artículo 6.3.c) en relación con el beneficio de justicia gratuita pero que el TEDH elude, el desarrollo normativo y jurisprudencial internacional actual permite afirmar hoy que hay limitaciones del derecho a la autodefensa compatibles

¹⁷² *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, § 160-166.

¹⁷³ Este riesgo de la doctrina del margen de apreciación ya había sido señalado por García Roca, op. cit., n. 128, pp. 178-180.

¹⁷⁴ *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, § 110: “The Court considers, in the light of the parties’ arguments, that the thrust of *the case before it concerns the scope of the right for defendants, with legal training, to defend themselves in person*”, el realce es nuestro.

con ambas nociones, justicia global del proceso e interés de la justicia. Y también permite afirmar que la prohibición absoluta del derecho de autodefensa no es una medida proporcionada o estrictamente necesaria en un Estado democrático.

La noción de interés de la justicia es suficientemente amplia como para incorporar en su seno circunstancias muy diversas¹⁷⁵. Lo mismo ocurre con la noción de “justicia global del proceso”. Deben ser un crisol en el que se concilie la garantía de los derechos del acusado con los derechos de otros sujetos que intervienen en el proceso, como las víctimas o los testigos. Además, pueden incluir una dimensión objetiva de justicia y orden procesal, que está más allá de los derechos concretos de las personas que participan en el proceso. Como afirma Croquet, “*fairness per se represents an individual framework right that includes defence rights, but may also constitute a public interest ground invoked in order to override a minimum guarantee of the rights of the accused*”¹⁷⁶. Esta triple categorización es la que nos permite sistematizar las circunstancias que la legislación y la jurisprudencia, interna e internacional referidas en el trabajo, admiten como limitaciones legítimas al derecho de autodefensa. Algunas de estas circunstancias son aludidas por el juez Bosnjak en su opinión disidente en el caso *Correia de Matos* 2018. En ese contexto de Derecho internacional y comparado, la Gran Sala consideró que las circunstancias que muchos Estados tienen en cuenta a la hora de regular o limitar la autodefensa son criterios que el propio TEDH ha utilizado al analizar otras dimensiones del artículo 6.3, y en concreto, las situaciones en las que debe considerarse que hay que nombrar un abogado de oficio al acusado, aun cuando él no lo haya escogido voluntariamente, en interés de la justicia. Y sin embargo, se abstuvo de entrar en ese examen en relación con el caso para determinar si una medida con menor impacto que la prohibición total era posible, como por ejemplo en el caso de, la formación jurídica del acusado.

Entre las circunstancias que permiten limitar el derecho a la autodefensa *para proteger el derecho al juicio justo del propio acusado* los Estados suelen incluir básicamente:

- a) cuando el acusado no tiene pleno conocimiento o capacidad volitiva para determinar su defensa, en tanto en cuanto no entiende,

¹⁷⁵ Jørgensen, 2004, op. cit. n. 59, pp. 722-723.

¹⁷⁶ Croquet, 2011, op. cit. n. 93, p. 128.

- conoce o comprende el alcance de la decisión y sus consecuencias, por ejemplo en el caso de discapacitados cognitivos o menores¹⁷⁷;
- b) cuando la salud del acusado conlleva retrasos y dilaciones exageradas del proceso que redundan en una dilación indebida del mismo¹⁷⁸;
 - c) cuando el delito es grave o la pena supera un cierto umbral de privación de libertad¹⁷⁹;
 - d) para garantizar la igualdad de armas entre las partes¹⁸⁰;
 - d) cuando el acusado tiene formación jurídica, aunque esta es una circunstancia, valorada de manera diferente e incluso contradictoria en unos y otros órdenes jurídicos. En algunos sistemas, la formación jurídica es un obstáculo cierto para que el acusado desarrolle su propia defensa por no poder mantener la distancia y objetividad requerida, prohibiéndose precisamente en tal caso la autodefensa.

¹⁷⁷ Hashimoto, 2006-2007, op. cit. n. 58, p. 431; Williams, 2006, op. cit. n. 98, p. 558, n. 34. La cuestión será determinar cuándo un acusado tiene capacidad y voluntad de optar por la autodefensa, extremo al que no se presta atención en la jurisprudencia internacional. Como referencia, el estándar exigido en la jurisprudencia de los Estados Unidos es relativamente bajo (*Faretta v. California*, 422 U.S. (1975), par. 807): se exige suficiente conocimiento y capacidad para participar en juicio, y entender el significado de la renuncia a la defensa letrada, pero no necesariamente el entendimiento o conocimiento para realizar una defensa adecuada. En todo caso, son los tribunales en el sistema de *common law* los que verifican el consentimiento del acusado. Véase Tuinstra, Jarinde Temminck “Assisting an Accused to Represent Himself: Appointment of Amici Curiae as the Most Appropriate Option”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, 2006, p. 49; Hashimoto, 2006-2007, op. cit. n. 58, pp. 483-484. Por su parte, la falta de previsión del impacto negativo de la autodefensa en términos procesales es una de las situaciones para las que una correcta construcción de las limitaciones del derecho de autodefensa en interés de la justicia podría ser de utilidad en términos de “justicia global del proceso”.

¹⁷⁸ *Milošević*, Order on the Modalities to be followed by Court Assigned Counsel, Case IT-02-54-T, 3 September 2004, que nombra abogado de oficio para el acusado, y *Milošević v Prosecutor*, Decision on Interlocutory Appeal of the Trial Chamber’s Decision on the Assignment of Defence Counsel, Case IT-02-54AR73-3, 1 November 2004, limitando la decisión de la Sala al momento en el que el estado de salud impida al acusado ejercer su propia defensa. Gunning pone de manifiesto que la composición de la Sala había variado entre la decisión de abril de 2003 y esta de 2004. Gunning, 2006, op. cit. n. 62, p. 17.

¹⁷⁹ Para ciertos delitos en la legislación francesa y alemana según Scharf, 2006, op. cit. n. 84, p. 35.

¹⁸⁰ Ello ha sido elaborado por el TPY especialmente en el caso *Tadić*, como apunta Scharf, 2006, op. cit. n. 84, p. 40; véase también Boas, 2011, op. cit. n. 94, pp. 77-79.

En otros, es la única o una de las pocas circunstancias que legitima el ejercicio del derecho de autodefensa¹⁸¹.

Para proteger los *derechos de aquellos distintos del acusado que también participan en el proceso* se invoca en algunos casos el interés de que no sea el acusado quien interrogue personalmente víctimas o testigos de determinadas categorías (menores) o en el marco de ciertos delitos (por ejemplo, los atentados contra la libertad sexual)¹⁸².

Como *mecanismo de protección de la justicia del proceso como un bien superior*, generalmente se invocan para restringir el derecho de autodefensa:

- a) la actitud obstruccionista del acusado que ejerce la autodefensa¹⁸³;
- b) la complejidad del proceso¹⁸⁴;

¹⁸¹ Tal es el caso de la legislación española, en principio muy restrictiva en relación con el derecho de autodefensa. El CDH no consideró que vulnerara el artículo 14 PIDCP la exigencia de comparecer con procurador ante el Tribunal Constitucional a quienes son legos en Derecho, cuando permite al que tiene formación jurídica la autodefensa, *Torregrosa Lafuente v Spain*, Communication no. 866/1999, UN Doc CCPR/C/72/D/866/1999 (2001).

¹⁸² Es el caso de la legislación británica, como explica Gunning, 2006, op. cit. n. 62 p. 9; igualmente, Williams, 2006, op. cit. n. 98, p. 558, n. 32. En tales casos el acusado no puede actuar directamente; este fue el fundamento para que el TPY nombrase abogado de oficio a Šešelj en un momento del juicio (*Prosecutor v Vojislav Šešelj*, Case IT-03-67-PT, 21 August 2006), aunque luego la Sala de Apelación revocó la decisión por considerar que debía haberse formulado un aviso sobre las consecuencias de su actitud, antes de limitar su derecho a la autodefensa.

¹⁸³ Es uno de los casos de limitación previsto por el TS EEUU como estableció en *Faretta*; igualmente fue la razón aportada en *Barayagwiza* (ICTR-97-19-T), Trial Chamber, 2 November 2000; y en *Krajinisk*, Reasons for Oral Decision Denying Mr. Krajišnik's Request to Proceed Unrepresented by Counsel, Case IT-00-29-T, 18 August 2005, § 24-34. Puede verse Jørgensen, 2004, op. cit. n. 59, p. 717 y 720; Scharf, 2006, op. cit. n. 84, pp. 36-38; Jørgensen, 2006, op. cit. n. 88, p. 67 y pp. 70-71; Williams, 2006, op. cit. n. 98, pp. 576-594, donde analiza los elementos de la actitud obstruccionista: si debe concurrir la voluntad de perjudicar el proceso, y cuál es el umbral que debe superarse para limitar el derecho a la autodefensa, aplicando su análisis al supuesto de Milošević (obstrucción por enfermedad) y Šešelj (obstrucción por no comprender las lenguas del tribunal, no usar ordenador...) por comparación, ante el TPY. Hay autores que consideran que en el caso de los líderes de Estado, juzgados ante los tribunales penales internacionales, el derecho de autodefensa debiera estar siempre limitado, Scharf, M. P., "Do Former Leaders Have an International Right to Self-Representation in War Crimes Trials", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 2005, vol. 20, 3-41. Plantea sus dudas al respecto, Williams, 2006, op. cit. n. 98, p. 554.

¹⁸⁴ En relación con los casos ante los tribunales penales internacionales, Scharf, 2006, op. cit. n. 84, pp. 38-40; Boas, 2011, op. cit. n. 94, pp. 79-81.

- c) la necesidad de garantizar un proceso sin dilaciones indebidas;¹⁸⁵
- c) la exclusión de la autodefensa en el recurso de apelación y/o casación¹⁸⁶.

Conciliar unos y otros derechos e intereses no es fácil¹⁸⁷; en el marco de los tribunales penales, se ha llegado a considerar paternalista la asignación de un abogado de oficio justificándola en el derecho a un juicio justo del acusado (en lugar de valorar la justicia del proceso en su conjunto)¹⁸⁸. En cambio, ciertos autores consideran que la autodefensa debiera autorizarse de manera más restrictiva para evitar el uso “político” que de la misma se ha podido hacer en el marco de tales tribunales¹⁸⁹. En todo caso, y a pesar de la experiencia de los Tribunales ad hoc, el Estatuto de la CPI ha incorporado la misma disposición permitiendo la autodefensa, aunque aún no se ha estrenado.

¹⁸⁵ En el caso *Šešelj*, dado que el acusado decía no entender ninguna de las lenguas oficiales del TPY, su autodefensa requería que todo documento y transcripción se tradujera. Véase Jørgensen, 2004, op. cit. n. 59, p. 723, quien además cita en sentido análogo la opinión del Juez Stephen Reinhardt del Tribunal Supremo de los EEUU en *Farhad v. United States* F.3d 1097 (9th Cir. 1999), pp. 1106-1108. Un análisis de los intereses en juego en la noción de “juicio sin dilaciones indebidas” en relación con la autodefensa puede verse en Williams, 2006, op. cit. n. 98, pp. 572-574. La autodefensa, en todo caso, tiende a generar procesos más largos, Boas, 2011, op. cit. n. 94, p. 55 y pp. 81-82. Véase también Hashimoto, 2006-2007, op. cit. n. 58, p. 430.

¹⁸⁶ El TS EEUU estableció esta limitación sobre la base de la sexta enmienda garantiza-
“trial rights” y no *“appeal rights”*, *Martinez v. Court of Appeal*, 528 U.S. 152 (2000). En tal sentido véase Hashimoto, 2006-2007, op. cit. n. 58, p. 436. Hace referencia en el mismo sentido a la legislación austríaca y alemana, Tuinstra, 2006, op. cit. n. 177, p. 49, n. 8. En cambio, el TPY autorizó la autodefensa de Krajišnik en la fase de apelación (habiéndolo denegado en primera instancia por la actitud obstruccionista del acusado), *Prosecutor v Momčilo Krajišnik Decision on Momčilo Krajišnik’s Request to Self Representation*, Appeals Chamber, 11 May 2007, citado en Zahar, 2008, op. cit. n. 108, p. 253.

¹⁸⁷ Jørgensen, 2004, op. cit. n. 59, p. 724; Jørgensen, 2006, op. cit. n. 88, pp. 69-77; Williams, 2006, op. cit. n. 98, p. 555, para quien es especialmente complejo conciliar el derecho del acusado a su autodefensa y las garantías del proceso justo; Williams, 2006, op. cit. n. 98, pp. 558-559 y 574-575, donde indica que en el caso *Milošević* el TPY no fija una línea clara sobre qué derechos deben prevalecer (acusado, víctimas...) dadas las posiciones diferenciadas de la Sala de Enjuiciamiento y la Sala de Apelación.

¹⁸⁸ Jørgensen, 2006, op. cit. n. 88, p. 69. Algún autor considera que la aproximación global del sistema inquisitorial, tendente a exigir asistencia letrada es paternalista, igualmente, Tuinstra, 2006, op. cit. n. 177, p. 49. A favor de la autodefensa como un ejercicio de la dignidad y autonomía del acusado en el caso *Milošević*, Williams, 2006, op. cit. n. 98, pp. 598-600.

¹⁸⁹ Zahar, 2008, op. cit. n. 108, p. 242; Boas, 2011, op. cit. n. 94, p. 54 y pp. 82-83, abogando por un uso restringido de la autodefensa en los tribunales penales internacionales estableciendo una presunción contraria a la autodefensa.

En este contexto de circunstancias que pueden ser invocadas para excluir la autodefensa sobre la base del “interés de la justicia” o de la justicia global del proceso, se han puesto de manifiesto dos posibles contradicciones.

De un lado, ante la eventual vulneración de otros derechos procesales del acusado en el ejercicio de la autodefensa, los tribunales penales internacionales se han dividido entre la resistencia a asumir la labor de garantía de los derechos del acusado¹⁹⁰, por considerar que era el coste a asumir al optar por la autodefensa, y la necesidad de proteger tales derechos¹⁹¹.

De otro lado, algunos tribunales penales internacionales y la doctrina han puesto de manifiesto la contradicción entre el nombramiento de abogado de oficio contra la voluntad expresa del acusado, y la justicia del proceso¹⁹². Dado el relevante papel de la defensa legal en el procedimiento penal y la relación de confianza, protegida incluso por el secreto de comunicaciones, entre defensa y acusado, una defensa que no cuenta con la colaboración del defendido no supera los umbrales mínimos de una defensa efectiva que garantice la justicia del proceso. En el caso *Correia de Matos* 2018 esta consideración es apuntada por los jueces Tsotsoria, Motoc y Mits¹⁹³.

Por eso, la idea de establecer figuras de asesoría legal a las que han recurrido el TPY y el TESS es tan relevante y ha sido bien acogida por parte de la

¹⁹⁰ *Sam Hinga Norman*, Decision on the Application of Samuel Hinga Norman for Self-Representation Under Art. 17 (4) (d) of the Statute of the Special Court, Case SCSL-04-14-T, 8 June 2004.

¹⁹¹ *Prosecutor v. Milošević*, Decision on Appeal by *Amici Curiae*, Case IT-02-54-AR73.6, 20 January 2004, para 19: “*There is no doubt that, by choosing to conduct his own defence, the Accused deprived himself of resources a well-equipped legal defence team could have provided. A defendant who decides to represent himself relinquishes many of the benefits associated with representation by counsel. The legal system’s respect for a defendant’s decision to forgo assistance of counsel must be reciprocated by the acceptance of responsibility for the disadvantages this choice may bring. Where an accused elects self-representation, the concerns about the fairness of the proceedings are, of course, heightened and a Trial Chamber must be particularly attentive to its duty of ensuring that the trial be fair*”.

¹⁹² En relación con las decisiones en el caso *Milošević*, Jørgensen, 2004, op. cit. n. 59, p. 724. La cuestión parece haber sido de especial relevancia con respecto al TESS, pues muchos acusados han rehusado comparecer y colaborar en su defensa, Jørgensen, 2006, op. cit. n. 88, pp. 73-75. Nowak al comentar el artículo 14.3.d) PIDCP invoca jurisprudencia en relación con la violación de las garantías del proceso en casos de penal capital y defensa de oficio nombrada en contra de la voluntad del acusado sin permitirle la autodefensa, Nowak, 2005, op. cit., n. 23, p. 340.

¹⁹³ *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, Joint Dissenting Opinion of Judges Tsotsoria, Motoc y Mits, § 37-41.

doctrina¹⁹⁴. Como consecuencia de esta tendencia, cuando se crea el Tribunal Especial para el Líbano en 2009 se incorpora una previsión específica en el artículo 59 del Reglamento de Procedimiento y Prueba. Estas figuras no son defensa en el sentido procesal, aunque el TPY ha llegado a aceptar la capacidad de los *amici curiae* de interponer una apelación¹⁹⁵. El asesoramiento legal bajo figuras diversas puede garantizar el interés de la justicia en el sentido de igualdad de armas del acusado, para que no se vea perjudicado por la falta de conocimiento procesal o sustantivo, como también admite el propio Reglamento de Procedimiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su artículo 36.2 *in fine* (ver anexo final). De forma significativa, además, esta figura permite solventar las restricciones de un acusado que esté en detención preventiva, como la falta de medios materiales, de libertad para entrevistarse con testigos o peritos, la limitación de sus comunicaciones en prisión, así como resolver los conflictos de derechos de terceros, que pudieran verse afectados en el proceso, especialmente, las víctimas. Estas figuras permiten que bajo la dirección del acusado sea el consejero quien interroge a víctimas y testigos, evitando así la confrontación directa entre estos y el acusado¹⁹⁶. No obstante también hay voces críticas frente a esta figura, por ser una variante no prevista por los textos internacionales de derechos humanos¹⁹⁷ o por suponer incluso una limitación “excesiva” del derecho de autodefensa¹⁹⁸.

La práctica de los tribunales penales internacionales es igualmente relevante a la hora de reflexionar sobre las nociones complejidad del caso y la gravedad de los delitos y eventuales penas como motivos para limitar el derecho de autodefensa. Los procesos ante estos tribunales siempre son complejos y siempre implican delitos y penas de privación de libertad graves¹⁹⁹. Aún así, estos tribunales penales internacionales han sido extremadamente cautos a la hora de restringir el derecho a la autodefensa, pues como afirma Tuinstra, en el marco de estos procesos también hay que cumplir con los derechos reconocidos en sus Estatutos y los tratados internacionales, incluido

¹⁹⁴ Jørgensen, 2006, op. cit. n. 88, pp. 71-73; Scharf, 2006, op. cit. n. 84, p. 35, citando a Bassiouni, M. C., “Human Rights in the Context of Criminal Justice: Identifying International Procedural Protections and Equivalent Protections in National Constitutions”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, 1993, p. 238; Williams, 2006, op. cit. n. 98, p. 600-602. Un análisis de las ventajas e inconvenientes de las distintas figuras, en Tuinstra, 2006, op. cit. n. 177, pp. 47-63.

¹⁹⁵ *Prosecutor v. Milošević*, Decision on Appeal by *Amici Curiae*, Case IT-02-54-AR73.6, 20. January 2004, Jørgensen, 2004, op. cit. n. 59, p. 719.

¹⁹⁶ Hashimoto, 2006-2007, op. cit. n. 58, p. 431, 485.

¹⁹⁷ Jørgensen, 2004, op. cit. n. 59, pp. 724-725.

¹⁹⁸ Williams, 2006, op. cit. n. 98, p. 555.

¹⁹⁹ Scharf, 2006, op. cit. n. 84, p. 39.

el derecho de autodefensa²⁰⁰. Es obvio que estos Tribunales penales internacionales parten de una visión modelada conforme al sistema adversarial.

Para concluir, este conjunto de supuestos, variado, pormenorizado, es a nuestro entender la base de un consenso: si las limitaciones a la autodefensa deben tener una causa, razonada y proporcional, es porque existe un derecho a la autodefensa que no puede ser excluido sin justificación concreta. Esa justificación, además de estar prevista en una norma legal –criterio básico para admitir las limitaciones a los derechos del CEDH conforme a la jurisprudencia del Tribunal– debe ser apreciada en relación con las circunstancias del caso concreto, como ponen de manifiesto muchas de las causas de limitación contempladas (actitud del acusado en el proceso, conocimiento del acusado de las consecuencias, gravedad del delito o de la pena, instancia procesal...). El concepto de interés de la justicia o de la justicia global del proceso no son altares de sacrificio del derecho a la autodefensa en todo caso. Su invocación debe siempre proteger un contenido mínimo del derecho. Por tanto, y pro futuro, el TEDH tiene la obligación de realizar un análisis más detallado de la justificación invocada por el Estado en el uso del margen de apreciación como en la aplicación concreta de supuestos en los que otro derecho (del acusado, de otra parte del proceso). Igualmente debe valorar si la justicia global del proceso o la justicia global del proceso está mejor protegida al excluir la autodefensa.

La concepción de partida del derecho de defensa del TEDH en el asunto *Correia de Matos*, sujeto a la potestad normativa ilimitada del Estado, la negación de un consenso cuando menos *in fieri* sobre el derecho de autodefensa como derecho individual frente a tal concepción, la amplitud del margen de discrecionalidad concedido, la falta de análisis de la “justicia global del proceso” en términos de proporcionalidad de la restricción del derecho so capa de un concepto abstracto y no analizado en concreto y la confusión del derecho de participación con el derecho de defensa, llevan a juzgar críticamente la decisión de la Gran Sala y apreciar como positivo al menos la división del TEDH en la cuestión. Quizás en un caso futuro se invierta la distribución de votos y el TEDH consolide una posición diferente en torno al derecho de autodefensa y, en general, a su concepción del derecho a la defensa. Ello redundará sin duda en una menor fragmentación del Derecho internacional de los derechos humanos en relación con los derechos del proceso justo, que ahora abordamos. Entretanto, el mismo hecho de encontrar un TEDH dividido por mitad en relación con este derecho pone de relieve el interés de estas reflexiones.

²⁰⁰ Tuinstra, 2006, op. cit. n. 177, p. 62.

6. ¿PROTECCIONISMO Y FRAGMENTACIÓN? LA CONVIVENCIA E INTERACCIÓN ENTRE SISTEMAS DE PROTECCIÓN

El derecho a la autodefensa es un derecho en sí mismo, que consagra los valores de dignidad humana, integridad física y autonomía personal del acusado en el proceso penal, como afirman los jueces Pejchal y Wojtczek²⁰¹. Ese es nuestro punto de partida, que contradice la posición adoptada por el TEDH en el primer caso en el que debe afrontar de manera directa esta modalidad de defensa. Al asumir y extrapolar su jurisprudencia relativa a la justificación de las normas estatales que regulan la asistencia letrada de oficio, sin realizar un análisis sistemático del conjunto de derechos y facultades relativas a la defensa, vacía de contenido toda virtualidad de la letra, espíritu y finalidad del derecho individual de defensa en el marco del proceso penal, so capa de una genérica invocación de la justicia global del proceso y una escasa auditoría del proceso y espíritu de las normas portuguesas.

No cabe duda de que la autodefensa puede resultar controvertida: las citas con las que iniciamos el trabajo lo ponen de manifiesto. De un lado, se confunde la finalidad de la autodefensa con la de la participación en el proceso. De otro lado, los prejuicios negativos sobre el impacto de una defensa “no letrada” son históricos. Sin embargo, la letra y el espíritu del CEDH, del PIDCP, de la Convención Americana y de los Estatutos de los Tribunales penales internacionales no hace sino recordarnos otra visión: la de la autonomía de la voluntad del acusado como sujeto del proceso, quien a la postre decide y asume las consecuencias procesales de sus decisiones.

El derecho a la opción en la defensa, además de garantizar la justicia del proceso, garantiza la esfera de autonomía personal para actuar en el proceso como sujeto y no como objeto, para escoger y definir opciones fundamentales como declararse culpable o inocente, declarar o no, recusar la imparcialidad de los jueces... El acusado, y no un abogado, es quien sobrellevará las consecuencias de estas decisiones, por lo que sus decisiones y su participación es relevante por sí misma como expresión de su dignidad y autonomía²⁰². Como afirmó el Juez Bosnjak en su opinión disidente en

²⁰¹ *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, Joint Dissenting Opinion of Judges Pejchal and Wojtczek, para. 2.

²⁰² *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, Joint Dissenting Opinion of Judges Pejchal and Wojtczek, § 1-3. En el mismo sentido, Williams, 2006, op. cit. n. 98, pp. 598-599. Por su parte, Assy, 2015, op. cit. n. 1, p. 190-191, considera que el TEDH en la sentencia de 2001 ya endosó una interpretación “*outcome oriented*” del derecho (hacia la justicia

Correia de Matos 2018 esa es la posición del TEDH en relación con otros derechos procesales, como el derecho a guardar silencio, o el principio de igualdad de armas²⁰³, que no se ven “rectificados” o excluidos porque el Estado considere que pueden eventualmente perjudicar los propios intereses del acusado o perjudicar “la justicia global del proceso”. Una posición distinta puede ser tachada de paternalista²⁰⁴.

Es cierto que las tradiciones en torno al derecho a la autodefensa son dispares y que puede concebirse de una manera más o menos amplia la limitación de la misma. Pero una cosa es la limitación, siempre bajo una justificación y una aplicación al caso concreto, cuya necesidad y proporcionalidad sea fiscalizada por el TEDH y otra cosa es extender un cheque en blanco al Estado para que borre la propia letra del CEDH.

Esas dos tradiciones –inquisitorial y adversarial– están presentes también en otros instrumentos internacionales que incluyen los derechos de defensa y cuyos órganos de interpretación sostienen posiciones variadas como el Comité de Derechos Humanos o los tribunales penales internacionales. En este sentido, las dos decisiones del TEDH en *Correia de Matos*, pero en especial la segunda de ellas, parecen importar al interior del Derecho internacional de los derechos humanos los debates ya existentes sobre fragmentación del Derecho internacional. La convivencia de una pluralidad de sistemas de protección de derechos humanos conlleva riesgos de interpretación dispar y establecimiento de estándares diferenciados, tanto en el concepto o núcleo del derecho como en los aspectos de prueba y

global del proceso), más que “*individual-centred, autonomy-driven, or concerned with intrinsically valuable process values*”, concluyendo que “*it could be arguable that the public interest in the proper administration of justice could accommodate greater deference to the defendants’ preferences that that exhibited by the ECtHR’s jurisprudence*”.

²⁰³ *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, Dissenting Opinion of Judge Bosnjak, § 4-5.

²⁰⁴ *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, Dissenting Opinion of Judge Bosnjak, § 8: “*we agree that the assistance of a lawyer is typically beneficial to the accused from the perspective of the most favourable outcome of a criminal case. The lawyer approaches the case with the distance required in order to choose the best defence strategy, and acts free from the personal stress stemming from the possibility of a conviction. However, the present case raises the fundamental question whether the State may limit the rights of an individual in order to protect him from his own irrational behaviour. Such an approach is called paternalism. We do not rule out the possibility that the State may impose such restrictions. However, in our view, the interests of the accused cannot justify the restriction of his personal autonomy to the extent provided for in the Portuguese law. If one follows the logic of the majority one might well accept that citizens may be better protected if, instead of taking part in person in political life and exercising their own political rights, they leave this task to those who are dispassionate and technically prepared*”. Como se ha citado ya, parte de la doctrina considera que el régimen continental de limitación excesiva de la autodefensa es paternalista.

justificación de las limitaciones, como se pone claramente de relieve en los casos en estudio. Pero incluso en el ámbito de este debate sobre la fragmentación y la pluralidad de órganos de control de derechos humanos, es significativo el distinto tratamiento que hace la Gran Sala de los elementos recopilados como parte del Derecho internacional aplicable al caso (“*Relevant International Law and Practice*” and “*Relevant European Union Law*”).

La Gran Sala reconoce que el CEDH no puede interpretarse en un vacío, y conforme al artículo 31.3.c) de la Convención de Viena de Derecho de Tratados de 1969, debe interpretarse a la luz de otras normas de Derecho internacional, incluidas las relativas a derechos humanos²⁰⁵, como es jurisprudencia constante. Son tres los conjuntos “normativos” y/o jurisprudenciales a los que la sentencia de 2018 se refiere.

En primer lugar, el Derecho de la Unión Europea, y de manera específica la CDFUE y la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales. Dado que la CDFUE remite al CEDH, la Gran Sala sienta reforzada su autoridad con la mención de la misma. Y por ello, utiliza la Directiva 2013/48 para apoyar su visión de la autodefensa como “renuncia al derecho de asistencia letrada”, verdadera esencia para el TEDH de la garantía de la justicia del proceso²⁰⁶, cuando la realidad es que esta directiva no aborda ni menciona en forma alguna la autodefensa, sino tan sólo la defensa letrada y el beneficio de justicia gratuita en su caso.

En segundo lugar, la Gran Sala recurre al artículo 14 del PIDCP y la interpretación que del mismo hace el CDH en su opinión de 2006 en el asunto *Correia de Matos*, incorporada luego al Comentario General n° 32 sobre dicho artículo, aprobado en 2007²⁰⁷. En este caso, y puesto que el sentido dado por el CDH diverge radicalmente de la posición mayoritaria de la Gran Sala, esta intenta subrayar las diferencias en la redacción y alcance de otras garantías de la defensa (como el alcance del derecho de acceso a un tribunal en relación con la apelación) entre el CEDH y el PIDCP y su interpretación por el TEDH y el CDH²⁰⁸, respectivamente, para justificar que no tiene que asumir la interpretación del Comité en este caso.

²⁰⁵ *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, § 134.

²⁰⁶ *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, § 76-80, leídos conjuntamente con § 137 de la argumentación.

²⁰⁷ *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, § 62-72, leídos conjuntamente con § 133-135 de la argumentación.

²⁰⁸ Argumento en todo caso discutido por el Juez Pinto de Albuquerque en su opinión disidente, § 27-31.

Es cierto que el TEDH mantiene una relación ambivalente con el CDH. Pero a menudo ha sido más proclive a una interpretación mejor alineada con el CDH, sobre el que incluso se ha apoyado en otras ocasiones²⁰⁹. En general, el TEDH es mucho más receptivo a las interpretaciones del CDH que a la jurisprudencia de otros regímenes de derechos humanos. Y es consciente de la necesidad de evitar la fragmentación interpretativa. En 2016, McGoldrick, escribió en relación a las decisiones de 2001 (TEDH) y 2006 (CDH) en el asunto *Correia de Matos* que si la noción de margen de apreciación llevaba al TEDH a considerar conforme con el CEDH lo que el CDH había considerado violación conforme al PIDCP, la situación sería problemática o pondría de manifiesto una “mala” interpretación del margen de apreciación²¹⁰. Parece a todas luces que la Gran Sala no ha hilado fino en 2018.

En tercer lugar, la Gran Sala incorpora en su análisis del Derecho y la práctica internacional la referencia a los tribunales penales internacionales. En concreto, se refiere a los Estatutos del TPY y del TPR, subrayando en el caso de este último su facultad expresa de nombrar abogado de oficio en interés de la justicia conforme a la regla 45^{quater} del Reglamento de Procedimiento y Prueba (aunque no de manera neutra). El TEDH alude a la existencia de varios casos en los que los acusados han ejercido el derecho de autodefensa, pero no cita ninguno de ellos ni examina cómo los tribunales penales internacionales han interpretado liberalmente este derecho, permitiendo escasas limitaciones a los mismos²¹¹. Además, descartó mencionar el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que admite de manera amplia la autodefensa a pesar de las posibles reacciones en contra que pudo suscitar la experiencia previa de los demás Tribunales penales internacionales, y cuyo Reglamento no ha incorporado la disposición relativa a la facultad de nombrar abogado de oficio (aunque se pueda entender como poder implícito). Y, si es así de escaso su acercamiento a estos tribunales al enunciar las normas, en su argumentación posterior de aplicación al caso ignora totalmente estos antecedentes y no los tiene en cuenta al examinar la existencia o no de consenso general sobre el derecho de autodefensa, que permitiera una interpretación evolutiva, o no, del Convenio²¹². Este extremo es ciertamente

²⁰⁹ Forowicz, 2010, op. cit., n. 6, pp. 154-189, analizando de un lado los casos en los que ambos órganos han trabajado sobre los mismos asuntos y, por otro, los casos en los que cada uno de estos órganos han fundamentado su interpretación de un derecho en las opiniones y/o decisiones del otro.

²¹⁰ McGoldrick, 2016, op. cit. n. 6, p. 55.

²¹¹ *Correia de Matos*, STEDH GS 2018, §73.

²¹² Sobre la función del consenso como motor de la interpretación evolutiva, Pascual Vives, 2014, op. cit. n. 149; McGoldrick, 2016, op. cit. n. 6, pp. 28-32.

criticado por el Juez Pinto de Albuquerque, quien desgrana los casos más relevantes de jurisprudencia del TPY (*Milošević, Šešelj, Krajišnik*) y del Tribunal Especial para Sierra Leona (*Norman*) para apuntalar la noción de consenso general sobre el derecho de autodefensa.

Para concluir, más allá del contexto concreto y de la ofensa del Sr. Correia de Matos, la sentencia de 2018 constituye un hito a nuestro entender regresivo en la jurisprudencia del TEDH.

De un lado, la interpretación del derecho a la autodefensa como derecho de base legal y no convencional, como derecho dimanante de la forma de entender la justicia del proceso por el Estado –sea en su legislación o en la actuación de sus tribunales–, así como la aplicación específica de la noción de margen de apreciación del Estado, de consenso y de interés general de la justicia en el caso, muestran una concepción proteccionista y tuitiva del Estado sobre el individuo. Ello quiebra con la propia naturaleza de los derechos humanos como ámbito de libertad y autonomía, protegida frente a la intervención del Estado. Ello traiciona la función del TEDH de garante de los derechos individuales frente a la soberanía del Estado, y contradice la manera de entender el derecho de defensa como un derecho individual de opción entre diferentes modelos, protegido por el beneficio de la gratuidad para aquellos que no tienen recursos en los supuestos que el Estado considere imprescindibles en interés de la justicia. El reconocimiento de un margen de apreciación en la regulación del Estado de las distintas manifestaciones del derecho a la defensa –defensa por uno mismo, defensa letrada de elección, supuestos de defensa de oficio y defensa gratuita– no es en sí contrario al Convenio. Como tal, la jurisprudencia acumulada y previa del TEDH no sería cuestionable si el TEDH se reservase el control sobre la noción de “justicia del proceso” en aras de la cual la legislación del Estado restringe el derecho. Y, en todo caso, la jurisprudencia previa sobre un aspecto distinto del derecho de defensa –la regulación por el Estado de los supuestos de nombramiento de abogado de oficio y/o el beneficio de justicia gratuita– no debieran justificar el camino que sigue el TEDH para, sobre su base, validar cualquier tipo de normativa estatal, incluso aquella que prohíbe en toda circunstancia la elección del acusado de cómo debe ser su defensa legal.

Si bien, hay casos en los que la legislación estatal restrictiva puede estar amparada por la “justicia del proceso”, el problema en la jurisprudencia *Correia de Matos* es que valida la prohibición absoluta de la defensa del individuo, despojándolo de su derecho conforme a lo recogido en el CEDH

y transformándolo es un derecho del Estado a escoger la forma de defensa en toda circunstancia, sin un examen de la necesidad y proporcionalidad de la limitación absoluta (vaciamiento del derecho).

De otro lado, la senda seguida por el TEDH para abordar otras interpretaciones de este derecho en otros sistemas jurídico-internacionales (sea el PIDCP interpretado por el CDH o sean los tribunales penales internacionales) ahonda ese riesgo de fragmentación. Es bien cierto que existen tradiciones diversas en relación con la autodefensa, pero con los propios criterios de control de las limitaciones de los derechos (recurso al control del margen de apreciación sobre la base de las nociones de necesidad y proporcionalidad) el TEDH hubiera podido decidir que la normativa portuguesa –excepcionalmente restrictiva en el conjunto de los Estados del Consejo de Europa– no garantizaba un umbral mínimo, un ámbito mínimo de aplicación del derecho de autodefensa tal y como se enuncia en el CEDH como opción del derecho de defensa del acusado en el proceso penal.

La fragmentación del ordenamiento internacional existe. La existencia de numerosos órganos de interpretación puede aumentarla o reducirla, depende de la actitud “dialogante” de los mismos para reflexionar sobre las aproximaciones previas de otros tribunales y/o órganos de control²¹³. En este caso el TEDH conscientemente ha mantenido una brecha y distancia. Sin embargo, una perspectiva crítica como la que pretendemos no puede omitir el dato de que la sentencia de 2018 del TEDH fue adoptada por 9 votos contra 8. Es seguramente una fase intermedia hacia una evolución jurisprudencial futura en relación con el derecho de autodefensa. Dicha evolución debiera servir para ir más allá de lo expresado en las opiniones disidentes y formular una revisión profunda de la interpretación del concepto de “justicia global del proceso” usado por el TEDH y para articular una comprensión global e integrada de los distintos derechos y prerrogativas recogidos en el artículo 6.3.c) del Convenio.

²¹³ Decaux, 2011, op. cit. n. 12, p. 608: “*All recent theories concerning the ‘common traits of international justice’ mention dialogue between judges as a remedy to these latent contradictions. (...) Filing this, the proliferation of judicial or quasi-judicial bodies can only lead to a proliferation of interpretations, with the risk of a relativism that can only discredit the still fragile idea of ‘international justice’.*”

7. ANEXO DE TEXTOS LEGALES SOBRE EL DERECHO A DEFENDERSE UNO MISMO

7.1. *Textos internacionales (ordenados cronológicamente)*

Documento	Artículos
<p>Declaración Universal de los Derechos Humanos 1948 Sin mención expresa</p>	<p>Artículo 10. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.</p> <p>Artículo 11. 1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. 2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.</p>
<p>Declaración Americana 1948 Sin mención expresa</p>	<p>Artículo 26. Derecho a proceso regular. Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas.</p>
<p>Convenio Europeo de Derechos Humanos 1951 Artículo 6</p>	<p>Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo. 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.</p>

Documento	Artículos
	<p>2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.</p> <p>3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:</p> <p>a) A ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él.</p> <p>b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.</p> <p>c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.</p> <p>d) ...</p>
<p>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1966 Artículo 14</p>	<p>Artículo 14</p> <p>1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.</p> <p>2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.</p> <p>3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:</p> <p>a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;</p> <p>b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;</p>

Documento	Artículos
	<p>c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;</p> <p>d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;</p> <p>e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;</p> <p>f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;</p> <p>g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.</p> <p>h) ...</p>
<p>Convención Americana de Derechos Humanos 1969 Artículo 8</p>	<p>Artículo 8. Garantías Judiciales</p> <p>1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.</p> <p>2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:</p> <p>a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;</p> <p>b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;</p> <p>c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;</p> <p>d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;</p> <p>e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;</p> <p>... y sigue</p>

Documento	Artículos
<p>Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea 2007²¹⁴</p> <p>Artículo 47 Artículo 48</p>	<p>Artículo 47 Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.</p> <p>Artículo 48 Presunción de inocencia y derechos de la defensa 1. Todo acusado se presume inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada legalmente. 2. Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa.</p>
<p>Directiva EU 2013/48²¹⁵</p> <p>Artículo 3 y artículo 10 para orden de entrega inmediata</p>	<p>Artículo 3. Derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales 1. Los Estados miembros velarán por que los sospechosos y acusados tengan derecho a ser asistidos por un letrado en el momento y del modo que les permita ejercer sus derechos de defensa en la práctica y de manera efectiva. Artículo 13 Personas vulnerables Los Estados miembros garantizarán que, cuando se aplique la presente Directiva, se tomen en consideración las necesidades específicas de los sospechosos y acusados que sean vulnerables.</p>

²¹⁴ Explicaciones de la CDFUE.

Art. 47: (texto seleccionado y no completo) En el Derecho de la Unión, el derecho a un tribunal no se aplica únicamente a litigios relativos a derechos y obligaciones de carácter civil. Es una de las consecuencias del hecho de que la Unión sea una comunidad de Derecho, tal y como lo hizo constar el Tribunal de Justicia en el asunto 294/83, *Les Verts c. Parlamento Europeo* (sentencia de 23 de abril de 1986, Rec. 1986, p. 1339). No obstante, salvo en lo referente a su ámbito de aplicación, las garantías ofrecidas por el CEDH se aplican de manera similar en la Unión.

Art. 48: El artículo 48 coincide con los apartados 2 y 3 del artículo 6 del CEDH. De conformidad con el apartado 3 del artículo 52, este derecho tiene el mismo sentido y alcance que el derecho garantizado por el CEDH.

7.2. Normas de procedimiento internacionales

Documento	Artículos
<p>Reglamento de Procedimiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Artículo 36</p>	<p>Artículo 36. Representación de los demandantes (conforme a redacción de 7 de julio de 2003)</p> <p>2. Una vez que se ha dado traslado de la demanda a la Parte Contratante demandada, según lo previsto en el artículo 54 § 2 b) del presente Reglamento, el demandante deberá estar representado de conformidad con lo que dispone el apartado 4 del presente artículo, salvo que el Presidente de la Sala decida otra cosa.</p> <p>3. El demandante deberá estar así representado en todas las vistas que acuerde convocar la Sala, salvo que el Presidente de la misma autorice excepcionalmente al demandante a presentar él mismo su causa, sin perjuicio, en caso de necesidad, de que sea auxiliado por un abogado u otro representante acreditado.</p> <p>4. a) El representante que actúe por cuenta del demandante en virtud de los apartados 2 y 3 del presente artículo deberá ser un abogado habilitado para ejercer en cualquiera de las Partes Contratantes y residir en el territorio de una de ellas, u otra persona autorizada por el Presidente de la Sala.</p>
<p>Reglas de Procedimiento del Comité de Derechos Humanos²¹⁶ Artículo 96 Artículo 98</p>	<p>96.b) ... Normalmente, la comunicación deberá ser presentada por la propia persona o por un representante suyo</p> <p>98.2 2.El Comité, si ha declarado inadmisibile una comunicación en virtud del artículo 5, párrafo 2, del Protocolo Facultativo, podrá reconsiderar ulteriormente esa decisión si la persona interesada u otra persona que actúe en su nombre presentan por escrito una petición en la que se indique que ya no se dan los motivos de inadmisibilidad mencionados en el artículo 5, párrafo 2.</p>

²¹⁵ Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, *DO L 294* de 6.11.2013, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2013/48/oj>.

²¹⁶ En varios artículos se hace referencia a que es la víctima o su representante quien presenta la comunicación y a quien se comunica la decisión.

Documento	Artículos
<p>Estatuto del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia Artículo 21</p>	<p>Artículo 21. Derechos del acusado (...) 4. El acusado, en la sustanciación de cualquier cargo que se le impute conforme al presente Estatuto, tendrá derecho, en condición de plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o a ser asistido por un defensor de su elección; a ser informado, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo; y siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;</p>
<p>Estatuto del Tribunal Penal para Ruanda Artículo 20</p>	<p>Artículo 20. Derechos del acusado (...) 4. El acusado, en la sustanciación de cualquier cargo que se le impute conforme al presente Estatuto, tendrá derecho, en condición de plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o a ser asistido por un defensor de su elección; a ser informado, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo; y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;</p>
<p>Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona Artículo 17</p>	<p>Article 17 Rights of the accused 1. All accused shall be equal before the Special Court. 2. The accused shall be entitled to a fair and public hearing, subject to measures ordered by the Special Court for the protection of victims and witnesses. 3. The accused shall be presumed innocent until proved guilty according to the provisions of the present Statute. 4. In the determination of any charge against the accused pursuant to the present Statute, he or she shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality: a. To be informed promptly and in detail in a language which he or she understands of the nature and cause of the charge against him or her; b. To have adequate time and facilities for the preparation of his or her defence and to communicate with counsel of his or her own choosing; c. To be tried without undue delay;</p>

Documento	Artículos
	<p>d. To be tried in his or her presence, and to defend himself or herself in person or through legal assistance of his or her own choosing; to be informed, if he or she does not have legal assistance, of this right; and to have legal assistance assigned to him or her, in any case where the interests of justice so require, and without payment by him or her in any such case if he or she does not have sufficient means to pay for it;</p> <p>e. To examine, or have examined, the witnesses against him or her and to obtain the attendance and examination of witnesses on his or her behalf under the same conditions as witnesses against him or her;</p> <p>f. To have the free assistance of an interpreter if he or she cannot understand or speak the language used in the Special Court;</p> <p>g. Not to be compelled to testify against himself or herself or to confess guilt.</p>
<p>Estatuto de la Corte Penal Internacional Artículo 67</p>	<p>Artículo 67. Derechos del acusado</p> <p>1. En la determinación de cualquier cargo, el acusado tendrá derecho a ser oído públicamente, habida cuenta de las disposiciones del presente Estatuto, y a una audiencia justa e imparcial, así como a las siguientes garantías mínimas en pie de plena igualdad:</p> <p>a) A ser informado sin demora y en forma detallada, en un idioma que comprenda y hable perfectamente, de la naturaleza, la causa y el contenido de los cargos que se le imputan;</p> <p>b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse libre y confidencialmente con un defensor de su elección;</p> <p>c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;</p> <p>d) Con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 63, el acusado tendrá derecho a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección, a ser informado, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente si careciere de medios suficientes para pagarlo;</p> <p>e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas con-</p>

Documento	Artículos
	<p>diciones que los testigos de cargo. El acusado tendrá derecho también a oponer excepciones y a presentar cualquier otra prueba admisible de conformidad con el presente Estatuto; (...)</p>
<p>Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional Regla 21</p>	<p>Regla 21 Asignación de asistencia letrada</p> <p>1. Con sujeción al párrafo 2 c) del artículo 55 y el párrafo 1 d) del artículo 67, los criterios y procedimientos para la asignación de asistencia letrada serán enunciados en el Reglamento sobre la base de una propuesta del Secretario previa consulta con el órgano representativo independiente de asociaciones de abogados o jurídicas a que se hace referencia en la subregla 3 de la regla 20.</p> <p>2. El Secretario confeccionará y mantendrá una lista de abogados que reúnan los criterios enunciados en la regla 22 y en el Reglamento. Se podrá elegir libremente un abogado de esta lista u otro abogado que cumpla los criterios exigidos y esté dispuesto a ser incluido en la lista.</p> <p>3. Se podrá pedir a la Presidencia que revise la decisión de no dar lugar a la solicitud de nombramiento de abogado. La decisión de la Presidencia será definitiva. De no darse lugar a la solicitud, se podrá presentar al Secretario una nueva en razón de un cambio en las circunstancias.</p> <p>4. Quien opte por representarse a sí mismo lo notificará al Secretario por escrito en la primera oportunidad posible.</p> <p>5. Cuando alguien aduzca carecer de medios suficientes para pagar la asistencia letrada y se determine ulteriormente que ese no era el caso, la Sala que sustancie la causa en ese momento podrá dictar una orden para que se reintegre el costo de la prestación de asesoramiento letrado.</p>

7.3. *Textos nacionales*

Documento	Artículos
<p>Constitución Española 1978²¹⁷ Sin mención expresa</p>	<p>Artículo 17.3: Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.</p>
<p>Constitución de los Estados Unidos de América Sin mención expresa</p>	<p>Amendment VI In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense.</p>

²¹⁷ La jurisprudencia en la materia es escasa, pero puede verse la STC 29/1995, de 6 de febrero (*BOE* núm. 59, de 10 de marzo de 1995), ECLI:ES:TC:1995:29, en el que se deniega el amparo confundiendo las argumentaciones y finalidades del derecho a defenderse a uno mismo y el derecho a ser oído y participar en el proceso. Con posterioridad la STC 143/2001, de 18 de junio de 2001 (*BOE* núm. , de 17 de julio de 2001), ECLI:ES:TC:2001:143, concede amparo porque el acusado en juicio de faltas que ejercía su derecho a la auto-defensa no había podido interrogar debidamente ni al denunciante ni a los testigos. Ninguna de las sentencias entra a valorar la restrictiva concepción de la autodefensa en el ordenamiento español.