



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Auto de 7 de julio de 2017

Sala de lo Penal

Rec. n.º 10745/2016

SUMARIO:

Procedimiento penal. Derecho de defensa. Derecho de asistencia letrada eficaz. Nulidad de designación de abogado. El proceso penal del Estado de Derecho se estructura sobre la base del principio acusatorio y de la presunción de inocencia. Para que su desarrollo respete las exigencias de un proceso justo, o en términos del artículo 24.2 de la Constitución, de un proceso con todas las garantías, es necesario que el imputado conozca la acusación y pueda defenderse adecuadamente de la misma. Por ello, el derecho de defensa (asistencia letrada), como derecho reconocido a cualquier imputado, resulta esencial o nuclear en la configuración del proceso, y su actuación se configura como un requisito procesal por cuyo cumplimiento debe velar el propio órgano judicial. En este caso el órgano judicial anula la designación de abogado de oficio a un recurrente en casación al apreciar «una falta absoluta de defensa» en su recurso, que califica como «collage de consideraciones jurídicas» «carentes de ligazón discursiva» y «huérfanas» de correspondencia con las objeciones que plantea, sosteniendo en ocasiones «una cosa y su contraria». La voluntad del condenado de que su condena sea revisada judicialmente se ha saldado con la presentación meramente formal o aparente de un recurso, ya que la específica actuación profesional desplegada, por desatender el análisis de la realidad fáctica y jurídica plasmada en la sentencia, no posibilita la revisión de la sentencia condenatoria en los términos que son inherentes al desacuerdo expresado por el acusado. Por más que la misión de velar por la presencia del derecho de defensa en el proceso penal corresponda al Tribunal Constitucional, no se excluye la obligación de su tutela general por los tribunales de justicia (como dice el artículo 41.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), siendo estos quienes están en condiciones de examinar si la defensa fue intrínsecamente adecuada o idónea o bien en flagrante infracción del principio de defensa (sin que ello suponga una intromisión judicial en la defensa y su estrategia). La mera designación de un letrado no garantiza por sí misma la efectividad del auxilio, ya que, de lo contrario, si el abogado eludiese sus deberes de defensa, se amenazaría con convertir la asistencia jurídica gratuita en una palabra vacía. Por ello, las autoridades nacionales competentes están obligadas a intervenir cuando el abogado de oficio fracase de forma manifiesta en su defensa. Además, subraya que el Estatuto General de la Abogacía Española atribuye a los colegios un control del desempeño de todo abogado así como la depuración de las responsabilidades disciplinarias en que hubiera podido incurrir. Solamente en los casos, como el que es objeto de esta resolución judicial, en donde se aprecia una falta absoluta de defensa, puede el Tribunal dar traslado al correspondiente Colegio de Abogados para que designe un nuevo colegiado que instrumentalice en términos sustanciales el derecho de defensa que a toda parte corresponde.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 74, 179, 180 y 181.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, art. 849.1.

DEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

Constitución Española, arts. 17 y 24.

Ley 1/1996 (asistencia jurídica gratuita), art. 25.

Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, art. 11.

Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966, art. 14.3.

Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos de 1950, art. 6.

PONENTE:

Don Pablo Llarena Conde.

TRBUNAL SUPREMO

SALA DE LO PENAL

A U T O

Fecha Auto: 07/07/2017

Recurso: RECURSO CASACION (P) 10745/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Pablo Llarena Conde

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

RECURRENTE: Remigio REPRESENTACIÓN: Procuradora Dña. María Cruz Ortíz
Gutiérrez RECURRIDO: Ministerio Fiscal y

D. Luis Antonio y D.^a Ángela

REPRESENTACIÓN: Procurador D. Félix del Valle Vigón

CUESTION DE FONDO

Anulación de la designación de abogado de oficio, por ausencia de defensa efectiva.

AUTO

Excmos. Sres.:

D. Julián Sánchez Melgar
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Luciano Varela Castro
D. Pablo Llarena Conde
Perfecto Andrés Ibáñez

En la Villa de Madrid, a siete de Julio de dos mil diecisiete.



www.civil-mercantil.com

HECHOS

Único.

Esta Sala ha visto el recurso de casación 10745/2016 interpuesto por Remigio (identificado por error como Remigio en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona y en escritos presentados en el presente recurso), representado por la procuradora D.^a María Cruz Ortíz Gutiérrez, contra la sentencia dictada el 17 de octubre de 2016 por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Octava, en el Rollo de Sala Sumario 18/2015. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal y la acusación particular sostenida por Luis Antonio y Ángela, representados por el Procurador D. Félix del Valle Vigón. Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

Primero.

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona, en su Rollo de Sala nº 18/15, procedente del Procedimiento Ordinario 3/2015 de los del Juzgado de Instrucción nº 7 de Vilanova i La Geltrú, dictó Sentencia el 17 de octubre de 2016, en la que condenó a Remigio: 1) Como autor de un delito continuado de abusos sexuales, de los artículos 74 y 181.1, 2 y 4 del Código Penal, en relación con los artículos 180.1.3ª y 4ª, a las penas de 3 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, prohibición de aproximarse a Gracia y a su domicilio a una distancia inferior a 1.000 metros o a cualquier lugar frecuentado por ésta, y comunicarse con ella por cualquier medio por un periodo de tiempo superior en un año a dicha pena de prisión, así como a la inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, guarda y curatela por tiempo de seis años, e inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier empleo docente o que comporte el cuidado o custodia de menores durante seis años y 2) Como autor de un delito continuado de agresión sexual, de los artículos 74, 179, 180.1.3ª y 4ª, y 180.2 del Código Penal, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de 12 años y 6 meses de prisión, con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, prohibición de aproximarse a Gracia y a su domicilio a una distancia inferior a 1.000 metros o a cualquier lugar frecuentado por ésta, y comunicarse con ella por cualquier medio por un periodo de tiempo superior en un año a dicha pena de prisión, así como a la inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, guarda y curatela por tiempo de seis años, e inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier empleo docente o que comporte el cuidado o custodia de menores durante seis años.

El 9 de noviembre de 2016, la representación del acusado anunció la interposición del correspondiente recurso de casación que, tras tenerse por preparado, determinó el emplazamiento de la representación del condenado para su comparecencia ante el Tribunal Supremo; habiéndose designado abogado del turno de oficio por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, ante la solicitud del condenado.

Segundo.

El presente recurso de casación se ha formulado sobre la base de tres motivos:



www.civil-mercantil.com

El primero de ellos se formula en los siguientes términos: " La infracción de normas aplicables al supuesto objeto de procedimiento. Error de derecho: Respecto de los fundamentos de derecho. Invocación de vulneración de derecho constitucional: El art. 5.4 de la LOPJ ".

La formulación del motivo viene exclusivamente seguida de una transcripción literal del artículo 849.1 de la LECRIM , al que se añade, como único alegato, que " El párrafo 1.º del art. 849 de la LECR contiene el motivo genuinamente casacional. Su contenido esencial supone que la impugnación va dirigida a revisar la aplicación de la ley penal unos hechos que el tribunal de instancia ha declarado probados y que el recurrente no pretende modificar, sino que partiendo de ellos, discute o cuestiona la aplicación que de la ley penal ha hecho el tribunal de instancia. Reiteradamente la jurisprudencia de la Sala Segunda alude al respeto absoluto a los hechos declarados probados. Los hechos declarados probados son inalterables en ésta vía casacional y así la Fiscalía ha entendido que en dicha Sentencia, complementada por el referido Auto, se infringen preceptos legales de carácter sustantivo, INFRACCION DE LEY, al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley de enjuiciamiento Criminal " (el destacado de la letra obra también en el documento original).

El segundo motivo parece formularse por Infracción de Ley del artículo 849.1 de la LECRIM , pues lo que recoge su formulación y posterior desarrollo es: " SEGUNDO.- Esta parte mantiene y entiende que en dicha Sentencia y en el Auto que le complementa se da una APLICACIÓN INDEBIDA O INAPLICACIÓN, es decir, nuestra pretensión va dirigida a impugnar por indebida aplicación de un determinado tipo penal o a la pretensión de aplicación de un concreto tipo penal indebidamente inaplicado.

Y en ello en base a las siguientes aseveraciones:

Primeramente, sólo cabe contra normas de carácter sustantivo, es decir, el artículo 849 de la LECR se refiere a la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal.

Y es mas no estamos determinando que estemos ante una infracción de normas procesales, pues estas no tienen carácter sustantivo, estamos invocando una infracción de preceptos legales de carácter sustantivos sobre hechos que se han declarados por el tribunal como probados.

Asimismo consideramos que la vía casacional del n.º 1 del art. 849 de la LECR es la única a través de la que; se puede revisar el juicio de inferencia realizado por el Tribunal de instancia. (STS 16 de enero de 1997).

Los juicios de inferencia sobre las intenciones de los intervinientes en los actos criminales no son hechos en sentido estricto, y al no ser aprehensibles por los sentidos, no son objeto de prueba propiamente dicha, quedando así fuera de la garantía constitucional, lo que es distintode que, a través del artículo 849.1 procesal, se puedan discutir los hechos en los que el juicio de valor se apoya. (STS de 31 de enero de 1997)."

El tercer motivo se formula por vulneración de derecho constitucional, con sujeción al artículo 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRIM . El motivo sostiene la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Respecto al primero de estos derechos, el motivo desarrolla que: " El derecho a un proceso con todas las garantías, sustancialmente recoge cuanto se viene englobando desde largo tiempo en la doctrina procesal penal anglosajona como «due process» e incluye el derecho a ser prontamente informado de la acusación que se formula, a alegar y practicar pruebas a ser juzgado por un órgano imparcial y predeterminado legalmente, a un juicio público y sin dilaciones, en el que existe igualdad entre partes para poder realizar alegaciones y pruebas en condiciones reales de contradicción, y a que la sentencia, que deberá respetar el



www.civil-mercantil.com

principio acusatorio, pueda ser revisada en iguales condiciones por otro Tribunal, exigencias que igualmente expresan en su mayoría el citado artículo 24 de la Constitución y los tratados internacionales.

Es jurisprudencia de esta Sala que el derecho a un proceso público con todas las garantías, de acuerdo con los artículos 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos , 14 del Pacto Internacional de Nueva York y 6 del Convenio de Roma de 1950, implica que para evitar el desequilibrio entre las partes ambas dispongan de las mismas posibilidades en cuanto a alegaciones, pruebas e impugnaciones, lo que cobra singular relevancia en el juicio oral y en lo que es propiamente dicho la actividad probatoria, derecho que se conecta con las garantías en general contenidas en el art. 24 constitucional. STS 15 de abril de 1996 " .

Y tras la expresión de tal contenido, el recurso considera " que dicha resolución [la que se impugna] ha adolecido de estos parámetros produciendo un desequilibrio entre las partes y un perjuicio a terceras personas vulnerables, como es la hija menor del acusado, quien queda desprotegida de la patria potestad del padre durante seis años, para el caso de que le faltara su progenitor custodio, lo que ha provocado que el proceso se desarrollase con todas las garantías constitucionales que exige la ley" .

Respecto del derecho a la tutela judicial efectiva, el recurso indica: " El Tribunal Constitucional ha configurado el derecho de acción penal esencialmente como un «ius ut procedatur» es decir, no como parte de ningún otro derecho fundamental sustantivo, sino, estrictamente, como manifestación específica del derecho a la jurisdicción (SSTC 31/96, fundamentos jurídicos 10 y 11; y 199/96 , fundamento jurídico 5, que contienen abundantes referencias a la doctrina anterior), que ha de enjuiciarse en sede de amparo constitucional desde la perspectiva del art. 24.1 CE y al que, desde luego, son aplicables las garantías del 24.2. En sede de jurisdicción ordinaria, esta Sala -en sentencias como las de 5-10-95 , 10-5-96 y 6-3-97 - señala que el derecho a la tutela judicial efectiva, que consagra el artículo 24.1 de la Constitución y, según su principal interprete, tiene un contenido complejo que incluye, entre otros, la libertad de acceso a Jueces y Tribunales, el derecho a obtener un fallo de éstos y a que el fallo se cumpla - sentencias del Tribunal Constitucional 32/1982 , 26/1983, de 13 de abril y 89/1985, de 19 de julio -.

Y así nos reiteramos en la infracción que la Sentencia complementa con de preceptos legales de carácter sustantivo, provocando de manera simultánea una vulneración del artículo 24.1.2 de la CE , no cumpliendo la sentencia con los requisitos legales en cuanto a la aplicación indebida del artículo 192.2 del código Penal para acomodarla a la legalidad.

La tutela judicial efectiva proporciona a cada persona que se ve implicada en un proceso judicial, el derecho a obtener de los jueces y tribunales una respuesta ajustada en los hechos y fundada en el derecho. personas jurídicas (véanse, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Constitucional 64/88 y 99/89). STS de 12 de febrero de 1997 y 22 de enero de 1998 . Lo que no puede ofrecer duda es que, ostentando el Ministerio Fiscal la condición de parte en el proceso, ante cualquier resolución del Juez o Tribunal que trata de anular o desconocer la validez y eficacia de un medio probatorio -paso a una situación de auténtica indefensión- se ha de ofrecer viable la posibilidad de ejercicio por parte del Fiscal de cuantos recursos vengan reconocidos legalmente en aras de reparar y obtener la reposición de un instrumento probatorio substraído a la valoración decisiva y última que al Tribunal se encomienda.

Á ello atiende la vía habilitada por el art. 5.4 de la L.O.P.J . poniendo el recurso de casación al servicio de la defensa de preceptos constitucionales, siendo suficiente para fundamentarlo la alegación de la infracción de aquellos" .

Tercero.

1. El proceso penal del Estado de Derecho se estructura sobre la base del principio acusatorio y de la presunción de inocencia. Para que su desarrollo respete las exigencias de un



www.civil-mercantil.com

proceso justo, o en términos del artículo 24.2 de la Constitución , de un proceso con todas las garantías, es necesario que el imputado conozca la acusación y pueda defenderse adecuadamente de la misma. Por ello, el derecho de defensa, como derecho reconocido a cualquier imputado, resulta esencial o nuclear en la configuración del proceso, y los principios de contradicción, igualdad de armas y de prohibición de la indefensión, actúan, a través del derecho de defensa, como legitimadores de la jurisdicción. Esto es, la jurisdicción solo puede operar en ejercicio del poder judicial cuando se dan determinadas condiciones de garantía de los derechos de las partes, y especialmente del imputado (STS 821/2016, de 2 de noviembre); condiciones entre las que se encuentra el respeto absoluto al derecho a la asistencia letrada, reconocido como un derecho fundamental del detenido en el artículo 17 de la CE , y del imputado en su artículo 24. Junto a otros derechos, la asistencia letrada integra una batería de garantías que pretenden asegurar la eficacia real de uno de ellos: el derecho a un proceso con garantías (a un proceso equitativo, en términos del Convenio Europeo de Derechos Humanos), también llamado proceso justo.

Con el mismo criterio que el artículo 24 de nuestra Constitución , el Art. 6.3 c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos , de 4 de noviembre de 1950, dispone que todo acusado tiene, como mínimo, 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. Y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 diciembre de 1966, ratificado por Instrumento de 27 abril 1977 , dispone en su Art. 14.3 b) que toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa, a comunicarse con un defensor de su elección 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.

Se refleja así la conexión que existe entre asistencia letrada y la institución misma del proceso, tanto si la intervención del abogado es el puro reflejo del ejercicio del derecho a su designación por el imputado, como cuando su actuación se configura como un requisito procesal por cuyo cumplimiento debe velar el propio órgano judicial, procediendo directamente al nombramiento de Abogado de oficio si el encausado mantiene una actitud pasiva ante la exigencia de su nombramiento; razón por la cual, nuestra doctrina constitucional ha destacado la imposibilidad de transformar el derecho fundamental, en un mero requisito formal (STC 42/1982 de 5 julio).

2. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en doctrina que se muestra con ocasión de su Sentencia dictada en el caso *Ártico contra Italia*, de 13 de mayo de 1980 (STEDH 1980/4), recordaba que el objetivo primordial del Convenio consiste en proteger derechos, no teóricos ni ilusorios, sino concretos y efectivos. Y destacaba que la pretensión tenía especial importancia respecto de los derechos de defensa, a la vista del papel prominente que el derecho a un proceso debido tiene en una sociedad democrática (Sentencia Airey de 9 de octubre de 1979 (TEDH 1979, 3) serie A, núm. 32, pgs. 12-13, aps. 24 y 32 supra). Recordaba la sentencia que el artículo 6.3.c del Convenio, habla de " asistencia " y no de " designación ", poniendo de manifiesto que la mera designación de un letrado no garantiza por sí misma la efectividad de su auxilio, dado que el abogado de oficio, no sólo puede perecer o tener un impedimento permanente para el cumplimiento de sus funciones, sino que puede simplemente eludir la atención de sus deberes. Admitir que la asistencia técnica pudiera quedar cumplida por la mera designación de un letrado, entrañaría amenazar con convertir la asistencia letrada gratuita, en una palabra vacía en más de una ocasión; concretándose en la Sentencia



www.civil-mercantil.com

Kamasinski contra Austria de 19 diciembre 1989 (TEDH 1989/24 , aps. 99 a 103), que la garantía del derecho es plenamente exigible en el trámite casacional.

Ha expresado también el Tribunal que, por más que el artículo 6.3 c) del Convenio posibilite una elección de autodefensa o de designación letrada, lo que garantiza es que no tengan lugar procesos contra un acusado carente de adecuada defensa, sin que ello suponga que el encausado pueda decidir la forma en la que deberá defenderse. Conforme a la doctrina del Tribunal Europeo, la decisión sobre cuál de las dos alternativas mencionadas en el precepto debe escogerse (representarse a sí mismo o de ser representado por un abogado de su elección, o, en determinadas circunstancias, elegido por el tribunal), depende de la legislación aplicable en cada Estado o del reglamento del Tribunal (véase X c. Noruega, núm. 5923/72, Decisión de la Comisión de 30 de mayo de 1975, Decisiones e Informes DI 3 pg. 43). Por ello, aun cuando el Tribunal fijaba que el Estado no puede ser considerado responsable de los defectos del abogado designado como asesor letrado, establecía que el respeto del artículo 6.3.c) obliga a las autoridades nacionales competentes a intervenir cuando sea evidente la omisión del abogado de oficio, esto es, cuando el asesor legal fracase, de una forma manifiesta o suficientemente elocuente, en su intento de representar de manera eficaz a su defendido (véase Kamasinski c. Austria, ap. 65; también Mayzit contra Rusia de 20 enero 2005 (TEDH\2005\4), ap. 67). Lo que se complementa con la posición del Tribunal acerca de que la vulneración del convenio no precisa la probanza de que el déficit de asistencia lesione realmente al acusado, pues ni podría establecerse con seguridad el juicio hipotético de cómo habría discurrido el proceso de haberse actuado de otra manera, ni la necesidad de esa prueba se deriva del art. 6.3.c), por lo que, si se introdujera la exigencia por vía interpretativa, se privaría a la garantía de gran parte de su sentido.

Cuarto.

Más allá de las siempre necesarias exigencias de titulación, son tres los instrumentos introducidos por nuestro ordenamiento jurídico para garantizar al acusado la existencia de una defensa eficaz.

El artículo 25 de la Ley 1/1996, de 10 de enero , de asistencia jurídica gratuita, dispone que " El Ministerio de Justicia e Interior, previo informe de los Consejos Generales de la Abogacía y de los Colegios de Procuradores de los Tribunales de España, establecerá los requisitos generales mínimos de formación y especialización necesarios para prestar los servicios de asistencia jurídica gratuita, con objeto de asegurar un nivel de calidad y de competencia profesional que garantice el derecho constitucional a la defensa. Dichos requisitos serán de obligado cumplimiento para todos los Colegios profesionales, sin perjuicio de los requisitos complementarios que puedan establecer las Comunidades Autónomas competentes "

Junto a ello, los Colegios profesionales de Abogados, en satisfacción del interés público que justifica la naturaleza de su personalidad, deben recoger las peticiones de defensa de oficio y canalizarlas hacia aquellos profesionales que satisfagan las exigencias de capacitación y compromiso que -con sujeción a los mínimos establecidos por el Ministerio de Justicia- ellos mismos establezcan. De este modo, el artículo 4.1.d del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio , por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, establece que entre las funciones de cada Colegio de Abogados, en su ámbito territorial, está: " Organizar y gestionar los servicios de asistencia jurídica gratuita y cuantos otros de asistencia y orientación jurídica puedan estatutariamente crearse", atribuyéndoles también en el artículo 46.2 del Estatuto, un control del desempeño de todo abogado, así como la depuración de las responsabilidades disciplinarias en que hubiera podido incurrir. Rigor que se proyecta en las



CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

Normas Regulatoras del Turno de Oficio del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (de 28 de octubre de 2014), cuyo artículo 2 impone una antigüedad mínima de diez años de ejercicio profesional, para poder pertenecer al turno de oficio de casación.

Por último, y como tercer instrumento de garantía, por más que la misión de velar por la presencia del derecho de defensa en el proceso penal (art. 24 CE) corresponda finalmente al Tribunal Constitucional, no se excluye la obligación de su tutela general por los Tribunales de Justicia (art. 41.1 LOTC), siendo estos quienes están en condiciones de examinar si la defensa fue intrínsecamente adecuada o idónea (ATC 111/1982 de 10 marzo). Una obligación de supervisión que no puede, sin embargo, abrir un pasadizo que suponga la intromisión judicial en los detalles de la estrategia defensiva que llegue a desplegarse, pues no sólo resultaría contrario al desempeño de la defensa de oficio en libertad o con la independencia profesional que recoge el artículo 45.3 del Estatuto General de la Abogacía Española (RD 658/2001, de 22 de junio), sino que se enfrentaría a la propia concepción del proceso contradictorio y, finalmente, a la función jurisdiccional que al juez se encomienda. De un lado, puesto que los alegatos de la defensa se proyectan directamente sobre el pronunciamiento judicial que va a producirse, el Tribunal no puede adelantar su opinión sobre la idoneidad de los argumentos, eludiendo un debate contradictorio que estará condicionado por la prueba que llegue a practicarse. Del mismo modo, el análisis tampoco puede llevarse al final del proceso, desplegando una evaluación de detalle sobre la idoneidad de la actividad de defensa que pueda suponer la anulación de lo actuado, modificando de ese modo el resultado del proceso mismo. Por último, contemplando la faz negativa de la actividad de defensa, esto es, de lo que la representación del acusado pudo argüir y no hizo, si la función judicial tuviera una encomienda de supervisión minuciosa, terminaría por condicionar y dirigir a la defensa, llevándole -con sucesivas nulidades- a plantear las cuestiones que el Tribunal pronostica como de mayor operatividad, mutando la posición y función que al enjuiciador corresponden.

La verificación de que la defensa esté revestida de un contenido sustantivo (principalmente si el acusado no denuncia su ineficacia o discrepa de su forma de ejercicio), entraña confirmar que el acusado pueda comunicarse con su defensor, constatando al tiempo: 1º) Que el abogado no ha eludido la actividad procesal normalmente observable en la práctica forense respecto de asuntos semejantes y 2º) Que los instrumentos de defensa que se han empleado, ofrecen una cierta operatividad procesal. Es esta confrontación la que garantiza que el acusado no queda a merced de los alegatos del resto de las partes y de cualquier otra consideración autónoma del Tribunal, pues no puede eludirse que si el acusado es persona lega en derecho y encomienda al propio Estado la designación del abogado que ha de defenderle, está despojado de instrumentos que le permitan evaluar por sí mismo, si ha sido realmente pertrechado de la defensa real y efectiva que el ordenamiento le garantiza.

Son pues estos tres instrumentos, los que permiten dar cumplimiento en nuestro ordenamiento jurídico, al contenido del artículo 3.1 de 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, que expresamente establece que " 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 "

Quinto.

El análisis del derecho de defensa, desde la perspectiva jurisdiccional, máxime desde la posición de este Tribunal Supremo al resolver un recurso de casación, debe situarse en un espacio de estricta neutralidad respecto a la labor desempeñada por el abogado defensor,



www.civil-mercantil.com

cualquiera que sea su posición en el proceso, y de rigurosa independencia con relación al fondo de la cuestión que se plantea en el mismo. Quiere ello decir que, salvo flagrante infracción del principio de defensa, el Tribunal que juzga cualquier instancia en el proceso, no puede realizar interferencia alguna en la labor de defensa de una parte, ni lógicamente en su estrategia procesal. La mejor o peor calidad jurídica de los escritos forenses es algo extraño al juzgador, salvo que aprecie su inexistencia misma, es decir, ausencia absoluta de defensa. En tal caso, el Tribunal, apreciando que existe voluntad de impugnar la resolución judicial que le es desfavorable a la parte concernida, es consciente de que el escrito forense de defensa adolece de cualquier tipo de impugnación, limitándose a un mero ritual defensivo sin ninguna alegación de fondo, con lo que, ni puede suplir la actividad de parte, pues se lo impide el principio adversarial de contradicción, ni puede cerrar los ojos ante tal déficit impugnativo. En suma, el Tribunal es consciente de que no puede juzgar la mejor o peor calidad de la defensa, sino el mayor o menor acierto de los argumentos defensivos, que es en lo que consiste su función jurisdiccional. Es por ello, que la línea que determina en tales casos su actuación es muy difusa, puesto que ni puede involucrarse en el modo de defensa, ni puede tampoco desestimar sin más una pretensión que no se encuentra oportunamente defendida. Quiere ello decir que solamente en los casos, como el que es objeto de esta resolución judicial, en donde se aprecia una falta absoluta de defensa, puede el Tribunal dar traslado al correspondiente Colegio de Abogados para que designe un nuevo colegiado que instrumentalice en términos sustanciales el derecho de defensa que a toda parte corresponde.

Ello es consecuencia del compromiso de este Tribunal Supremo con la materialidad del derecho de defensa, y no solamente con un cumplimiento formal. Y a su vez, esta Sala quiere destacar la labor del turno de oficio, actividad desempeñada mediante la organización de los colegios de abogados, que sin duda contribuye, no solamente a realzar la calidad de la defensa, sino a proporcionar la universalidad de la misma.

Sexto.

Lo expuesto refleja los términos en los que esta resolución evalúa la actuación letrada ejercida por la defensa en el presente recurso de casación.

En su impugnación al recurso, el Ministerio Fiscal denuncia de manera elocuente el contenido del escrito de formalización del recurso de casación. Respecto del motivo primero, expresa que "al confuso encabezamiento del motivo sucede un desarrollo escueto, sin cita del precepto constitucional que se estima vulnerado, como tampoco del precepto sustantivo que pretende infringido". En cuanto al motivo segundo, denuncia que se limita a afirmar que en la sentencia recurrida " se da una APLICACIÓN INDEBIDA O INAPLICACION (sic) " de un determinado precepto penal, y destaca el Ministerio Público que el motivo " No especifica ni cuál sea el artículo ni, menos todavía, por qué no se debió aplicar o inaplicar. Con la misma parquedad mantiene la posibilidad de revisión de los juicios de inferencia "; y termina reflejando que: " De nuevo la deficiente exposición contenida en el motivo impide siquiera conocer que es lo que se postula". Respecto del último de los motivos, el Ministerio Público narra que el recurso: " Invoca el derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho a la tutela judicial efectiva. De nuevo la queja carece de desarrollo mínimamente detallado y fundamentado. Bien es verdad que se esboza en el apartado A) que el acusado sufrirá el perjuicio de pérdida de la patria potestad de su hija por seis años, y en el apartado B) que se ha aplicado indebidamente el art. 192.2 CP , sin embargo, se mantiene la ausencia de argumentación y exposición lógica de la pretensión. Ello unido a la correcta subsunción de los hechos probados en los tipos penales de abuso sexual y agresión sexual a menor, ambos

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

continuados, no permitesino concluir interesando el rechazo del motivo y la confirmación de la sentencia".

El posicionamiento del Ministerio Público, cuya actuación está regida por la defensa de la legalidad y que sostiene una pretensión en el proceso que estaría conforme con la desestimación del recurso, es revelador de lo que la Sala percibe. Sin perjuicio de unas incongruencias sintácticas que dificultan la lógica y la comprensión de algunos de los extremos del recurso, en sus motivos se entremezclan infracciones de diferente naturaleza y alcance, cerrándose sin expresar la trasgresión concreta que se entiende producida. Los alegatos que los desarrollan, son un collage de consideraciones jurídicas mantenidas por esta Sala, pero carentes de ligazón discursiva, y huérfanas en ocasiones de cualquier correspondencia con las objeciones que les sirven base. Tampoco se expresa la eficacia que pueden tener las consideraciones jurídicas que se detallan, respecto de la sentencia que se impugna. Y el recurso, no sólo sostiene en ocasiones una cosa y su contraria, sino que suscita únicamente - sin análisis fáctico, ni jurídico- la revisión de un precepto penal (el artículo 192.2 del CP) que la sentencia no aplica, sin referencia alguna al precepto penal que permite la decisión que parece combatir (art. 192.3 del CP). Y aunque la voluntad impugnativa pudiera facilitar que este Tribunal entrara a conocer de la pretensión que fácilmente se vislumbra y que se recoge literalmente en el suplico (que no es otra que la anulación de la condena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por tiempo de seis años), el recurso continuaría sin debatir un espacio que parece esencial para quien, pese a haber reconocido los hechos en el juicio oral, reclama un abogado que recurra en su nombre el pronunciamiento de condena, concretamente, si es o no pertinente que la sentencia declare una doble responsabilidad criminal, desde una misma continuidad delictiva.

Son este conjunto de circunstancias las que permiten constatar que la voluntad del condenado de que su condena sea revisada judicialmente, se ha saldado con la presentación meramente formal, o aparente, de un recurso; esto es, que la específica actuación profesional desplegada, por desatender el análisis de la realidad fáctica y jurídica plasmada en la sentencia, no posibilita al revisión de la sentencia condenatoria, en los términos que son inherentes al desacuerdo expresado por el acusado.

En su consecuencia

LA SALA ACUERDA

Anular la designación de abogado de oficio que se realizó en sede casacional para el condenado, declarándose la nulidad de lo actuado con posterioridad. Consecuentemente, procédase por el Letrado de la Administración de Justicia a interesar el nombramiento de nuevo Abogado que pueda interponer el recurso que corresponda, si el recurrente no lo hubiera designado.

Desde cuenta de esta resolución a la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados, a los efectos administrativos oportunos.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Francisco Monterde Ferrer Luciano Varela Castro
Pablo Llarena Conde Perfecto Andrés Ibáñez

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior,



www.civil-mercantil.com

introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.