

La asistencia inefectiva del letrado en el proceso penal

¿Puede provocar indefensión la actuación negligente del abogado?

Sumario

-
El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional garantizan la efectividad de la defensa letrada de oficio, pero no ocurre lo mismo cuando el abogado es de designación particular. El trabajo estudia los fundamentos de tal protección a la luz de los derechos de carácter procesal recogidos tanto en el CEDH como en la Constitución, con el fin de dar respuesta a si la distinción es legítima. El asunto tiene una importancia clave en el ámbito del proceso penal, dado que la naturaleza de sus consecuencias hace necesario extremar las garantías procesales y puesto que en él es casi siempre preceptiva la asistencia letrada.

Abstract

-
The European Court of Human Rights and the Spanish Constitutional Court guarantee the effectiveness of the assistance of counsel when the attorney is appointed by the State, but that is not the case when the defendant freely chooses the lawyer. This study analyzes the grounds of that protection in the light of the procedural rights presents in the ECHR and in the Spanish Constitution in order to establish if this distinction is legitimate. This matter has a vital importance in criminal procedure, in which the presence of a lawyer is almost always required, and in which the nature of the outcome calls for a greater protection of the procedural rights.

Title: *Ineffective assistance of counsel in the Spanish criminal procedure. Can the lawyer's negligence can compromise the right to defense of his client?*

-
Palabras clave: Derecho de defensa, Tutela judicial efectiva, Asistencia letrada, Abogacía de oficio, Proceso penal, Defensa inefectiva.

Keywords: *Right of defense, Due process of law, Fair procedure, Assistance of counsel, Public defenders, Criminal procedure, Ineffective assistance of counsel.*

-
DOI: 10.31009/InDret.2024.i3.15

3.2024

Recepción
11/04/2024

Aceptación
04/06/2024

Índice

-

1. Introducción

2. La interdicción de la defensa inefectiva en la jurisprudencia

2.1. La inefectividad de la defensa como vulneración del derecho a la asistencia letrada del art. 6.3.c del Convenio Europeo de Derechos Humanos: la visión del TEDH

2.2. Asistencia letrada, tutela judicial efectiva e indefensión: la visión del Tribunal Constitucional

2.3. Estándares de eficacia: el modelo norteamericano

3. Fundamento constitucional de la interdicción de la defensa inefectiva

3.1. Del derecho a la asistencia letrada al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE)

a. La interdicción de indefensión (art. 24.1.II CE): concepto

b. ¿Indefensión formal e indefensión material?

c. ¿Necesidad de incidencia en el fallo?

d. La indefensión debe proceder de los tribunales y no debe ser achacable a la parte

3.2. ¿El derecho a un proceso con todas las garantías? (art. 24.2 CE)

3.3. La relación entre los derechos del art. 24.1 y del 24.2 CE

4. Tratamiento procesal de la defensa inefectiva en el ámbito del proceso penal

4.1. Sustitución del letrado en fase de instrucción

4.2. Suspensión del juicio oral y declaración de nulidad por la Audiencia Provincial en trámite de cuestiones previas

4.3. Nulidad y subsanación en trámite de recurso

5. La tutela de la defensa efectiva del letrado libremente designado

5.1. (Re)planteamiento de la cuestión

5.2. Los obstáculos derivados de la doctrina del Tribunal Constitucional

a. La negligencia de la parte que alega indefensión como obstáculo para el reconocimiento del derecho

b. La actuación del letrado de oficio como vulneración procedente de un poder público

c. La relación de confianza como «licencia» para la inefectividad de la defensa

5.3. ¿Vuelta al derecho a la asistencia letrada?

5.4. Recapitulación

6. Posibles consecuencias negativas de la extensión del derecho a la efectividad de la defensa

7. Conclusiones

8. Bibliografía

9. Repertorio de jurisprudencia citada

9.1. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

9.2. Sentencias del Tribunal Constitucional

9.3. Sentencias del Tribunal Supremo

9.4. Otras sentencias

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

La idea para este trabajo surgió cuando una persona vino a nuestro despacho para encargarnos interponer un recurso de apelación frente a una sentencia condenatoria. Lo rutinario del asunto contrastaba con lo poco habitual del motivo: el cliente aseguraba que su anterior letrado no había actuado con la diligencia exigible, pues había olvidado presentar pruebas que dejaban clara su inocencia.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) permite aportar pruebas en segunda instancia, pero sólo si se da alguno de los supuestos que contempla, de forma tasada, su artículo 790.3. Entre ellos no figura el descuido o la desidia del abogado. Ahondando sobre esta cuestión, encontré dos sentencias que hablaban de defensa inefectiva, una del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y otra del Tribunal Supremo. La primera, la STSJC 35/2021, de 2 de febrero, resolvió un caso similar al descrito. El recurrente pretendía aportar en apelación un informe que acreditaba su condición de toxicómano, circunstancia que había negado durante el juicio oral por consejo de su entonces abogado. Pese a las reticencias del Ministerio Fiscal, que consideraba que la proposición no tenía cabida en ninguno de los supuestos del artículo 790.3 LECrim, la Sala admitió y valoró el documento, con base en un entendimiento amplio del derecho de defensa y su efectividad. La segunda, la STS 1117/2009, de 11 de noviembre, trató un asunto en que el letrado del acusado había venido mostrando, ya desde la fase de instrucción, un total desinterés en el desempeño de su función. Pese a ser conscientes de ello, ni el Juez de Instrucción ni la Audiencia Provincial instaron su sustitución, con el resultado de que la defensa ineficiente se extendió al plenario. En su resolución, el Tribunal Supremo consideró que el ciudadano no había gozado de una defensa efectiva, y que tal indefensión era achacable a los órganos de instancia que, conociendo la situación, debieron tomar medidas. La Sentencia declaró nulo el juicio y ordenó retrotraer las actuaciones hasta el momento inmediatamente posterior al dictado del auto de procedimiento abreviado, por si el nuevo letrado entendía procedente impugnarlo para poder solicitar la práctica de diligencias de instrucción.

En ambas resoluciones late la misma idea: una defensa inefectiva no es una verdadera defensa. No basta con la *mera* asistencia de un letrado para colmar el derecho del art. 24 de la Constitución, sino que es necesario, además, que el profesional desempeñe su encargo con una mínima solvencia. Los juzgados y tribunales no solo deben tutelar la defensa letrada, sino también su efectividad, pese a la ausencia de una disposición legal expresa al respecto.

Ahora bien, como veremos, en nuestra práctica judicial dicha tutela se circunscribe a los supuestos en que los profesionales son nombrados de oficio. Cuando el que actúa de forma negligente es un abogado de libre elección, el justiciable es quien debe pechar con las consecuencias negativas. Esta dicotomía parece tener sentido, al menos intuitivamente: al fin y al cabo, es el Estado el que facilita al abogado de oficio, por tanto, debe ser también quien se responsabilice de su actuación. El asunto, no obstante, merece un análisis más detallado, que desarrollaremos en el capítulo 5.

* Contacto del autor: Alberto Rocha García (alberto@ca-abogados.com).

2. La interdicción de la defensa inefectiva en la jurisprudencia

2.1. La inefectividad de la defensa como vulneración del derecho a la asistencia letrada del art. 6.3.c del Convenio Europeo de Derechos Humanos: la visión del TEDH

Retrocedamos a los años 70 del pasado siglo. La Sra. Johanna Airey, ciudadana irlandesa, inició un proceso civil para separarse de su marido, pero como no tenía dinero para contratar un abogado que la representara en la High Court, acabó ejerciendo su propia defensa, con pobres resultados. El asunto llegó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que resolvió que, si bien defenderse a uno mismo era una opción prevista en la ley irlandesa y en el propio CEDH, la defensa desplegada por la demandante nunca había tenido opciones de resultar efectiva si se tomaban en consideración, entre otras cosas, la alta complejidad del pleito, su implicación emocional y el hecho de que su marido sí fue representado por un letrado. El TEDH consideró que los tribunales irlandeses debieron proporcionar un letrado a la Sra. Airey para asegurar que su derecho de acceso al proceso (art. 6.1 del Convenio) no resultara ilusorio. La STEDH Airey c. Irlanda, 9 de octubre de 1979, elevó a categoría de precedente la interpretación expansiva de los derechos procesales del CEDH, incluyendo un aforismo que luego se repetiría en innumerables resoluciones: «[e]l Convenio no está destinado a garantizar derechos teóricos o ilusorios, sino prácticos y efectivos¹».

El precedente sentado en *Airey* derivó en una larga serie de decisiones del Tribunal². A la cabeza de todas ellas se encuentra la STEDH Artico c. Italia, 13 de mayo de 1980, que extendió el principio sentado en *Airey* a aquellos supuestos en que la inefectividad de la defensa no es achacable a la ausencia de abogado sino al pobre desempeño de este, si bien solo cuando su designación es de oficio. En *Artico*, el TEDH dejó claro que el derecho a la asistencia letrada del art. 6.3.c del Convenio no se agota con la mera designación de abogado, pues «la segunda no garantiza por sí misma la efectividad de la primera». O, dicho de otro modo, hay que interpretar el derecho «a ser asistido por un defensor de su elección» añadiendo el sintagma «de forma efectiva».

Así pues, la defensa letrada inefectiva –en realidad, la inacción de los Tribunales de los Estados firmantes del Convenio ante una defensa inefectiva– supone una infracción del derecho de todo acusado a ser asistido por un abogado, recogido en el artículo 6.3.c). Los Estados tienen que controlar que el abogado que proporcionan cumple su función bajo un estándar de calidad aceptable³. Solo de esta forma se puede alcanzar el ideal de juicio justo que preside el artículo 6 del Convenio⁴.

¹ STEDH Airey c. Irlanda, ap. 24.

² STEDH Pakelli c. Alemania, 25 de abril de 1983; Imbrioscia c. Suiza, 24 de noviembre de 1993; Daud c. Portugal, 21 de abril de 1998; Sannino c. Italia, 27 de abril de 2006 y Güveç c. Turquía, 20 de enero de 2009.

³ Desde una perspectiva de derecho comparado, la visión del TEDH se asemeja al *ineffective assistance of counsel* norteamericano, cuyo encaje constitucional en la *assistance of counsel clause* de la Sexta Enmienda reconoció el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en su Sentencia Strickland v. Washington, 466 U.S. (1984). La versión norteamericana pretende ofrecer una solución a los problemas causados por la desmesurada sobrecarga que sufren los *public defenders*, que deben afrontar un número inmanejable de casos al año. Sin embargo, se le suele achacar que es mucho más restrictiva que la continental. Sobre ello, KLEIN, R. «The Constitutionalization of Ineffective Assistance of Counsel.» *Maryland Law Review*, 1999, vol. 58, pp. 1433-1479.

⁴ En opinión del TEDH, los elementos del párrafo 3 del artículo 6 son concreciones del omnicompreensivo derecho al juicio justo, sin que quepa su examen particularizado si no es en relación con el núcleo común al que pertenecen STEDH Artico c. Italia ap. 32; F.C.B. c. Italia, 28 de agosto de 1991, ap. 29.

2.2. Asistencia letrada, tutela judicial efectiva e indefensión: la visión del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional ha acogido la doctrina del TEDH sobre el derecho a la efectividad de la defensa, asociándolo en primera instancia con el derecho a la asistencia letrada del art. 24.2 CE pero siempre vinculado a la tutela judicial efectiva sin indefensión (24.1 CE)⁵.

El derecho a la asistencia letrada tiene una anatomía ambivalente: por un lado, se constituye como un derecho subjetivo: el del justiciable a ser asistido por un abogado de su elección. Por otro, es un principio estructural⁶ o la garantía misma⁷ del proceso. Entendido en su primera acepción, el derecho exige bien que se respete la decisión del justiciable de elegir un abogado de su confianza⁸, bien que se garantice la designación de oficio en defecto de aquélla, en los casos en que su intervención sea preceptiva o en aquellos en que, no siéndolo, se solicite expresamente⁹. Se articula como un derecho formal en sentido estricto, que se vulnera con la mera constatación de que no se ha permitido o se ha obstaculizado la elección, sin que sea preciso que, como consecuencia de ello, se irroguen perjuicios adicionales¹⁰.

El derecho a la asistencia letrada en su segunda acepción –esto es, como institución instrumental a la justicia del proceso– se asemeja más a la concepción que tiene el TEDH del art. 6.3.c) del Convenio. Desde este punto de vista, el derecho exige la presencia del letrado y *además*, que su desempeño cumpla con los estándares de calidad exigibles. También desde esta segunda modalidad se analizan aquellos supuestos en los que no es preceptiva la postulación letrada pero en los que la autodefensa no resulta suficiente para asegurar una verdadera contradicción¹¹ o bien genera un desequilibrio entre las partes¹². Es esta segunda vertiente del derecho la que integra el derecho a la efectividad de la defensa y la que el TC conecta con el derecho a no sufrir indefensión en el marco de la tutela judicial efectiva del 24.1 CE, en una relación medio-fin: *«el derecho a la defensa y a la asistencia letrada tiene por finalidad asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes y precaver limitaciones en la defensa que puedan generar la indefensión prohibida por el art. 24.1 CE¹³»*. Así pues, la efectividad de la asistencia letrada (art. 24.2 CE) no deja de ser un instrumento al servicio del derecho a no sufrir indefensión (art. 24.1 CE).

⁵ BORRAJO INIESTA *et al.* ponen de manifiesto la conciencia generalizada de que el contenido del derecho o derechos proclamados en el artículo 24.1 se han sobredimensionado en algunos puntos o, en todo caso, ha alcanzado un notorio grado de complejidad y a veces de falta de coherencia en sus postulados. (BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G, *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1995, p. 21).

⁶ LÓPEZ ORTEGA, *Comentarios a la Constitución Española* (Dirs. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M.E.), Tomo I, Madrid, 2018, p. 794.

⁷ SSTC 29/1995 y 229/1999.

⁸ SSTC 216/1988 y 30/1981.

⁹ STC 199/2003, de 10 de noviembre.

¹⁰ Por poner un ejemplo, la STC 339/2005, de 20 de diciembre, consideró que se vulneró el derecho cuando el tribunal celebró una vista de extradición sin esperar a la llegada de la letrada designada por el detenido, quien, por otro lado, fue asistido de forma correcta (al menos no se dice lo contrario) por una abogada de oficio.

¹¹ SSTC 93/2005, de 18 de abril o 12/2006, de 16 de enero.

¹² SSTC 101/2002, de 6 de mayo; 262/2005, de 24 de octubre y 67/2007, de 27 de marzo.

¹³ SSTC 160/2009, de 29 de junio y 179/2014, de 3 de noviembre.

Esta configuración permite distintas combinaciones. Se dará la infracción del derecho a la asistencia letrada en su vertiente subjetiva siempre que el acusado pida un abogado de oficio y su solicitud no se formalice¹⁴. Se producirá idéntica infracción cuando el tribunal obstaculice o impida, por acción u omisión, la elección de abogado particular, con independencia de la calidad del desempeño del profesional que luego se le nombre de oficio¹⁵. Si además esa indeseada defensa de oficio adolece de defectos graves, la vulneración no sólo alcanzará la vertiente subjetiva del derecho –por impedir la elección de letrado particular– sino también a la vertiente objetiva del derecho –por la ineffectividad de la defensa–, y podrá afectar al derecho a no sufrir indefensión si el desempeño negligente del letrado tiene trascendencia en el proceso¹⁶. Si el justiciable, por el contrario, solicita un abogado de oficio y es defendido de forma negligente, sin que los tribunales hagan nada por remediarlo, se dará la vulneración del derecho a la asistencia letrada, pero solo en su vertiente objetiva, y además del derecho a la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión¹⁷. Similar a este sería el supuesto, infrecuente debido a nuestra estructura procesal penal¹⁸, en que el acusado se defiende a sí mismo y su autodefensa se manifieste deficiente o bien derive en un desequilibrio entre las partes procesales¹⁹.

2.3. Estándares de eficacia: el modelo norteamericano

A lo largo de este trabajo tendremos ocasión de ver ejemplos de defensa ineficaz, pero no disponemos todavía de un estándar positivizado de lo que debe considerarse una actuación diligente. Algo que sería deseable, dado que no podemos saber lo que es una defensa ineficaz sin antes saber lo que es una defensa eficaz. Pero ni la jurisprudencia ni la legislación se han ocupado de ello. Así por ejemplo, el Estatuto General de la Abogacía Española (EGAE) no ofrece un modelo de defensa adecuada, que a lo sumo se puede deducir de forma parcial por oposición a las infracciones que contiene. Podría suponer un avance en este sentido el Proyecto de Ley Orgánica del Derecho de Defensa²⁰, cuyo art. 8, epigrafiado «*Derecho a la calidad de la asistencia jurídica*», destaca como rasgos nucleares del derecho de defensa la accesibilidad y la calidad de la asistencia letrada. Está por ver si esa doble exigencia tiene incidencia práctica o queda en mera proclama.

¹⁴ STC 199/2003, de 10 de noviembre.

¹⁵ STC 339/2005, de 20 de diciembre.

¹⁶ La STC 18/1995, de 24 de enero, coloca en el ámbito de la infracción del derecho a la defensa letrada el defecto de emplazamiento en un recurso de casación que da lugar a la incomparecencia de la parte y al consiguiente nombramiento de abogado y procurador de oficio según la regla del art. 881 LECrim. La afectación al derecho se da desde el momento en que se priva a la parte a nombrar un letrado de su elección, sin que sea necesario analizar si la defensa fue adecuada –que no lo fue, como se añade a modo de *obiter dictum*–.

¹⁷ STC 47/2003, de 3 de marzo.

¹⁸ El derecho a la autodefensa está previsto en el art. 6.3 c) CEDH, con lo cual, pese al silencio del art. 24.2 CE, también tiene un lugar en nuestro sistema de garantías procesales por la vía del art. 10.2 CE. Así lo reconoce de forma explícita la STC 29/1995. En el ámbito penal español, la autodefensa es posible en el procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos leves con penas no superiores a los seis meses (art. 967 LECrim).

¹⁹ Es el caso de la STC 65/2007, de 27 de marzo, en que el Juzgado de Instrucción limita de forma excesiva, con argumentos formalistas, la actuación de un acusado que se defendía a sí mismo en un delito de faltas. Ahora bien, debe señalarse que aquí el TC niega la vulneración de los derechos a la asistencia letrada y a la tutela judicial efectiva, que se hubieran infringido si el acusado hubiera solicitado abogado y no se le hubiera nombrado. La Sentencia señala que se da una «*limitación de los derechos de defensa de la parte en un proceso con todas las garantías, limitación proscrita en el art. 24.2 CE*», para acabar declarando vulnerado, en el fallo, el «derecho de defensa del art. 24.2 CE». En idénticos términos SSTC 12/2006, de 16 de enero; 93/2005, de 18 de abril; 143/2001, de 18 de junio.

²⁰ Proyecto de Ley 121/000006, Proyecto de Ley Orgánica del Derecho de Defensa, BOE de 2 de febrero de 2024.

En cualquier caso, el Proyecto no incluye una definición de lo entiende por asistencia accesible y de calidad.

Aquí puede servirnos de apoyo, hasta cierto punto, la doctrina norteamericana asentada a partir de la sentencia *Strickland v. Washington*, de 1984²¹. Según el Tribunal Supremo norteamericano, el justiciable que alegue una defensa inefectiva debe demostrar dos cosas: primero, que la actuación de su letrado fue irrazonable desde el punto de vista de las normas profesionales imperantes; luego, que tal actuación resultó en un perjuicio concreto²². Sin embargo, esta doble exigencia se ha demostrado difícil de alcanzar, pues los tribunales parten de la «fuerte presunción» de que el abogado actuó con diligencia²³, lo que dificulta alcanzar ya el primero de los requisitos²⁴.

En cualquier caso, la práctica judicial norteamericana nos ofrece algunos ejemplos de defensa inadecuada²⁵: instar al cliente a aceptar su culpabilidad asegurándole que recibirá una pena menor de la que realmente se le va a imponer—o, al revés, decirle que si decide ir a juicio se enfrentará a una pena mucho mayor de la posible²⁶—; evidenciar un total desconocimiento de la ley; no disponer de tiempo suficiente para preparar la defensa como consecuencia de una designación tardía; o estar incurso en conflicto de intereses.

Parecen todos ellos ejemplos perfectamente exportables. Y así lo entiende la reciente STS 383/2021, de 5 de mayo, que advierte —hasta donde alcanzo, por primera vez en nuestra jurisprudencia²⁷— el problema de la ausencia de estándares de diligencia, y plantea la posibilidad de acoger el doble requisito exigido por *Strickland* aprovechando, de paso, la casuística de su aplicación para ir elaborando un modelo de eficacia: «*para pretender la reparación en segunda instancia -apelativa o casacional- debe exigirse a la parte, tanto una razonable acreditación de las concretas condiciones en las que se desarrolló la ineficaz asistencia letrada en la instancia, como la formulación de un pronóstico mínimamente consistente de su proyección en el fallo. En particular, de que los déficits de defensa técnica impidieron que el tribunal de instancia pudiera tomar en cuenta potenciales defensas materiales o probatorias especialmente significativas*». Está por ver si esta línea se consolida.

²¹ Ver nota 5.

²² El *prejudice* podríamos identificarlo con la «incidencia en el fallo» que requiere cualquier alegación sobre indefensión, como se verá en el capítulo siguiente.

²³ *Strickland* (466 US 690) lo expresa en estos términos: «counsel is strongly presumed to have rendered adequate assistance and made all significant decisions in the exercise of professional judgment».

²⁴ HESSICK, C.B., «Ineffective Assistance of Counsel,» *Boston College Law Review*, 2009, vol. 50, pp. 1069-1123. La autora reseña varios casos en que no se calificó como defensa inadecuada que el abogado aceptara la culpa de su cliente, que permaneciera en silencio durante todo el proceso, que no realizara el alegato final, que se quedara dormido durante el juicio, que representara a su cliente en estado de ebriedad o bajo los efectos de las drogas, o que abogara por la pena capital para su defendido.

²⁵ FINER, J. J., «Ineffective Assistance of Counsel,» *Cornell Law Review*, 1972-1973, vol. 58, núm. 6, pp. 1077-1120.

²⁶ Debe recordarse que en la práctica judicial penal estadounidense el *plea bargaining* es la forma habitual de cerrar los procesos. A diferencia de España, la investigación y la aportación de prueba corre, en gran medida, a cuenta del justiciable, algo que aprovechan los fiscales para presionar —en muchas ocasiones rayando la coacción— en las negociaciones. No sorprende que los *public defenders*, habitualmente abogados mal pagados, muy sobrecargados de trabajo y cuyos clientes no cuentan con medios para afrontar los gastos del proceso, fueren las admisiones de culpabilidad. De hecho, como hemos visto, la doctrina *Strickland* nació precisamente para mitigar las consecuencias negativas del sistema de defensa pública.

²⁷ No es casualidad que el ponente sea Javier Hernández García, uno de los magistrados con un conocimiento más profundo de la doctrina norteamericana.

3. Fundamento constitucional de la interdicción de la defensa inefectiva

3.1. Del derecho a la asistencia letrada al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE)

Hemos dicho antes que, en opinión del TC, el derecho a la asistencia letrada del art. 24.2 CE se supedita al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 CE. En palabras de SANTOS VIJANDE, «el art. 24.2 CE consagra unos derechos que preservan institucionalmente un valor constitucional irrenunciable: la prohibición de que se pueda producir indefensión»²⁸. Ello nos lleva a concluir que el fundamento último del derecho a la defensa efectiva hay que encontrarlo en este segundo derecho.

Es preciso, pues, intentar una aproximación conceptual al derecho a la tutela judicial efectiva en general y al derecho a no sufrir indefensión en particular. No es tarea fácil, pues las especiales características de las normas constitucionales las hacen refractarias a una determinación completa de su contenido en el propio texto de la Constitución²⁹. Ha sido la labor del TC la que ha permitido la concreción del derecho a la tutela judicial efectiva³⁰, dotándolo de contenido: libertad de acceso al proceso, derecho de defensa, derecho a obtener una resolución motivada³¹ y fundada en derecho³² sobre el fondo de la pretensión³³ o, excepcionalmente, una resolución igualmente motivada que acuerde la inadmisión³⁴. También integran la tutela efectiva el derecho al recurso³⁵ y a la ejecución de las resoluciones³⁶, así como a la intangibilidad de estas³⁷.

²⁸ SANTOS VIJANDE, J.M, La intervención forzosa de abogado y procurador en el juicio verbal del automóvil. Límites legales y constitucionales de la autodefensa, Madrid, 1997, p 332.

²⁹ La doctrina, además, propone grados de distinción *dentro* del propio derecho. Por ejemplo, Chamorro Bernal distingue entre derecho fundamental cualificado y mero derecho fundamental a la tutela judicial efectiva para deslindar los espacios protegidos por el recurso de amparo constitucional de aquellos que son de competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria. (CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*, Barcelona, 1994, pp. 349 ss.)

³⁰ Parece más acertado definir la labor del TC de creadora que de intérprete de la intención del legislador constituyente, que no pareció muy preocupado por imaginar un contenido específico para el derecho. Así queda patente en los entresijos del debate constitucional, en que el cambio de la dicción original «derecho al acceso para la tutela» por «tutela judicial efectiva», conceptos ni mucho menos equivalentes, obedeció a una cuestión meramente lingüística, como recuerda Chamorro Bernal. (CHAMORRO BERNAL, F. op. cit. p. 8).

³¹ SSTC 60/2008, de 26 de mayo; 102/2014, de 23 de junio o 101/2015, de 25 de mayo. Motivación que deberá ser reforzada cuando esté en juego la libertad del justiciable: SSTC 63/2001, de 17 de marzo; 163/2002, de 16 de septiembre y 43/2008 133/2022, de 24 de octubre.

³² Hay que recordar que la aplicación de la normativa sustantiva es una cuestión de legalidad ordinaria y no goza de protección constitucional por la vía del recurso de amparo salvo en aquellos casos en los que se den afectaciones en otros derechos fundamentales sujetos a protección o bien en que la norma aplicada carezca patentemente de validez o no sea la adecuada, si bien es una cuestión no exenta de polémica (ver STC 66/1982, de 12 de octubre).

³³ SSTC 50/1982, de 15 de julio, 158/1987, de 20 de octubre, 206/1987, de 21 de diciembre.

³⁴ SSTC 69/1984, de 11 de junio; 28/2009, de 26 de enero y 83/2016, de 28 de abril.

³⁵ El derecho al recurso no está previsto de forma específica en el complejo del art. 24, pero la doble instancia penal se integra en nuestro ordenamiento interno por la vía del 10.2 CE, que lleva a incorporar el art. 14.5 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 2º del Protocolo 7º del CEDH. Es, por tanto, un derecho de configuración legal que se integra con la específica regulación del concreto medio de impugnación y que una vez establecido, debe interpretarse de conformidad con el propio art. 24 CE (SSTC 201/2002, de 12 de noviembre; 48/2008, de 11 de marzo y 201/2012, de 12 de noviembre).

³⁶ CHAMORRO BERNAL, F. op. cit. p. 13 y STC 23/1982.

³⁷ SSTC 23/1994 y 23/1994.

Estamos ante un derecho predominantemente formal³⁸ e instrumental, pues sirve a un objeto específico: la obtención de una resolución motivada y fundada en Derecho, sin que el acierto de ésta quede garantizado; prestacional y de configuración legal, en la medida en que no es ejercitable directamente a partir de la Constitución, sino solo por los cauces que el legislador establece³⁹; de realización gradual y progresiva, dado que se va perfeccionando a lo largo de las correlativas fases del proceso⁴⁰; y, por ello, de contenido múltiple, integrado por las garantías correspondientes a cada uno de los momentos del *iter* procedimental⁴¹.

a. *La interdicción de indefensión (art. 24.1.II CE): concepto*

La efectividad de la defensa es un elemento indispensable para preservar un componente esencial de la tutela judicial efectiva: la prohibición de indefensión. Volvemos a toparnos con un derecho de contornos algo difusos⁴²: la doctrina lo ha definido como un derecho de configuración legal, articulado por todos los trámites recogidos en las normas procesales que permiten al justiciable defender sus intereses⁴³, consistente en no sufrir en el seno del proceso una privación o limitación de las posibilidades esenciales del derecho de defensa (alegación y prueba) a lo largo del mismo o de cualquiera de sus fases o incidentes, siempre que tal privación acarree un perjuicio efectivo y definitivo a los derechos e intereses sustantivos del justiciable y que dicho resultado no le sea imputable a quien lo alega⁴⁴. De ahí que la jurisprudencia lo conciba como una formulación negativa del derecho de defensa⁴⁵.

b. *¿Indefensión formal e indefensión material?*

De tal concepción del derecho se desprende que no toda infracción procedimental produce una indefensión constitucionalmente relevante pues, como acabamos de ver, indefensión es solo la limitación de las posibilidades *esenciales* de defensa, que además cause un perjuicio *efectivo y definitivo*. Ello ha llevado a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a acuñar el concepto de *indefensión material*, por oposición a la *indefensión formal*⁴⁶, que englobaría las infracciones procesales de menor trascendencia. Esta distinción viene siendo cuestionada desde hace tiempo por la doctrina⁴⁷, que ve en ella una parapeto para permitir un mayor margen de arbitrariedad en la decisión judicial.

Bajo mi punto de vista, el problema se evitaría con no separamos del concepto de indefensión que hemos visto antes. La indefensión es la *consecuencia* de la vulneración procesal, no la

³⁸ CHAMORRO BERNAL, F. op. cit. p. 356.

³⁹ STC 158/1987, de 20 de octubre.

⁴⁰ CHAMORRO BERNAL, F. op. cit. p. 356.

⁴¹ *Ibid.*, p. 358.

⁴² Díez Pícazo Giménez, I. (con Borrajo Iniesta, I., y Fernández Farreres, G, op. cit., p. 100); Yélamos Bayarri, E., *Nulidad Procesal y comunicaciones judiciales fallidas*, Barcelona, 2006, p. 176.

⁴³ Serrano Hoyo, G., *La prohibición de indefensión y su incidencia en el proceso*, Granada, 1997, p. 13.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ SSTC 48/1984, de 4 de abril; 156/1985, de 15 de noviembre; SSTs 245/2012, de 27 de marzo; 485/2012, de 13 de junio.

⁴⁶ SSTC 47/2002 de 15 de julio; 168/2002 de 30 de septiembre; 43/2003 de 3 de marzo o 107/2003 de 2 de junio.

⁴⁷ Serrano Hoyo hace un compendio de ella (Serrano Hoyo, G., op. cit. p. 346). También Yélamos Bayarri (Yélamos Bayarri, E., op. cit. pp. 202-203) y Santos Vijande (Santos Vijande, J.M., op. cit. p. 310 ss.)

vulneración en sí misma. Esto es, toda indefensión es fruto de una infracción de la normativa procesal, pero no toda infracción procesal da lugar a indefensión. Dicho de otro modo: una contravención de la normativa del procedimiento puede limitar decisivamente la defensa o no hacerlo. Si lo hace, habrá indefensión. Si no lo hace, habrá una mera infracción procesal, un defecto de forma, pero no indefensión. Llamar a lo primero *indefensión formal* solo contribuye a generar confusión.

c. *¿Necesidad de incidencia en el fallo?*

En ocasiones, este debate se confunde con el relativo a si la indefensión debe tener incidencia o no en el fallo para que pueda combatirse procesalmente y, yendo más allá, si el concepto de indefensión integra ya tal incidencia⁴⁸.

Me inclino por dar una respuesta positiva a la primera cuestión y una respuesta negativa a la segunda, aunque ello suponga ahora cuestionar la definición doctrinal clásica de indefensión. Hay que distinguir lo que es propio de la indefensión (la limitación del derecho de defensa) de las consecuencias materiales que pueden derivarse de tal limitación (la incidencia o no en el fallo). De este modo, puede darse una indefensión evidente que no tenga consecuencia negativa alguna, por ejemplo, porque el fallo le sea favorable a quien la sufrió. Y, según lo que aquí defendemos, si se produce una limitación sustancial al derecho de defensa, seguirá existiendo indefensión. Que el afectado por el vicio no tenga derecho a recurrir no es consecuencia de que no sufriera tal indefensión, sino de la ausencia de gravamen⁴⁹. Son cosas distintas y no deben confundirse. Por ello, entiendo que debe quedar fuera del concepto de indefensión la necesidad de un «*perjuicio efectivo y definitivo a los derechos e intereses sustantivos del justiciable*». El perjuicio efectivo y definitivo constituye el gravamen necesario para recurrir. Podrá ser uno de los resultados de la indefensión, pero no es la indefensión misma.

La cuestión no tiene más trascendencia que la conceptual, pues nadie recurre un fallo favorable aunque en algún momento se le limitara el derecho de defensa. El problema práctico es más bien otro: el de acreditar la conexión causal entre la indefensión y el fallo. Lo que supone demostrar que este resultó más gravoso que el que se habría dado de no producirse el vicio. Un juicio de conjeturas⁵⁰ de difícil solución⁵¹, y que coloca al órgano *ad quem* en la posición de tener que entrar a valorar el fondo del asunto, algo complicado para un tribunal que no goza de inmediación⁵², y completamente vedado al Tribunal Constitucional (art. 44.1.b LOTC), que es el que está llamado a amparar el derecho en última instancia⁵³. Pongamos como ejemplo una

⁴⁸ Algo que parece apuntar el propio TC, por ejemplo, en la STC 48/1984, de 4 de abril, cuando afirma que «tampoco hay indefensión si a quien interviene en un proceso se le limitan los medios de alegación y de prueba de forma no sustancial para el éxito de las pretensiones que mantiene».

⁴⁹ SANTOS VIJANDE, J.M, op. cit. p. 310 ss.

⁵⁰ De similar opinión son RICHARD GONZÁLEZ, que rechaza condicionar la indefensión padecida a la valoración del resultado de fondo (RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, Cizur Menor, 2008, p. 64), y DE LA OLIVA SANTOS, citado por SERRANO HOYO (SERRANO HOYO, G., op. cit. p 323).

⁵¹ Algo que es también objeto de preocupación en la doctrina procesal estadounidense en lo concerniente al *ineffective assistance of counsel* (KLEIN, R. op. cit. p. 1478).

⁵² Comparto, hasta cierto punto, las reticencias sobre la necesidad de inmediación en el juicio de revisión del *factum* que, entre otros, han expuesto autores como NIEVA FENOLL. (NIEVA FENOLL, J. «Inmediación y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad», *Civil Procedure Review*, 2003, v.3, n.1: 3-24, enero-abril.)

⁵³ SERRANO HOYO, G., op. cit., p. 296. En el mismo sentido, Díez PICAZO (DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, I., con BORRAJO INIESTA, I., y FERNÁNDEZ FARRERES, G. op. cit., p. 116).

indefensión causada por la inadmisión indebida de un medio de prueba testifical. ¿Cómo puede demostrar el justiciable que la sentencia le habría sido favorable de comparecer el testigo preterido? A lo más que puede aspirar es a intuir el sentido de su declaración, pero no puede saber si hubiese cambiado el parecer del juez.

De todos modos, lo cierto es que los tribunales exigen que la indefensión haya repercutido de forma negativa en el fallo⁵⁴, con lo que resulta imprescindible encontrar formas de determinar cuándo es así⁵⁵. En este sentido, SERRANO HOYO apunta que debe bastar la duda de que lo que no se permitió alegar o probar tendría eficacia para la resolución de la controversia en favor de los intereses del afectado por la infracción procesal⁵⁶. Trasladándolo a las alegaciones sobre defensa inadecuada, el Tribunal Supremo afirma que basta *«el pronóstico razonable de que la defensa ineficaz ha podido influir significativamente en el sentido y alcance de lo decidido en la sentencia condenatoria en perjuicio de la persona acusada»*⁵⁷.

d. La indefensión debe proceder de los tribunales y no debe ser achacable a la parte

Por último, la indefensión con trascendencia constitucional debe proceder de una infracción del órgano jurisdiccional y no debe ser consentida por la parte ni atribuible a su falta de diligencia. Aquí se pueden generar algunas dudas en lo relativo a la defensa inefectiva, pues al fin y al cabo, quien causa el vicio es el representante legal de la parte, precisamente por negligencia o impericia. La respuesta conecta con lo que vimos al principio: si bien quien causa la lesión en primera instancia es el letrado del justiciable (en sentido amplio «la propia parte»⁵⁸), es el tribunal el que tiene el deber positivo de actuar cuando lo detecta⁵⁹. De esta forma, la responsabilidad de la indefensión se transfiere al órgano jurisdiccional⁶⁰ que, siendo consciente de la afectación o del desequilibrio, no hace lo suficiente por remediarlo⁶¹. Volveremos a ello más adelante.

⁵⁴ SSTC 366/1994, de 13 de diciembre.

⁵⁵ Díez PICAZO pone de manifiesto las distintas situaciones del juicio de incidencia, que van desde la certeza de la no incidencia a la seguridad de la incidencia, con los problemáticos espacios grises entre uno y otro punto. Con fundamento en la imposibilidad de revisión fáctica del TC, este autor aboga por apreciar indefensión en abstracto, sólo ante supuestos de certeza de no incidencia, una operación que consistiría *«en descartar la indefensión sólo cuando el medio de defensa preterido es objetiva y abstractamente inidóneo para el fin propuesto o cuando haya sido tenido en cuenta por el juzgador a través de las alegaciones y pruebas de otra parte»* (DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, I. con BORRAJO INIESTA, I., y FERNÁNDEZ FARRERES, G, op. cit., 116)

⁵⁶ Y ello con independencia de que finalmente el fallo sea el mismo o no (SERRANO HOYO, G., op. cit., p. 309).

⁵⁷ STS 383/2021, de 5 de mayo.

⁵⁸ Ver los matices al respecto de esta cuestión en 5.2.a.

⁵⁹ Véanse todas las sentencias del TEDH citadas, pero también la jurisprudencia del TC. Por ejemplo, SSTC 1/2007, de 15 de enero; 258/2007, de 18 de diciembre o 179/2014, de 3 de noviembre. Véase asimismo la STS 383/2021, de 5 de mayo, que lo expresa en estos términos: *«(...) la autonomía y la libertad de defensa no pueden impedir toda posibilidad de escrutinio sobre su nivel de adecuación a los fines constitucionales a los que debe servir. Muy en particular, si el defensor, cualquiera que sea su fuente de designación, cumple con las obligaciones profesionales que le incumben a la luz de las circunstancias del caso. Cabe, por tanto, apuntar un doble nivel de control: primero, el del cumplimiento de las obligaciones profesionales previstas en las normas procesales; segundo, el del grado de adecuación técnica de la actividad desarrollada a los fines de defensa»*.

⁶⁰ Así lo constata la recién citada STS 383/2021, de 5 de mayo, *«[d]icha doctrina no puede cerrar la vía a la denuncia apelativa o casacional de la defensa ineficaz. Si el desinterés, negligencia, error técnico o impericia de los profesionales designados de oficio para asegurar la defensa adecuada, la vacían de todo contenido material, no puede excluirse el efecto indefensión constitucionalmente proscrito en la medida en que, en estos supuestos, es el propio Estado, como nos recuerda el TEDH, el que asume una obligación positiva de salvaguarda»*.

⁶¹ SERRANO HOYO, G., op. cit., p. 253.

3.2. ¿El derecho a un proceso con todas las garantías? (art. 24.2 CE)

En ocasiones el TC vincula el derecho a la asistencia de letrado con el derecho a un proceso con todas las garantías, también recogido en el art. 24.2 CE⁶². Ello plantea la duda de si este último derecho tiene un ámbito de protección específico que pueda acoger la interdicción de la defensa inefectiva. La respuesta, a mi criterio, debe ser negativa. Más allá de su uso por los operadores jurídicos como cláusula de estilo, a modo de apoyo o quizás con un cierto ánimo de emular el *due process* anglosajón o el proceso equitativo del CEDH⁶³, el derecho a un proceso con todas las garantías funciona como cláusula residual de constitucionalización de otras garantías procesales que no aparecen de forma explícita en la Constitución⁶⁴, que se construye de forma negativa y excluyente respecto de las que sí lo están⁶⁵. Así, mientras existan garantías explícitas que amparen la efectividad de la defensa, no tiene sentido que ésta se vehicule a través del citado derecho.

3.3. La relación entre los derechos del art. 24.1 y del 24.2 CE

Debe advertirse que nuestro análisis parte de la concepción de los derechos expuesta más arriba, que hasta donde alcanzamos goza de un consenso generalizado en la doctrina y –quizás en menor medida– en la jurisprudencia. Se dice esto porque «tutela efectiva», «indefensión» y «proceso con todas las garantías» son conceptos jurídicos con un alto grado de indeterminación y que se prestan a varias interpretaciones, tanto técnicas como coloquiales. Es fácil caer en la trampa de afirmar que a quien no se le permite el acceso al proceso se le causa indefensión, o que una justicia tardía es una tutela inefectiva, pues no deja de ser cierto en el sentido natural del lenguaje. Pero desde un punto de vista técnico no lo es, al menos si nos ajustamos a las definiciones anteriores.

Sentado esto, volvamos a nuestro examen. Seguramente por la comentada indeterminación, doctrina y jurisprudencia se encuentran con dificultades al intentar establecer las fronteras entre los derechos del artículo 24 CE⁶⁶. Más allá del interés teórico que pueda suscitar la cuestión, la conclusión a la que lleguemos tiene repercusiones prácticas: por poner un ejemplo, la fundamentación de la demanda de amparo en la violación de un derecho cuando el afectado era otro puede conllevar su inadmisión ex. art. 49.1 LOTC⁶⁷. Es necesario, por tanto, precisar algo más la distinción entre los derechos que hemos ido mencionando.

Alguna doctrina ha visto la tutela judicial efectiva como una abrazadera del resto de los derechos del art. 24 CE⁶⁸, a modo de continente vacío. También se le ha dotado de un contenido limitado,

⁶² SSTC 339/2005, de 28 de febrero; 143/2001, de 18 de junio; 12/2006, de 16 de enero o 61/2007, de 26 de marzo.

⁶³ CALDERÓN CUADRADO, M.P. «El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)», *Cuadernos de derecho público*, 2000, núm. 10, mayo-agosto, p. 163.

⁶⁴ SERRANO HOYO, G., op. cit., p. 150

⁶⁵ CALDERÓN CUADRADO, M.P., op. cit. p. 160

⁶⁶ YÉLAMOS BAYARRI, E., op. cit. p. 176

⁶⁷ CHAMORRO BERNAL, F. op. cit. p. 8.

⁶⁸ Esta es la posición de GONZÁLEZ PÉREZ, citado por CHAMORRO BERNAL, con la salvedad que hace el autor en la nota 2. (CHAMORRO BERNAL, F. op. cit. p. 370).

que se circunscribiría al derecho de acceso⁶⁹. De la misma forma, se ha sostenido que tutela y no indefensión son la misma cosa, que la tutela está incluida en un genérico y más amplio derecho a no sufrir indefensión⁷⁰ o, al contrario, que este último queda integrado en aquélla.

Sin perjuicio de las distintas posiciones doctrinales, el consenso generalizado es que la tutela judicial efectiva no es un derecho genérico en el que subsumir el resto de los derechos del art. 24 CE⁷¹, sino un derecho con el contenido autónomo concreto ya examinado, esto es: derecho de acceso, derecho de defensa y derecho a obtener una resolución fundada y ejecutiva. Lo cual no quiere decir que sea un compartimento estanco, pues a veces se dan puntos de conexión entre los derechos del art. 24.1 CE y los del art. 24.2 CE. Baste el ejemplo antes citado del derecho a la asistencia letrada del art. 24.2 CE: cuando el Estado niega a un ciudadano la elección de abogado y le proporciona un abogado de oficio ineficaz cuyo desempeño afecta negativamente a su suerte procesal, está afectando al mismo tiempo el citado derecho, en sus dos vertientes –subjetiva y objetiva– y la tutela judicial efectiva sin indefensión, pues, precisamente, se produce una merma del derecho de defensa. Pero no siempre es así: en el mismo caso, si el desempeño del letrado de oficio y del órgano jurisdiccional son exquisitos, se vulnera el derecho a la asistencia letrada en su vertiente subjetiva pero no la tutela judicial efectiva. Algo que no podría suceder si la tutela judicial efectiva actuara como derecho genérico o *derecho-continente* del resto de garantías, en cuyo caso, toda infracción del art. 24.2 lo sería también del 24.1.

También hay acuerdo en afirmar que la relación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la prohibición de indefensión es la que hay entre el todo y la parte: el derecho de defensa forma parte de la tutela⁷². De modo que toda indefensión es una falta de tutela efectiva, pero no toda tutela inefectiva da lugar a indefensión⁷³. Pongamos como ejemplo el de un tribunal que, por lo que fuere, no ejecuta una sentencia firme, habiendo sido el proceso ejemplar hasta llegar a ese punto. El ciudadano no ha sufrido ninguna limitación en sus posibilidades de alegación y prueba, por lo que su derecho de defensa no se ha visto afectado, pero mientras no se ejecute la resolución, no se le estará garantizando una tutela efectiva.

También el derecho a no sufrir indefensión, pese a su autonomía, enlaza a menudo con los derechos del art. 24.2 CE. De hecho, algunos de éstos funcionan como parcelas del derecho de defensa, o como instrumentos a su servicio⁷⁴. Por ejemplo, el derecho a ser informado de la acusación opera como presupuesto indispensable del ejercicio del derecho de defensa⁷⁵ (uno no puede defenderse si no sabe de lo que se le acusa). También el derecho a la prueba⁷⁶ es uno de sus rasgos esenciales⁷⁷. De la misma forma, como hemos visto, el derecho a la asistencia letrada

⁶⁹ MATEU ROS CEREZO o REYES MONREAL, también citados por CHAMORRO BERNAL (CHAMORRO BERNAL, F. op. cit. pp. 372 y 373).

⁷⁰ PRIETO CASTRO citado por SERRANO HOYO (SERRANO HOYO, G., op. cit., p. 123), también STC 109/1985, de 8 de octubre.

⁷¹ STC 89/1985, de 19 de julio.

⁷² En contra, PICÓ I JUNOY separa ambos derechos. PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, 2012, pp. 57 y 111.

⁷³ CHAMORRO BERNAL, F. op. cit. p. 131.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 123

⁷⁵ SERRANO HOYO, G., op. cit., p. 131

⁷⁶ CHAMORRO BERNAL, no obstante, considera que hay vulneraciones del derecho a la prueba que pueden afectar al art. 24.2 CE sin producir necesariamente la indefensión del 24.1 CE. (CHAMORRO BERNAL, F. op. cit. p.124).

⁷⁷ SERRANO HOYO, G., op. cit. p. 139

es instrumental al derecho de defensa, pues es una de las formas en que ésta se puede ejercer o, en el caso concreto, se *debe* ejercer, para que resulte efectiva⁷⁸. Pero no siempre es el caso del resto de los derechos del art. 24.2, que pueden ser vulnerados sin provocar indefensión⁷⁹.

Por último, destaca en la jurisprudencia una tendencia a dotar de fuerza expansiva al derecho a no padecer indefensión, que empieza a erigirse más en un criterio interpretativo de todo el ordenamiento procesal⁸⁰ que en un derecho con un contenido cerrado⁸¹. Ello parece deberse a la especial posición que la Constitución le otorga como primera garantía procesal constitucionalizada⁸² y a la proclamación de su carácter absoluto («*sin que en ningún caso*»).

4. Tratamiento procesal de la defensa inefectiva en el ámbito del proceso penal

Consecuencia de que la defensa letrada defectuosa afecte al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión es que su tratamiento procesal deba ser, en términos generales, el de la nulidad con retroacción al momento previo a la lesión, articulable por medio de los recursos establecidos siempre que no haya un medio más específico en la ley (240.1 LOPJ) o bien por la vía *amplia* del art. 240.2 LOPJ. Todo ello, claro está, sin ignorar las posibilidades de que los órganos jurisdiccionales se percaten de la defensa inadecuada en un momento en el que aún no ha causado efectos insubsanables, en cuyo caso pueden articular otras soluciones, como instar la sustitución del letrado. Empecemos por ésta.

4.1. Sustitución del letrado en fase de instrucción

Lo habitual es que la negligencia del letrado se ponga de manifiesto en el marco de un recurso devolutivo con ocasión de la denuncia de un profesional distinto al que la causó pues, salvo que aquélla sea grosera, suele pasar inadvertida o bien caer dentro del margen de libertad de ejercicio. Ahora bien, si la falta de diligencia se detecta durante la fase de instrucción, nada impide que el investigado pueda renunciar a su letrado o que el juez, de oficio, pueda instar a su sustitución. Esta facultad sólo podría ejercerse de forma excepcional y en casos en que la dejadez del letrado sea flagrante, y siempre ponderando los derechos del justiciable y los principios de libertad e independencia propios de la actuación del abogado⁸³. Adviértase que la posibilidad del juez de sustituir a un letrado no está prevista en la ley, con lo que debe contemplarse como un remedio *sui generis* basado, de forma amplia, en el deber positivo de los órganos del Estado de tutelar el contenido esencial del art. 24.1 CE.

⁷⁸ SANTOS VIJANDE, J.M, op. cit. p. 303.

⁷⁹ YÉLAMOS BAYARRI, E., op. cit. p. 179.

⁸⁰ Almagro Nosete, citado por Yélamos Bayarri (YÉLAMOS BAYARRI, E., op. cit. p. 181.)

⁸¹ BLANCO PEÑALVER, A., en *Comentarios...* (RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M.E, op. cit. p. 780).

⁸² YÉLAMOS BAYARRI, E., op. cit. p. 180.

⁸³ Art. 1 EGAE.

4.2. Suspensión del juicio oral y declaración de nulidad por la Audiencia Provincial en trámite de cuestiones previas

Una vez que el proceso llega al órgano enjuiciador, pueden darse varias posibilidades. La primera, que la ineffectividad de la defensa se ponga de manifiesto durante la fase intermedia del procedimiento ordinario⁸⁴, en cuyo caso, sería aplicable lo dicho en el apartado anterior respecto a la posibilidad de instar la sustitución del letrado.

La segunda posibilidad consiste en que se detecte la ineffectividad de la asistencia ya en el acto del juicio, por ejemplo, porque el abogado se presente en estado de embriaguez⁸⁵ o porque el propio justiciable o su letrado pongan de manifiesto que una defensa adecuada no es posible⁸⁶. En este caso, la solución pasaría por suspender el juicio oral hasta que se resolviera la situación que daba lugar a la ineficacia, posibilidad vehiculable por la vía del art. 746.1º LECrim o, si ello no fuera posible, hasta que el acusado pudiera nombrar a otro letrado. El Juez o Tribunal debería extremar las cautelas para evitar maniobras fraudulentas o dilatorias, en cuyo caso debería actuar como dispone el art. 11 de la LOPJ.

La tercera hipótesis es que se ponga de manifiesto que la negligencia se viene arrastrando desde fases anteriores, ya sea porque así lo comunique el nuevo letrado en el trámite de cuestiones previas, o porque el órgano jurisdiccional se percate por sí mismo o a intimación del acusado. Pese a que esta situación es más peliaguda que la anterior, aún es posible encontrar una solución procesalmente ortodoxa. De entrada, debe constatar que es cierto que el anterior letrado, con su impericia o negligencia, dejó al acusado en una situación de efectiva indefensión que no fue subsanada y que no pueda subsanarse en ese momento por el tribunal. En tal caso, deberá declararse la nulidad de lo actuado mientras duró el estado de indefensión. Por recuperar el ejemplo inicial, si el letrado debió solicitar diligencias propias de la fase instrucción esenciales para la defensa y no lo hizo, el Tribunal declarará la nulidad de la resolución que ponga fin instrucción, retro trayendo las actuaciones hasta ese punto, de manera que se puedan plantear las diligencias convenientes⁸⁷.

Ahora bien, un remedio como este, bajo mi punto de vista, solo puede darse cuando el órgano de enjuiciamiento es la Audiencia Provincial. Plantea muchas más dudas que un Juzgado Penal pueda ejercer funciones revisoras con respecto de lo actuado por un órgano sobre el que no tiene jerarquía funcional⁸⁸, por mucho que el art. 786.2 LECrim no haga distinciones al respecto.

⁸⁴ En el procedimiento abreviado, la fase intermedia tiene lugar ante el mismo Juzgado de instrucción.

⁸⁵ Parece inverosímil, pero se han dado ejemplos de ello en la jurisprudencia americana, que curiosamente, no han llevado a apreciar la doctrina de la *ineffective assistance*. (KLEIN, R., op. cit. p. 1448).

⁸⁶ Este segundo supuesto es el caso que resuelve la STS 649/2023, de 5 de noviembre. Pocos días antes del inicio del juicio oral uno de los acusados renunció a su letrado al percatarse de que existía un conflicto de intereses, pues este defendía también a una persona jurídica acusada, con estrategias incompatibles. La Audiencia Provincial designó a un abogado de oficio sin notificar al acusado, que se vio en el nuevo señalamiento sin haber podido reunirse con su defensor. Este advirtió de dicha circunstancia en el trámite de cuestiones previas y desplegó una defensa pasiva y genérica durante el resto del juicio, advirtiendo una y otra vez al tribunal de que no estaba en disposición de hacer otra cosa. Finalmente, el TS anuló la condena y ordenó repetir el juicio al considerar que el justiciable no había recibido una defensa efectiva.

⁸⁷ Esta es la solución que dio el Tribunal Supremo en la STS 1117/2009, de 11 de noviembre, que citábamos en la introducción.

⁸⁸ YÁÑEZ VELASCO, R., De la nulidad procesal a la anulación del Derecho procesal. Jueces legisladores y corrupción de legalidad, Madrid, 2019, p. 75.

4.3. Nulidad y subsanación en trámite de recurso

Ya en el trámite de recurso, caben dos opciones: que la negligencia del letrado sea subsanable o que no lo sea. Ello nos conduce, de nuevo, a las dos sentencias citadas al inicio del trabajo. Si el conjunto de la actuación desplegada por el abogado resulta en una indefensión total y absoluta para su cliente, como sucedió en el caso resuelto por el TS, no cabe subsanación alguna⁸⁹, y debe retornarse el procedimiento al órgano de instancia, de forma que este garantice la presencia de un profesional que despliegue una defensa real. En cambio, en un supuesto similar al resuelto por el TSJC, en el que no se aportó una prueba esencial en el juicio por dejadez del letrado, aún sería posible la subsanación por la vía de la práctica de prueba en segunda instancia (art. 790.3 LECrim)⁹⁰.

Debe repararse en algo: en el caso resuelto por el TS, la indefensión tuvo origen jurisdiccional, pues se situó en la falta de reacción del Juzgado de Instrucción y la Audiencia Provincial ante el perjuicio evidente que causaba la negligencia del letrado. Pero en la sentencia del TSJC no fue así, dado que el mal asesoramiento sólo afloró cuando el nuevo letrado lo indicó, ya en fase de recurso, sin que pueda reprocharse nada al órgano de instancia. Desde este punto de vista, es una indefensión ajena a toda actuación jurisdiccional. Además, la admisión de la nueva prueba no se cohonestaba con ninguno de los supuestos habilitantes del 790.3 LECrim, pues ni fue prueba indebidamente denegada, ni admitida y no practicada, ni prueba que no se pudo proponer. Siendo todo cierto, creo que son obstáculos salvables y que fueron bien resueltos por el TSJ.

En lo que respecta a la posibilidad de introducir la prueba en apelación, es verdad que el supuesto no acaba de encajar del todo en el art. 790.3 LECrim. No obstante, considero legítimo interpretar extensivamente (y *pro reo*) el precepto y admitir la prueba, pues la alternativa es anular y repetir el juicio, y la ley aboga por la subsanación siempre que ésta sea posible (art. 790.2.II).

Así mismo, es cierto que la indefensión en este caso no se podía atribuir al órgano de instancia. Pero ello no es suficiente para que el tribunal revisor deje de actuar si la detecta, pues también este tiene la obligación de tutelar la efectividad de la asistencia letrada. Además, dejar pasar una indefensión manifiesta causada por un letrado con el pretexto de que no la causó un poder público es procesalmente antieconómico. Imaginemos que el TSJC, prisionero de esta idea, no hubiera hecho nada: sería entonces su propia omisión la que procedería de un órgano jurisdiccional y la que causaría indefensión, lo que desplazaría innecesariamente el debate a la casación.

⁸⁹ Más allá de que en el ámbito del recurso de casación las posibilidades de subsanar son prácticamente inexistentes por acción del art. 901.bis.a LECrim. Quizás el único supuesto que vendría a la mente es el vicio consistente en el error en la valoración de la prueba documental del art. 849.2º LECrim, descrito incorrectamente como infracción de ley probablemente para abstraerlo del mencionado tratamiento procesal de los quebrantamientos de forma.

⁹⁰ El principio de subsanación, general a todas las nulidades procesales (240.2 LOPJ), tiene su reflejo en sede de apelación penal en el art. 790.2.II LECrim: «Si en el recurso se pidiera la declaración de nulidad del juicio por infracción de normas o garantías procesales que causaren la indefensión del recurrente, en términos tales que no pueda ser subsanada en la segunda instancia...». Una de las formas de subsanación en este ámbito es la posibilidad de practicar prueba en segunda instancia sin tener que repetir el juicio (art. 790.3 LECrim).

5. La tutela de la defensa efectiva del letrado libremente designado

5.1. (Re)planteamiento de la cuestión

Llegados a este punto, es momento de dar respuesta a la pregunta planteada al inicio del presente trabajo: ¿es posible, en el proceso penal, tutelar de forma limitada y excepcional la efectividad de la defensa cuando quien la desarrolla es un profesional libremente designado? Bajo mi punto de vista y pese a lo dicho por el TC, sí debería resultar posible, y ello sin necesidad de alejarnos demasiado del marco teórico descrito.

5.2. Los obstáculos derivados de la doctrina del Tribunal Constitucional

No es descabellado que el abogado libremente designado sea quien perpetre alguna de las actuaciones que la jurisprudencia, cuando el abogado es de oficio, considera vulneradoras de derechos. Este es precisamente el caso examinado en la STC 91/1994, de 21 de marzo. Una persona condenada comunicó desde prisión al órgano enjuiciador su voluntad de recurrir en casación. Como quiera que el recurso no se acabó formalizando por la omisión de su representación letrada particular, se confirmó la sentencia. El TC denegó el amparo, concluyendo, de forma expresa, que la doctrina relativa a la defensa inefectiva generadora de indefensión no era aplicable a aquellos casos en que el letrado no es de oficio⁹¹. ¿Es correcta la solución del TC?

Se ha destacado el papel predominante del derecho a no sufrir indefensión, y precisamente sobre este derecho pivotan los tres grandes argumentos que maneja la sentencia para denegar el amparo. El Tribunal cita, en primer lugar, su doctrina relativa a negar la indefensión si ésta se debe a la negligencia o impericia de la parte que la alega. En segundo lugar, el TC considera que, dado que el art. 44 LOTC sólo permite amparar las vulneraciones de derechos fundamentales que proceden directamente del poder público, las únicas indefensiones merecedoras de protección son las que causa el letrado de oficio: *«las eventuales lesiones de derechos fundamentales resultantes de las relaciones entre el justiciable y su representante procesal no son amparables constitucionalmente por no ser atribuibles a un poder público»*. En tercer lugar, el Tribunal añade que la relación de confianza entre justiciable y letrado particular supone que este asume *«con todas sus consecuencias»* la defensa ante los tribunales, algo que no sucede cuando el abogado es designado de oficio. Examinemos los argumentos uno por uno.

a. La negligencia de la parte que alega indefensión como obstáculo para el reconocimiento del derecho

En el núcleo de la motivación del TC late su reiterada jurisprudencia relativa a que la indefensión, para encontrar amparo, no ha de haber sido provocada ni consentida por la propia parte⁹². Pero, ¿realmente es siempre así, como da a entender el Tribunal?

En términos generales sí, pero no en todas las ocasiones. Precisamente los supuestos de defensa inefectiva son perfecta muestra de ello, pues se concede el amparo aunque la indefensión

⁹¹ STC 91/1994, de 21 de marzo.

⁹² SSTC 109/2002, de 6 de mayo; 87/2003, de 19 de mayo; y 5/2004, de 16 de enero.

proceda del mal desempeño de la parte que lo alega. El hecho de que abogado y procurador sean nombrados de oficio no les resta la cualidad de representantes de la parte procesal, y aun siéndolo, su comportamiento negligente no cercena el reconocimiento de la indefensión, sino todo lo contrario, lo habilita. En la medida en que el TC admite tales excepciones, este argumento no puede ser acogido, salvo que se asuma una noción distinta de «parte» según si la postulación es pública o particular, de forma que el abogado de oficio y el justiciable sean partes distintas y, por el contrario, no lo sean el justiciable y el abogado particular, por una suerte de amalgama operada por la relación de confianza. Pero no me parece que quepa hacer tal distinción por su alto grado de artificialidad.

Bajo mi punto de vista, la solución pasa por no perder de vista cuáles son derechos fundamentales en juego y por valorar si, en el caso concreto, se produce una afectación a su contenido esencial. Esta es la visión de la ya citada STS 383/2021, que plantea, como norma general, que los costes de defensa derivados de errores o de actuaciones ineficaces deberán ser asumidos por la parte, pero *«siempre que no comprometan de forma irreductible y grave el núcleo constitucionalmente protegido del derecho al proceso justo y siempre, además, que las autoridades judiciales en caso de carencias manifiestas hayan permanecido pasivas en su deber de garantizar el derecho a una asistencia letrada eficaz»*⁹³. Teniendo esto en cuenta, es irrelevante que el letrado sea de oficio o particular, pues el parámetro a considerar es la afectación al contenido esencial del derecho, que es independiente de la forma de designación.

b. La actuación del letrado de oficio como vulneración procedente de un poder público

El segundo motivo es que la defensa inefectiva del letrado particular no es una vulneración atribuible a un poder público y, por ello, no es susceptible de amparo. Pero ¿acaso la impericia del abogado de oficio que causa indefensión sí lo es? Este parece ser el sentir del TC, pese a que no acabe de decirlo de forma expresa. A favor de esta tesis, ALONSO GARCÍA⁹⁴ llega a afirmar que si la indefensión se produce por un abogado de oficio, hay «suficiente intervención pública» para estimar violado el art. 24 por un poder del Estado, en la medida en que se imputa la violación al juez que nombró al abogado de oficio.

A mi modo de ver, esta construcción confunde el especial estatuto del abogado de oficio⁹⁵ con la exigencia de que la indefensión, en tanto que violación de derecho fundamental susceptible de amparo, proceda de un poder público, que son cosas distintas. En puridad, lo que el TC y el TEDH censuran no es el mal desempeño del abogado en tanto que prestador de un servicio público o en tanto que nombrado por un poder del Estado, sino la ausencia de tutela por parte de los tribunales ante una defensa manifiestamente inefectiva. Es ahí donde hay que situar el nacimiento de la indefensión, sin que sea necesario retrotraer la vulneración del derecho al momento del nombramiento del letrado de oficio por parte del juez o del Estado por medio de sus instituciones. Así pues, que el abogado sea de oficio o particular es indiferente, al menos al efecto de calibrar la procedencia de la vulneración, pues ésta siempre va a tener su origen en un poder público, el

⁹³ Es cierto que el TS se refiere al «derecho a un proceso justo», que no forma parte de nuestra Constitución, pero sí del CEDH. El ponente parece influido aquí por la metodología de análisis habitual en el TEDH, que suele valorar las vulneraciones de las garantías del art. 6.3 CEDH –incluyendo el derecho a la asistencia efectiva– en función de si afectan al derecho a un proceso justo y equitativo, ponderando globalmente las demás circunstancias del caso.

⁹⁴ Citado por Serrano Hoyo (SERRANO HOYO, G. op. cit. p. 259).

⁹⁵ Exposición de Motivos de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

órgano jurisdiccional que actúa con pasividad cuando debería salvaguardar los derechos del justiciable.

c. La relación de confianza como «licencia» para la ineffectividad de la defensa

Hemos visto también que el TC alude a la confianza propia de la relación entre el abogado particular y su cliente como motivo para desestimar algunas quejas por indefensión. Tal relación, se supone, no existiría en los supuestos de designación de oficio y, por ello, el TC reclama a los tribunales ordinarios «*un especial cuidado y protección de los particulares que se ven disminuidos en sus posibilidades efectivas de defensa en tales casos*»⁹⁶.

Parece discutible que la confianza que un ciudadano lego en Derecho tiene en su abogado sea motivo suficiente para que los tribunales no le puedan amparar en ningún caso ante actuaciones manifiestamente deficientes de este. Que deba soportar las consecuencias de la negligencia de su abogado por no detectarla con el tiempo suficiente para renunciar a la defensa o, simplemente, por no tener la capacidad de valorar su desempeño de forma crítica. Es incluso apresurada la presunción de la existencia de una relación de confianza. No hay diferencias relevantes en el caso del ciudadano que se enfrenta a la jurisdicción penal depositando su *confianza*, a veces en un puro acto de fe, en un abogado porque se lo ha recomendado un conocido, que en el de aquél que deja que sea la administración de justicia quien le facilite un profesional. No alcanzo a ver, en suma, por qué la supuesta confianza en el abogado debe operar siempre como cortapisa a la indefensión causada por este.

5.3. ¿Vuelta al derecho a la asistencia letrada?

Según lo expuesto, el distinto tratamiento que se da a la actuación defectuosa de un letrado según sea de oficio o de libre designación no puede sostenerse en los tres argumentos que emplea el TC con ocasión de su jurisprudencia sobre indefensión. La única forma en que cabría justificar tal diferencia, bajo mi punto de vista, pasaría por hacer el camino inverso al que recorre el TC y desconectar el derecho a la asistencia letrada de la tutela judicial efectiva sin indefensión.

Si asumimos que del derecho a la asistencia letrada del art. 24.2 CE nace la obligación del Estado de suministrar un abogado en determinados casos, y esa obligación, por indicación del TEDH, no finaliza con la mera designación, sino que implica también el deber de vigilancia sobre la efectividad de la defensa, tiene sentido que sólo se pueda vulnerar el derecho cuando el abogado que actúa de forma defectuosa sea, precisamente, el suministrado. Así, por expresarlo en categorías sustantivas, el Estado se sitúa en posición de garante de la eficiencia del desempeño del abogado que él mismo ha facilitado, pero no del resto⁹⁷.

Pero ello, como se ha dicho, requeriría reinterpretar el derecho a la defensa y a la asistencia letrada de forma restrictiva, desvinculándolo del derecho a no sufrir indefensión, algo que no parece coherente con la ya estudiada visión expansiva que el TC tiene del derecho y con su contenido esencial.

⁹⁶ STC 47/2003, de 3 de marzo.

⁹⁷ Habría espacio para la discusión si se repara en que el Estado es responsable de la formación de todos los abogados.

5.4. Recapitulación

Visto lo visto, no me parece que puedan acogerse los motivos que emplea el TC para rechazar el amparo al afectado por una defensa inefectiva de su abogado particular. Si pretende asentarse la efectividad de la defensa en el derecho a la tutela judicial sin indefensión, la cuestión debe analizarse bajo los parámetros del 24.1 CE. Deja entonces de tener sentido discriminar entre abogados de oficio y particulares, pues la indefensión puede proceder de ambos.

Pese a que no he querido ahondar sobre ello por no alejarme demasiado del objeto de este trabajo, el TC también añade en algunas de sus resoluciones que el justiciable, ante la pasividad o la falta de pericia de su abogado, cuenta con otros remedios jurídicos arbitrados para exigirles responsabilidades disciplinarias o patrimoniales⁹⁸. Frente a ello cabe señalar que son mecanismos de naturaleza y fines distintos. No es incompatible procurar una solución procesal en la instancia en la que se da la lesión con una posterior reclamación por los daños causados, ni con una denuncia al colegio de abogados. De hecho, es posible, e incluso preferible, que lo primero evite lo segundo. Además, difícilmente un resarcimiento económico compensará una estancia en prisión causada por la dejadez de un letrado.

Con todo, debe decirse que, a pesar de la doctrina jurisprudencial expuesta, ni el TEDH, ni el TC, ni el TS acaban de dar carpetazo definitivo a la posibilidad de que las autoridades intervengan también en caso de actuación deficiente del letrado libremente designado, muy especialmente en el ámbito penal. Así por ejemplo el TEDH dijo en su Sentencia Güveç c. Turquía, de 20 de enero de 2009 que, a pesar de que en el supuesto planteado el letrado negligente no había sido nombrado de oficio, las circunstancias del caso imponían su sustitución para asegurar la defensa del acusado. También el TC ha manifestado en alguna ocasión que debe valorarse la cuestión «*sin que puedan admitirse reglas procesales diferenciadas en función de que la representación y defensa sea de libre designación o lo sea de oficio*»⁹⁹, o ha empleado expresiones como (el resaltado es mío) «*corresponde a los órganos judiciales velar por evitar la indefensión del justiciable en el proceso penal, especialmente en los casos en que la dirección y representación se realiza mediante la designación de oficio*¹⁰⁰» o «*sin que en principio pueda dársele trascendencia constitucional a esa posible negligencia de su representante*». Mas allá de que puedan ser simples cláusulas de estilo, denotan también que la puerta no está del todo cerrada. También el TS ha expresado en su STS 383/2021, de 5 de mayo, que «*la autonomía y la libertad de defensa no pueden impedir toda posibilidad de escrutinio sobre su nivel de adecuación a los fines constitucionales a los que debe servir. Muy en particular, si el defensor, cualquiera que sea su fuente de designación, cumple con las obligaciones profesionales que le incumben a la luz de las circunstancias del caso*».

En favor de la tesis que aquí se defiende, debe mencionarse asimismo que tanto el TEDH como el TC tienden, en general, a extremar las garantías procesales asociadas respectivamente al proceso equitativo y a la tutela judicial efectiva cuando el perjudicado es el sujeto pasivo de un proceso penal. Así sucede en la ya citada Güveç c. Turquía o, en cuestión de admisión de pruebas,

⁹⁸ STC 91/1994, de 21 de marzo.

⁹⁹ STC 179/2014, si bien en esta resolución la afirmación operaba en el sentido de que la regla de que los actos de parte no causan indefensión es aplicable, en términos generales, a los abogados de oficio.

¹⁰⁰ SSTC 105/1999, de 14 de junio; 13/2000, de 17 de enero y 47/2003, de 3 de marzo.

en la doctrina Murtazalayeva¹⁰¹ o, por parte del TC, en el derecho al recurso¹⁰². Así pues, si algún día se extiende la tutela de la defensa efectiva a los letrados particulares, cabe esperar que sea en el ámbito penal.

6. Posibles consecuencias negativas de la extensión del derecho a la efectividad de la defensa

Aunque resulte difícil predecir cómo se desarrollará la cuestión en los próximos años, no está de más examinar, para finalizar, algunos efectos negativos que podrían derivarse de un eventual aumento de casos de asistencia letrada inefectiva, ya sea porque se acabe extendiendo la doctrina a aquellos supuestos de designa particular, ya sea porque se consolide una visión menos formalista y más orientada a la efectividad material de las garantías del proceso.

En primer lugar, podría producirse un «efecto llamada», esto es, una proliferación de reclamaciones por asistencia inefectiva que aumentara la litigiosidad. Pero es una objeción que no debe preocuparnos si los tribunales continúan utilizando criterios restrictivos en sus resoluciones.

En segundo lugar, podría generarse una cierta aversión al riesgo en los abogados, que se verían impelidos a adoptar estrategias conservadoras por miedo a que su defensa fuera calificada de inefectiva¹⁰³. Tampoco parece que deba ser un problema, pues afectaría a un número escaso de supuestos. De todas formas, los casos dudosos deberían resolverse con una interpretación favorecedora de los principios de libertad y autonomía del letrado y, por tanto, restrictiva en cuanto a la aplicación de la doctrina de la defensa inefectiva.

En tercer lugar, se ha planteado¹⁰⁴ que la eventual expansión incentivaría a algunos abogados con casos débiles a sabotear su propia defensa para conseguir ulteriores nulidades. Puede que se dieran algunos supuestos, pero no debe olvidarse que los jueces y tribunales tienen la obligación de rechazar las pretensiones constitutivas de mala fe procesal (art. 11.2 LOPJ) o de instar la sustitución del abogado en cuanto detecten la negligencia (ver epígrafe 4.1), y todo ello sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias, civiles e incluso penales en que pudieran incurrir y del coste reputacional que todo ello supondría.

En cuarto lugar, el éxito de tales alegaciones, en la medida en que muchas veces comportan la nulidad con retroacción, podría comprometer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Sin que ello deje de ser cierto, debe recordarse que no toda defensa ineficaz tiene esa consecuencia: así por ejemplo, están los casos de sustitución del letrado. Por otro lado, no parece que el número de supuestos fuera a aumentar de modo preocupante si, como decimos, los jueces y tribunales aplican criterios restrictivos. De todos modos, el problema de las dilaciones es

¹⁰¹ Me refiero a la STEDH, Murtazalayeva c. Rusia, de 18 de diciembre de 2018, que estableció un nuevo estándar de prudencia en las decisiones judiciales sobre inadmisión de pruebas, especialmente cuando pueden mejorar la posición de la defensa.

¹⁰² En cuyo caso «es más rigurosa la vinculación constitucional del Juez *ex art.* 24.1 CE en la interpretación de todas las normas de Derecho procesal penal de nuestro ordenamiento» (SSTC 37/1988, de 3 de marzo; 221/2000, de 18 de septiembre o 11/2003, de 27 de enero).

¹⁰³ Este posible problema lo pone de manifiesto la STS 383/2021, de 5 de mayo.

¹⁰⁴ FINER, J.J., *op. cit.* p. 1080.

consustancial al estado actual de nuestra administración de justicia, y su solución no debería pasar por imponer limitaciones injustificadas al ciudadano, sino por la dotación de más medios materiales y personales.

En resumen, los potenciales beneficios para el justiciable que podrían derivarse de la extensión de la doctrina superan, a mi modo de ver, los perjuicios examinados.

7. Conclusiones

i. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos adopta una visión material de la efectividad de los derechos que reconoce el Convenio. De ello se sigue que el derecho a la asistencia letrada del artículo 6.3.c) no se agota con la obligación de los Estados de facilitar de un abogado de oficio en aquellos supuestos en que la postulación sea obligatoria, sino que implica el deber adicional de asegurar la eficacia de su desempeño.

ii. El Tribunal Constitucional acoge el mandato del TEDH y reconoce el derecho a la efectividad de la defensa de oficio como garantía del derecho a la defensa y a la asistencia letrada del artículo 24.2 CE, que a su vez debe estar al servicio del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del artículo 24.1 CE.

iii. Las consecuencias prácticas del reconocimiento del citado derecho se traducen en el deber positivo, para los órganos jurisdiccionales, de actuar en el momento en que detecten que el letrado de oficio, por dejadez o negligencia, no está desarrollando una verdadera defensa. Este deber se suele concretar con la sustitución del letrado, si bien es frecuente que la indefensión se detecte a posteriori. En estos casos procede la subsanación si es posible, o la nulidad con retroacción.

iv. El TC considera que la jurisprudencia sobre defensa inefectiva no es aplicable en los casos en que el letrado perpetrador de la defensa inefectiva sea de designación particular. Para ello, se ampara en argumentos derivados de su jurisprudencia sobre indefensión. A saber: que no existe indefensión si ésta se puede atribuir a la parte que la alega, que la indefensión causada por el abogado particular no es amparable al no proceder directamente de un poder público y que la relación de confianza entre justiciable y letrado particular impide cualquier reclamación sobre indefensión. Tales argumentos no pueden acogerse. El primero, porque las indefensiones causadas por los abogados de oficio también son imputables a la propia parte y ello no impide el amparo. El segundo, porque en puridad la vulneración no procede del abogado, sino de los jueces y tribunales que no actúan ante una defensa inefectiva manifiesta, lo cual hace irrelevante que el abogado sea de oficio o particular. Y el último, porque la relación de confianza no se da siempre y, aun dándose, no es motivo suficiente para justificar distintos niveles de protección en situaciones materialmente idénticas. Ello implica que en nuestro sistema de derechos no hay ningún motivo para otorgar distinta protección a los casos de indefensión causada por una defensa inefectiva del letrado según si este es de oficio o particular, algo que se hace especialmente patente en el proceso penal.

v. Es cierto que una eventual extensión de la doctrina sobre asistencia inefectiva podría provocar algunos efectos adversos, pero parecen asumibles a tenor de lo relevantes de los beneficios que obtendría el justiciable.

8. Bibliografía

BORRAJO INIESTA, Ignacio, DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, y FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1995.

CHAMORRO BERNAL, Francisco, *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*, Bosch, Barcelona, 1994.

CALDERÓN CUADRADO, María Pía, «El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)», *Cuadernos de derecho público*, núm. 10, mayo-agosto, 2000.

FINER, Joel Jay, «Ineffective Assistance of Counsel», *Cornell Law Review*, vol. 58, núm. 6, 1972-1973, pp. 1077-1120.

KLEIN, Richard, «The Constitutionalization of Ineffective Assistance of Counsel». *Maryland Law Review*, vol. 58, 1999, pp. 1433-1479.

HESSICK, Carissa Byrne, «Ineffective Assistance of Counsel», *Boston College Law Review*, vol. 50, 2009, pp. 1069-1123.

NIEVA FENOLL, Jordi, «Inmediación y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad», *Civil Procedure Review*, v.3, n.1: 3-24, enero-abril, 2003.

PICÓ I JUNOY, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, JM Bosch Editor, Barcelona, 2011.

RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, Miguel y CASAS BAAMONDE, María Emilia (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, BOE, Madrid, 2018.

SANTOS VIJANDE, Jesús María, *La intervención forzosa de abogado y procurador en el juicio verbal del automóvil. Límites legales y constitucionales de la autodefensa*, Edersa, Madrid, 1997.

SERRANO HOYO, Gregorio, *La prohibición de indefensión y su incidencia en el proceso*, Comares, Granada, 1997.

YÁÑEZ VELASCO, Ricardo, *De la nulidad procesal a la anulación del Derecho procesal. Jueces legisladores y corrupción de legalidad*, Reus, Madrid, 2019.

YÉLAMOS BAYARRI, Estela, *Nulidad Procesal y comunicaciones judiciales fallidas*, Atelier, Barcelona, 2006.

9. Repertorio de jurisprudencia citada

9.1. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH Airey c. Irlanda, 9 de octubre de 1979.

STEDH Artico c. Italia, 13 de mayo de 1980.

STEDH Pakelli c Alemania, 25 de abril de 1983.

STEDH F.C.B. c. Italia, 28 de agosto de 1991.

STEDH Imbrioscia c. Suiza, 24 de noviembre de 1993.

STEDH Daud c. Portugal, 21 de abril de 1998.

STEDH Sannino c. Italia, 27 de abril de 2006.

STEDH Murtazalayeva c. Rusia, de 18 de diciembre de 2018.

STEDH Güveç c. Turquía, 20 de enero de 2009.

9.2. Sentencias del Tribunal Constitucional

STC 30/1981, de 24 de julio.

STC 23/1982, de 13 de mayo.

STC 50/1982, de 15 de julio.

STC 66/1982, de 12 de octubre.

STC 48/1984, de 4 de abril.

STC 69/1984, de 11 de junio.

STC 89/1985, de 19 de julio.

STC 109/1985, de 8 de octubre.

STC 156/1985, de 15 de noviembre.

STC 158/1987, de 20 de octubre.

STC 196/1987, de 11 de diciembre.

STC 206/1987, de 21 de diciembre.

STC 37/1988, de 3 de marzo.

STC 216/1988, de 14 de noviembre.

STC 23/1994, de 27 de enero.

STC 91/1994, de 21 de marzo.

STC 252/1994, de 19 de septiembre.

STC 366/1994, de 13 de diciembre.

STC 18/1995, de 24 de enero.

STC 29/1995, de 6 de febrero.

STC 105/1999, de 14 de junio.

STC 229/1999, de 13 de diciembre.

STC 13/2000, de 17 de enero.

STC 221/2000, de 18 de septiembre.

STC 63/2001, de 17 de marzo.

STC 143/2001, de 18 de junio.

STC 101/2002, de 6 de mayo.

STC 109/2002, de 6 de mayo.

STC 163/2002, de 16 de septiembre.

STC 168/2002 de 30 de septiembre.

STC 201/2002, de 12 de noviembre.

STC 11/2003, de 27 de enero.

STC 47/2003, de 3 de marzo.

STC 87/2003, de 19 de mayo.

STC 107/2003, de 2 de junio.

STC 199/2003, de 10 de noviembre.

STC 5/2004, de 16 de enero

STC 93/2005, de 18 de abril.

STC 262/2005, de 24 de octubre.

STC 339/2005, de 20 de diciembre.

STC 12/2006, de 16 de enero.

STC 1/2007, de 15 de enero.

STC 61/2007, de 26 de marzo.

STC 65/2007, de 27 de marzo.

STC 258/2007, de 18 de diciembre.

STC 43/2008, de 10 de marzo.

STC 48/2008, de 11 de marzo.

STC 60/2008, de 26 de mayo.

STC 28/2009, de 26 de enero.

STC 160/2009, de 29 de junio.

STC 201/2012, de 12 de noviembre.

STC 102/2014, de 23 de junio.

STC 179/2014, de 3 de noviembre.

STC 101/2015, de 25 de mayo.

STC 83/2016, de 28 de abril.

STC 133/2022, de 24 de octubre.

9.3. Sentencias del Tribunal Supremo

STS 1117/2009, de 11 de noviembre

STS 245/2012, de 27 de marzo.

STS 485/2012, de 13 de junio.

STS 383/2021, de 5 de mayo.

la STS 649/2023, de 5 de noviembre.

9.4. Otras sentencias

STSJC 35/2021, de 2 de febrero.