

Roj: STS 4737/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4737
Id Cendoj: 28079120012016100833
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 733/2016
Nº de Resolución: 821/2016
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Noviembre de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por infracción de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por **Benjamín**, contra sentencia de fecha 23 de febrero de 2016, dictada por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Primera, en causa seguida al mismo por delito de apropiación indebida, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, y estando dicho recurrente representado por el Procurador D. Joaquín Pérez de Rada González de Castejón, y como recurrido Fermín, representado por la Procuradora D^a Imelda Marco López de Zubiria.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción num. 4 de Irún instruyó Procedimiento Abreviado con el num. 623/2014, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Primera, que con fecha 23 de febrero de 2016, dictó sentencia que contiene los siguientes

HECHOS PROBADOS: "PRIMERO.- El acusado Benjamín, mayor de edad, en la fecha de los hechos trabajaba como camionero para la empresa Transportes Peñalver e Hijos SL, utilizando camiones propiedad de la misma en su actividad profesional.

El día 11 de mayo de 2013 el acusado realizando uno de los servicios de transportes de mercancías, conducía el vehículo tracto camión de la marca Volvo FH500, con placas de matrícula-FVD, con num. de bastidor NUM000, propiedad de la empresa.

Sobre las 18.50 horas de ese día el acusado, cuando se encontraba en el aparcamiento del polígono Zaisa, situado en la localidad de Irún (Gipuzkoa), desenganchó el remolque de la cabeza tractora y abandonó el lugar sin atender a las indicaciones que le había efectuado su empleador Fermín, haciendo suya la cabeza tractora con la intención de obtener un beneficio patrimonial.

El tracto camión que no ha sido recuperado por su propietario se encuentra valorado en la cantidad de 74.000 euros.

SEGUNDO.- El acusado ha sido condenado ejecutoriamente por Sentencia firme, de fecha 22 de noviembre de 2011, dictada por el Juzgado de lo Penal num. 4 de Sevilla en el Procedimiento Abreviado num. 639/2009, a la pena de un año de prisión por la comisión de un delito de estafa".

SEGUNDO- La Audiencia de instancia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

FALLAMOS: "1.- Condenamos a D. Benjamín como autor de un delito de apropiación indebida, ya definido, con la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia, a la pena de tres años, seis meses y un día de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo, y a la multa de nueve meses y un día con una cuota diaria de dos euros, con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el art. 53 del CP para el caso de impago.

2.- Absolvemos a D. Benjamín del delito de daños del que era acusado.

3.- Condenamos a D. Benjamín al abono de la mitad de las costas causadas en este procedimiento, incluidas las de la acusación particular.

4.- En concepto de responsabilidad civil, D. Benjamín deberá indemnizar a la empresa Transporte Peñalver e hijos S.L. en la cantidad de 74.000 euros, más los intereses legales del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Notifíquese esta resolución en legal forma a las partes, previniéndoles que contra la misma podrán preparar recurso de casación en esta Sección para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el plazo de cinco días hábiles contados a partir del siguiente a dicha notificación".

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, se preparó contra la misma recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por la representación de la recurrente, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las pertinentes certificaciones para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación de Benjamín formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Infracción del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, a no sufrir indefensión, a la defensa en su aspecto del derecho a la libre designación de abogado defensor, del art. 24 de la Constitución y doctrina de nuestro Tribunal Supremo. SEGUNDO: Infracción del derecho fundamental a proponer los medios de prueba pertinentes del art. 24 de la Constitución y doctrina del Tribunal Supremo. TERCERO: Infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.2 de la Constitución Española. CUARTO: Infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

QUINTO.- Instruidas las partes de sus respectivos recursos, quedaron los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento han tenido lugar la votación y fallo prevenidos el 25 de octubre pasado.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia impugnada, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Guipuzcoa con fecha 23 de febrero de 2016, condena al recurrente como autor de un delito de apropiación indebida a la pena de tres años, seis meses y un día de prisión y multa. Frente a ella se alza el presente recurso, fundado en cuatro motivos por vulneración de derechos constitucionales.

Los hechos declarados probados consisten, en síntesis, en que el acusado trabajaba como camionero para una empresa de transportes con domicilio en Salobreña (Granada), utilizando camiones propiedad de la misma en su actividad profesional. El 11 de mayo de 2013 el acusado, que tenía su domicilio en Motril (Granada), conducía un camión propiedad de la empresa, habiendo surgido determinados conflictos con su empleador. Cuando se encontraba en un aparcamiento de la localidad de Irún (Guipuzcoa), donde tenía que efectuar un cambio de remolque, desenganchó de la cabeza tractora el remolque que transportaba y abandonó el lugar así como el remolque, con dirección a Andalucía, sin atender a las indicaciones que le había efectuado su empleador, llevándose la cabeza tractora del camión que no ha sido recuperada por su propietario y está valorada en 74.000 euros.

El recurrente admitió que esa tarde se fue del polígono de Irún conduciendo la cabeza tractora, tras desenganchar el remolque, y se dirigió al sur, pero mantiene que lo hizo por discrepancias con su empleador que le llevaron a abandonar el trabajo y que se llevó el camión para poder volver a su domicilio, por lo que transcurridos dos días comunicó a su entonces jefe que había dejado estacionado el camión en un aparcamiento de Bailén (Jaén), utilizado habitualmente como base por la empresa de transportes para la que trabajaba

SEGUNDO.- El primer motivo de recurso, por vulneración constitucional al amparo del art 5 4º LOPJ, alega infracción del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, a no sufrir indefensión y a la defensa, en su versión del derecho a la libre designación de abogado defensor. Argumenta el recurrente que no le fueron notificados el auto de transformación en procedimiento abreviado, ni los escritos de acusación y tampoco el auto de apertura del juicio oral, que no se le nombró abogado hasta que se acordó la transformación del procedimiento, y que la abogada de oficio designada no se comunicó con el propio recurrente hasta pocos minutos antes del juicio porque el recurrente se encontraba en prisión en Cadiz y el juicio se desarrollaba en Irún, por lo que se vió imposibilitado para realizar una defensa efectiva y proponer pruebas en su defensa, no habiéndosele dado tampoco posibilidad de designar abogado particular.

En el segundo motivo, específicamente por vulneración del derecho fundamental a proponer las pruebas pertinentes para la defensa, garantizado en el art 24 CE , se alega que la incomunicación entre el acusado y su defensa impidió que pudiera proponer prueba alguna para acreditar que el acusado había devuelto el camión en menos de 48 horas al depositarlo en un aparcamiento vigilado y utilizado habitualmente por la empresa, señalando expresamente que existían pruebas de singular relevancia para ello como la concurrencia de testigos que podían acreditar que el acusado dejó el camión en la base que la empresa tenía en Bailén, así como que el camión disponía de un GPS como todos los vehículos dedicados al transporte internacional que permitía localizarlo, que la base de Bailén se encuentra vigilada por cámaras durante las 24 horas del día por lo que podía acreditarse a través de ellas y del personal de seguridad que el acusado dejó en ella el camión, así como otras pruebas destinadas a acreditar que supuestamente la denuncia encierra un fraude del empleador, pruebas que el recurrente detalló minuciosamente en el juicio oral, incluso concretando los datos de identificación de los testigos, pero que no fueron aceptadas por no haberse propuesto con anterioridad, lo que no fue posible por la indefensión del recurrente.

En el tercer motivo se alega vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva por falta de motivación en relación con la desestimación de las cuestiones relativas a la indefensión del acusado, que fueron planteadas como cuestión previa en el juicio y solo fueron respondidas verbalmente, sin que en la sentencia conste razonamiento alguno que justifique la desestimación de lo que se considera como una cuestión relevante generadora de indefensión material al acusado, hoy recurrente.

Y, en el cuarto motivo, se alega vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia, al estimar la parte recurrente que la Sala llega a la conclusión de que el acusado se llevó el camión con intención de apropiárselo en función exclusivamente de las declaraciones del denunciante, argumentando que correspondía al acusado acreditar que había dejado el camión en la base de Guarromán (Bailén), pero sin embargo no ha permitido al recurrente aportar las pruebas que la propia Sala razona que debería haber aportado, dada la indefensión en que se ha encontrado al no disponer de una defensa efectiva.

Dado que los cuatro motivos se refieren, en realidad, a la misma cuestión, la indefensión del acusado por carecer de una defensa letrada efectiva, procederemos a analizarlos y resolverlos conjuntamente, como también hace el Ministerio Fiscal.

TERCERO.- Derecho de defensa - La cuestión formulada impone destacar y reiterar el reconocimiento de la especial relevancia que tiene el sagrado derecho de defensa en el proceso penal, siguiendo lo ya expresado por esta Sala en las sentencias 79/2012, de 9 de febrero y 263/2013, de 3 de abril .

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado en la Sentencia de 14 de septiembre de 2010 (Gran Sala), (Caso Azko y Akcros/Comisión), que "*... el respeto del derecho de defensa en todo procedimiento que pueda dar lugar a sanciones, en particular a multas o a multas coercitivas, constituye un principio fundamental del Derecho de la Unión ...*". La máxima aplicada con carácter general al derecho sancionador es aplicable al proceso penal, con mayor razón, dado la naturaleza de las sanciones imponibles.

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. De esta forma, el derecho de defensa, como derecho reconocido a cualquier imputado, resulta esencial, nuclear, en la configuración del proceso.

En este marco, los principios de contradicción e igualdad de armas y de prohibición de la indefensión, actúan, a través del derecho de defensa, como legitimadores de la jurisdicción, de manera que ésta solo puede operar en ejercicio del poder judicial dadas determinadas condiciones de garantía de los derechos de las partes, y especialmente del imputado.

CUARTO.- Derecho a la defensa letrada.- El derecho de defensa, desarrollado sustancialmente a través de la asistencia letrada, aparece reconocido como un derecho fundamental del detenido en el artículo 17 de la CE , y del imputado, con el mismo carácter aunque no exactamente con el mismo contenido, en el artículo 24. Su especial relevancia se destaca porque no se encuentra entre los que el artículo 55 de la CE considera susceptibles de suspensión en casos de estado de excepción o de sitio.

En el artículo 24 aparece junto a otros derechos que, aunque distintos e independientes entre sí, constituyen una batería de garantías orientadas a asegurar la eficacia real de uno de ellos: el derecho a un proceso con garantías, a un proceso equitativo, en términos del CEDH ; en definitiva, a un proceso justo. De forma que la pretensión legítima del Estado en cuanto a la persecución y sanción de las conductas

delictivas, solo debe ser satisfecha dentro de los límites impuestos al ejercicio del poder por los derechos que corresponden a los ciudadanos en un Estado de Derecho.

QUINTO.- Instrucción de la FGE. - Por su parte, la Instrucción 8/2004 de la Fiscalía General del Estado, recuerda que la Constitución española reconoce el derecho fundamental a la defensa y a la asistencia de letrado sin que en ningún caso pueda producirse indefensión (Art. 24.2).

Recuerda también que 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 que 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.

Añadiendo la citada Instrucción que " **El derecho de defensa es un derecho sagrado, quizás el más sagrado de todos los derechos en la justicia penal**" (SSTS 2320/1993 y 851/1993).

SEXTO.- Libre elección de Letrado .- Directamente relacionados con la defensa y la asistencia letrada, aparecen otros aspectos instrumentales pero esenciales para su efectividad. En primer lugar, la confianza en el letrado de libre elección.

El TC ha señalado (entre otras en STC 1560/2003) que " *la confianza que al asistido le inspiren las condiciones profesionales y humanas de su Letrado ocupa un lugar destacado en el ejercicio del derecho de asistencia letrada cuando se trata de la defensa de un acusado en un proceso penal*" .

Pero también ha señalado que este derecho no es absoluto, dado que la necesidad de contar con la confianza del acusado no permite al Letrado disponer a su antojo el desarrollo del proceso (STC 1629/1999. de 27 de septiembre), ni elegir, sin restricción alguna, cuándo se retira o se mantiene la misma, pues el Tribunal Constitucional ha expresado reiteradamente, desde la STC 47/1987 , " *que el ejercicio del derecho de asistencia letrada entra en ocasiones en tensión o conflicto con los intereses protegidos por el derecho fundamental que el Art. 24.2 C. reconoce en relación con el proceso sin dilaciones indebidas. De esta forma, es posible imponer limitaciones en el ejercicio de la posibilidad de designar Letrado de libre elección en protección de otros intereses constitucionalmente relevantes, siempre y cuando dichas limitaciones no produzcan una real y efectiva vulneración del derecho de asistencia letrada, de manera que queden a salvo los intereses jurídicamente protegibles que dan vida al derecho*" (SSTC 11/1981 , 37/1987 y 196/1987).

SÉPTIMO .- Indefensión material.- La doctrina constitucional (SSTC. 25/2011, de 14 de marzo y 62/2009 de 9 de marzo , entre otras muchas) recuerda que la indefensión constituye una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales.

Es decir que « *para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúe al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, sino que es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado*» (STC 185/2003, de 27 de octubre ; y STC 164/2005 de 20 de junio).

OCTAVO.- Por su parte la **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea** enumera los derechos básicos que la Unión ha de respetar, así como los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión, y constituye un instrumento jurídicamente vinculante, elaborado para reconocer formalmente y dar visibilidad al papel que desempeñan los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la Unión. En su artículo 48 2º " *garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa*".

El 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, establece expresamente 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".

Esta referencia a la efectividad del derecho de defensa pone de relieve que los órganos jurisdiccionales no solo deben velar por el cumplimiento formal de una serie de reglas procedimentales, sino que están obligados a garantizar la efectividad práctica del derecho. Como ha señalado el TEDH no basta con que exista un reconocimiento formal del derecho de defensa, sino que debe velarse porque el mismo constituya una garantía real y efectiva (casos Artico y Pakelli).

Es claro que la efectividad del derecho de defensa requiere, al menos y entre otras garantías que ahora no son relevantes, una posibilidad de comunicación entre el acusado y su letrado, que permita a aquel conocer el contenido de la acusación que se formula contra a él y de las pruebas presentadas en su contra, y poder proporcionar a su abogado los instrumentos necesarios para que éste pueda articular su defensa, incluido el conocimiento de las pruebas que puede proponer a estos efectos.

NOVENO.- Aplicando esta doctrina al caso actual debe ya anticiparse que procede la estimación del recurso, pues **valorando el conjunto de circunstancias concurrentes ha de concluirse que el acusado no dispuso de una defensa efectiva**, como consecuencia de la combinación y acumulación de las tres razones alegadas para ello por la parte recurrente.

Denuncia la parte recurrente infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, con indefensión, en primer lugar por haber encomendado el Tribunal la defensa del recurrente a una Abogada de oficio del lugar donde se desarrollaba el proceso (Irún), sin haberle dado posibilidad de designar abogado de su elección al no haberse notificado al recurrente el auto de apertura del juicio oral, ni habersele requerido, por tanto, para la designación de abogado, ignorando el propio imputado, que residía en Andalucía, que se le seguía este proceso, que se le había designado abogado y quien ejercía su defensa, hasta llegar al momento del juicio.

Denuncia además, en segundo lugar, que la abogada de oficio designada en Irún no se comunicó con el recurrente hasta momentos antes del juicio porque el acusado se encontraba ingresado en la prisión de Cadiz y el juicio se desarrollaba en Guipuzcoa, y que no le fueron notificados personalmente ni el auto de transformación en procedimiento abreviado, ni los escritos de acusación ni el auto de apertura del juicio oral, por lo que la totalidad del proceso se desarrolló a sus espaldas.

Y denuncia, en tercer lugar, que como consecuencia de esta incomunicación y de la decisión del Tribunal de negar la suspensión del juicio cuando renunció en este acto a la abogada de oficio, y de desestimar la cuestión previa de nulidad planteada, se encontró sin defensa efectiva y en una manifiesta situación de indefensión por no haber podido aportar prueba alguna de que había devuelto el camión dejándolo aparcado en la base que la empresa tenía en Bailén.

DÉCIMO.- Comenzando por la primera alegación, muy relacionada con las otras dos por lo que conviene analizarlas conjuntamente, debemos recordar que **la doctrina de esta Sala (STS 774//2016, de 16 de octubre, entre las mas recientes) conecta la cuestión de la inadmisión de la renuncia al abogado de oficio con la valoración de si el acusado ha dispuesto o no de una "defensa efectiva", concepto que constituye el canon de valoración relevante para determinar si se ha producido, o no, vulneración del derecho constitucional de defensa.**

Señala esta doctrina que la capacidad de todo imputado de designar a un Abogado de su confianza no ampara estrategias dilatorias ni actuaciones que sean expresivas de una calculada desidia a la hora de hacer valer el propio derecho de defensa (STS 816/2008, de 2 de diciembre). En el mismo sentido, las SSTS 1989/2000, 3 de mayo, 1732/2000, 10 de noviembre y 327/2005, 14 de marzo, señalan que la facultad de libre designación implica a su vez la de cambiar de Letrado cuando lo estime oportuno el interesado en defensa de sus intereses, si bien tal derecho no es ilimitado pues está modulado, entre otros supuestos, por la obligación legal del Tribunal de rechazar aquellas solicitudes que entrañen abuso de derecho, o fraude de ley procesal según el artículo 11.2 de la LOPJ.

Tal modulación, en aras de asegurar otros intereses de la justicia, es igualmente explicitada por el TEDH, que si bien reconoce a todo acusado, de conformidad con el art. 6.3.c) del CEDH, el derecho a la asistencia de un defensor de su elección (asunto *Pakelli c. Alemania*, de 25 de abril de 1983) y pese a la importancia de las relaciones entre abogado y cliente, precisa que tal derecho no es absoluto y está forzosamente sujeto a ciertas limitaciones, pues corresponde a los Tribunales decidir si los intereses de la justicia exigen dotar al acusado de un defensor de oficio (asunto *Croissant c. Alemania* de 25 de septiembre de 1992, § 29); criterio

que reitera en *Meftah y otros c. Francia* [GC], § 45, de 26 de julio de 2002; *Mayzit c. Rusia*, § 66, de 20 de enero de 2005; *Klimentiev c. Rusia*, § 116, de 16 noviembre de 2006; *Vitan c. Rumania*, § 59, de 25 marzo de 2008; *Pavlenko c. Rusia*, § 98, de 1 de abril de 2010; *Zagorodnyy c. Ucrania*, § 52, de 24 de noviembre de 2011; y *Martin c. Estonia*, § 90, de 30 de mayo de 2013).

Y asimismo, precisa el TEDEH que al contrario del supuesto de la denegación del acceso al letrado, un criterio menos exigente se aplica cuando se alega el problema menos grave del rechazo de la elección de letrado (asunto *Dvosrki c. Croacia*, de 20 de octubre de 2015).

Asimismo en *Kamasinski c. Austria*, de 19 de diciembre de 1989, el TEDH, entiende que **no supone quebranto del art. 6 CEDH, la denegación del cambio del abogado designado de oficio, si desarrollaba su labor de asistencia; si su defensa, con independencia del criterio con que la llevase, no suponía dejar sin ayuda letrada; en definitiva, si resultaba efectiva**, criterio que corresponde determinar al Tribunal, y explicitar en sentencia la concurrencia de esa efectividad.

Los supuestos en que el cambio del abogado designado puede ser denegado por el Tribunal sobre la base del abuso de derecho son aquellos en que la petición es arbitraria, es decir inmotivada o motivada de forma irrazonable, bien porque la defensa de oficio en autos no manifiesta ninguna carencia en su tarea ante el Tribunal, bien porque las carencias manifestadas por el propio acusado aparecen como irrelevantes o injustificadas (cifr. STDH *Janyr c. República Checa*, § 68, de 31 de octubre de 2013; *Czekalla c. Portugal*, § 66, de 10 de enero de 2003; o *Pavlenko c. Rusia*, § 99, 1 de abril de 2010).

DECIMOPRIMERO.- En consecuencia debemos reiterar como resumen de la doctrina del TEDH, TC y TS que:

1º.- El derecho constitucional de defensa, que incluye el derecho a ser defendido por un abogado de confianza, faculta como regla general al cambio de letrado cuando se ha perdido dicha confianza o cuando el acusado desea renunciar al abogado de oficio y designar uno de confianza por estimarse insuficientemente defendido, dado que la facultad de libre designación implica la de cambiar de Letrado cuando lo estime oportuno el interesado en defensa de sus intereses.

2º.- Este derecho no es ilimitado pues está modulado, entre otros supuestos, por la obligación legal del Tribunal de rechazar aquellas solicitudes que entrañen abuso de derecho, o fraude de ley procesal según el artículo 11.2 de la LOPJ .

3º.- La invocación del abuso de derecho no puede transformarse en un criterio general rutinario para denegar la solicitud de cambio de letrado, pues constituye un límite en el ejercicio de un derecho fundamental, cuyo contenido esencial debe ser respetado.

4º.- Los supuestos en que la solicitud de cambio del abogado designado puede ser desatendida por el Tribunal sobre la base del abuso de derecho son aquellos en que la petición es arbitraria, es decir inmotivada o motivada de forma irrazonable: a) bien porque la defensa de oficio en autos no manifiesta ninguna carencia en su tarea ante el Tribunal, b) bien porque las carencias o desacuerdos alegados por el propio acusado respecto de la defensa realizada por su abogado aparecen como irrelevantes o manifiestamente injustificadas, c) bien porque se ponga de manifiesto una estrategia dilatoria al demorar injustificadamente la solicitud hasta el propio momento del juicio o d) bien porque se aprecie una calculada desidia a la hora de hacer valer el propio derecho de defensa.

5º.- En todo caso al Tribunal le corresponde explicitar en sentencia la motivación de esa denegación, si se ha realizado en el juicio oral.

6º.- En definitiva, el canon de valoración relevante para determinar si se ha producido o no, vulneración del derecho constitucional de defensa, es la valoración de si el acusado ha dispuesto o no de una "defensa efectiva".

DECIMOSEGUNDO.- En el caso actual, y valorando todas las circunstancias concurrentes, podemos apreciar fácilmente que las decisiones de la Audiencia Provincial relativas a la denegación de la nulidad interesada por indefensión material del acusado durante la tramitación del procedimiento y a la inadmisión de su solicitud de que se le permitiese designar un letrado de confianza, apoyada por su abogado de oficio, ordenando la continuación del juicio con el letrado proveniente del turno de oficio, sin admitir la posibilidad de practicar prueba alguna adicional, quebrantaron el derecho constitucional de defensa del recurrente, al impedir que dispusiera de una defensa efectiva.

En efecto, en primer lugar esta denegación aparece inmotivada. La sentencia no contiene argumentación alguna para justificar esta doble denegación, de nulidad y de cambio de letrado, ni incorpora justificación alguna acerca las razones que pudieron llevar al Tribunal a estimar que las solicitudes de la defensa incurrieran en abuso de derecho, o que la defensa del acusado, pese a las manifiestas deficiencias puestas de manifiesto en el juicio, podía ser calificada de efectiva. Tampoco se ha dictado auto alguno para resolver esta vulneración constitucional del derecho de defensa, denunciada en el juicio como cuestión previa, auto que podría subsanar la deficiencia motivadora de la sentencia.

En segundo lugar, si se analizan los supuestos en que el cambio del abogado designado puede ser desatendido por el Tribunal sobre la base del abuso de derecho cabe fácilmente apreciar que no concurren en el caso actual. Las peticiones del acusado no fueron inmotivadas ni motivadas de forma irrazonable. La defensa de oficio reconoció en el juicio oral que su incomunicación con el acusado hasta pocos minutos antes de la celebración del propio juicio había determinado que no pudiese proponer unas pruebas que razonablemente se presentan como relevantes en atención a las circunstancias del caso. El propio acusado pone de manifiesto que la totalidad del procedimiento se practicó a sus espaldas, ni se le notificó el nombramiento de su abogado, ignorando quien era y como ponerse en contacto con él, ni el auto de transformación del procedimiento, ni los escritos de acusación y las pruebas propuestas por la acusación pública y privada, ni el auto de apertura del juicio oral, ni siquiera conoció el escrito de calificación formulado por su defensa, por lo que sus alegaciones de indefensión no pueden ser calificadas de irrelevantes o manifiestamente injustificadas. Tampoco se ha puesto de manifiesto una estrategia dilatoria por demorar injustificadamente la solicitud hasta el propio momento del juicio, pues consta que el acusado no la pudo formular antes dado que estaba en prisión, a más de mil kilómetros de distancia de donde se tramitaba el procedimiento contra él y no se le notificó resolución alguna hasta el momento del juicio. Y tampoco se aprecia una calculada desidia a la hora de hacer valer el propio derecho de defensa, pues si bien es cierto que el acusado no extremó su diligencia tras prestar declaración como imputado en las diligencias previas, también lo es que al no haber recibido ninguna otra noticia del procedimiento pudo estimar razonablemente que se había archivado, sin que se le pueda exigir como carga la indagación personal del estado de un procedimiento penal en el que la Constitución le reconoce un derecho efectivo de defensa letrada.

DECIMOTERCERO.- Es cierto que al Tribunal tampoco le compete subsanar las deficiencias técnicas de la defensa, y que el artículo 768 de la Lecrim establece que en el procedimiento abreviado el abogado designado por la defensa tendrá también habilitación legal para la representación de su defendido, no siendo necesaria la intervención del procurador hasta el trámite de apertura del juicio oral, por lo que puede recibir notificaciones para su defendido. Pero no se trata aquí de señalar ningún defecto formal de tramitación imputable al Instructor o al Tribunal sentenciador, sino de apreciar que, atendiendo al conjunto de circunstancias concurrentes, lo cierto es que resulta manifiesto que el acusado no dispuso de una defensa efectiva, y el Tribunal de Instancia no subsanó dicha circunstancia al serle puesta de relieve en el acto del juicio oral, por lo que deben estimarse los motivos de casación interpuestos que, con fundamentos diversos pero acumulativos, denuncian la vulneración del derecho fundamental de defensa.

Cabría también valorar que, según conocida doctrina constitucional « *para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional no basta con una vulneración meramente formal, sino que es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado*», y en el caso enjuiciado el propio acusado ha reconocido que se llevó el camión sin autorización de su propietario. Pero lo cierto es que la posición del acusado es que dejó aparcado el camión antes de 48 horas en un lugar de fácil localización para el propietario, lo que podría constituir una devolución indirecta a los efectos de lo prevenido en el art 244 CP (hurto de uso de vehículos), sancionado con una pena inferior a los tres años y seis meses de prisión a los que ha sido condenado por delito de apropiación indebida, que requiere un ánimo de apropiación definitiva. Es decir que no puede descartarse que una defensa efectiva del acusado pudiera haber conducido a una condena por una calificación delictiva más favorable al acusado.

No se trata de entrar, en absoluto, en valorar la credibilidad de esta versión exculpatoria, desestimada razonadamente por el Tribunal sentenciador. Simplemente se trata de constatar que el ejercicio efectivo del derecho constitucional de defensa debe permitir al acusado comunicarse con su Letrado para informarle de la existencia de pruebas favorables a su versión de los hechos, con el fin de que éste pueda proponerlas y el Tribunal atender al resultado de su práctica. Si esta comunicación no se produjo en momento alguno a lo largo del proceso, es claro que se ha producido un supuesto de indefensión material, pues la propia Sala sentenciadora descarta la versión del acusado argumentando, entre otras razones, que " *habría de ser el*

acusado quien acreditara que dos días después estacionó la cabeza tractora en el referido lugar, sin que la simple manifestación exculpatoria, no refrendada de ningún modo, pueda surtir efecto".

Desconocemos el resultado de las pruebas que el acusado alega disponer para acreditar que acudió acompañado a devolver el vehículo a un aparcamiento utilizado como base por la compañía propietaria del vehículo y que puede aportar testigos de ello, así como otras pruebas relativas a este hecho. Pero es lo cierto que no las pudo proponer, y no llegaron a practicarse en momento alguno, ante la falta de conocimiento por su parte del estado del procedimiento y ausencia de comunicación con su abogado, pese a encontrarse localizado en prisión por otras causas, por lo que ha de apreciarse que se ha producido un *menoscabo real y efectivo de su derecho de defensa, que implica indefensión material*.

DECIMOCUARTO.- Procede, por todo ello, la estimación del recurso, decretando la nulidad de lo actuado desde que se produjo inicialmente el menoscabo efectivo de su derecho de defensa, es decir desde la ausencia de notificación personal del auto de transformación del procedimiento, pues es en ese momento cuando se puede subsanar la indefensión material padecida, en todas sus vertientes, requiriéndole para el eventual nombramiento de letrado de confianza, e informándole, en su caso, del nombramiento de abogado de oficio para poder comunicar con el mismo.

No se trata de fundar la indefensión material en esta ausencia de notificación personal, pues es conocido de esta Sala que la norma procesal concede representación al abogado para recibir las comunicaciones (art 768 Lecrim). Pero si de apreciar que esta norma no puede amparar supuestos excepcionales como el presente de **ausencia de defensa efectiva** por la concurrencia acumulada de una serie de circunstancias, ya reseñadas, que en caso de producirse y ser denunciadas ante el Tribunal de enjuiciamiento, no pueden ser ignoradas.

Por lo que la infracción cometida en el acto del juicio, al desatender inmotivadamente la alegación de nulidad fundada en indefensión, debe retrotraerse el momento procesal en el que pueda ser subsanada eficazmente la vulneración constitucional apreciada. Ya que carecería de sentido retrotraer el procedimiento al momento del juicio oral, para que por la Audiencia se tuviese que acordar, en todo caso, la retroacción a un momento anterior en el que se pudiera subsanar eficazmente la vulneración constitucional producida.

DECIMOQUINTO.- La estimación del recurso debe determinar la declaración de oficio de las costas del mismo.

III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido

Declarar **HABER LUGAR** al recurso de casación por infracción constitucional interpuesto por Benjamín contra sentencia de fecha 23 de febrero de 2015, dictada por la Audiencia Provincial de San Sebastián, Sección Primera, en causa seguida al mismo por delito de apropiación indebida, anulando dicha resolución y retro trayendo las actuaciones al auto de transformación del procedimiento, que deberá notificarse personalmente al investigado requiriéndole para el eventual nombramiento de letrado de confianza, e informándole, en su caso, del nombramiento de abogado de oficio para poder comunicar con el mismo, siguiendo a continuación el procedimiento, debiendo señalarse y celebrarse el juicio en su momento con una composición personal diferente de la Sala de instancia. Se declaran de oficio las costas de este recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Candido Conde-Pumpido Touron , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.