

## CRIMINALES\* VS. VÍCTIMAS

Especial referencia a la Ley Orgánica 13/2015 y la Ley 41/2015, ambas de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

**Alfredo Elías Mondeja**

*Magistrado.*

*Juzgado de lo Mercantil de Almería*

---

### EXTRACTO

En este artículo el autor desarrolla desde un punto de vista crítico el sistema penal vigente en España, tanto desde el punto de vista de las víctimas, en el que se puede apreciar una cierta indefensión, como desde el punto de vista de los criminales, los cuales tienen una protección de sus derechos incluso en ocasiones mayor que la protección que se ofrece a las víctimas.

El estudio de esta situación deriva en el análisis de la legislación española y su comparativa con países como Estados Unidos, partiendo de la base de la importancia de la independencia judicial respecto de los otros poderes, para terminar con el exhaustivo análisis de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, y de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

**Palabras clave:** criminales, víctima, legítima defensa, abogado, eximente, legitimación y prisión provisional.

---

*Fecha de entrada: 14-03-2017 / Fecha de aceptación: 21-04-2017*

---

\* Totalmente consciente empleo el término «criminales» por cuanto que la propia ley se refiere a ello: Ley de Enjuiciamiento Criminal, no se olvide. «Criminal» proviene del latín *criminalis*, derivado de «crimen». Adjetivo concerniente o relativo al crimen, propio de él. En suma: que ha cometido un crimen.

## CRIMINALS V. VICTIMS

Special reference to Organic Law 13/2015 and Law 41/2015, both of October 5, amending the Criminal Procedure Law

Alfredo Elías Mondeja

---

### ABSTRACT

In this article the author develops from a critical point of view the existing criminal justice system in Spain, both from the point of view of the victims, in which you can appreciate a certain helplessness, as from the point of view of criminals, who have their rights even in times of greater protection than the protection offered to victims.

The study of this situation finishes with the analysis of the Spanish legislation and its comparative with countries such as the Unites States, on the basis of the importance of judicial independence with respect to the other powers of the State, and ends with the exhaustive analysis of the Organic Law 13/2015, October 5, of modification of the Law of Criminal Procedure for the strengthening of procedural guarantees and regulation measures of technological research, and the Law 41/2015, October 5, of modification of the Law on Criminal Procedure for criminal justice streamlining and strengthening of procedural guarantees.

**Keywords:** criminal, victim, self-defence, lawyer, defence, legitimation and provisional prison.

---

---

## Sumario

- I. De los criminales
- II. De las víctimas
  - 1. De la legítima defensa
- III. De la reforma de la LECrim. (Ley Orgánica 13/2015 y Ley 41/2015, ambas de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)
  - 1. Introducción. La independencia judicial
  - 2. De la prisión provisional
  - 3. Consideraciones sobre la Ley Orgánica 13/2015
  - 4. Consideraciones sobre la Ley 41/2015

*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere alterum  
non laedera, suum cuique tribuere*<sup>1</sup>

## I. DE LOS CRIMINALES

La protección de los derechos de los criminales ha llegado hasta el extremo de reconocérseles el derecho a mentir. Sí, ciertamente, el Tribunal Constitucional, como es bien sabido, ha declarado expresamente –en varias resoluciones– que dentro del derecho a la defensa se encuentra el derecho a mentir, no solo el derecho a no declarar, el derecho a declarar mentiras<sup>2, 3</sup>. Frente a ello, la víctima debe ser muy cauta ya que si se extralimita en sus declaraciones, si falta a la verdad podrá incluso ser perseguida por falso testimonio (ojo: falso testimonio que no perjurio, no existe el perjurio en nuestra sociedad laica, lo que parece hacer poco menos que estéril la obligación de jurar o prometer decir la verdad). Pero es que incluso para condenar al culpable de cualquier delito a trabajos en beneficio de la comunidad es necesario *su consentimiento*<sup>4</sup>, y ello por entender que tales trabajos son equiparables a los «trabajos forzados» prohibidos en el artículo 25.2 de la CE.

Disiento totalmente. Por un lado, tales trabajos forzados no pueden referirse a trabajos en beneficio de la comunidad ni a trabajos ejemplarizantes o reeducadores. Trabajo forzoso debiera equipararse a todo aquel que comporta un riesgo inaceptable para la salud, o que supone un esfuerzo fuera del normal a aquel aceptado en cualquier oficio o profesión o, en suma: aquel que no respete las normas mínimas exigibles de seguridad e higiene y que no sea permitida su actividad por atentar contra cualquier derecho, esencialmente el derecho a la vida y a la salud. Evidentemente, la referencia a trabajos forzados no puede sostenerse cuando dicho trabajo se impone como pena por la comisión de un determinado comportamiento ilícito y consiste en la realización

<sup>1</sup> ULPIANO: «Los principios del Derecho son estos: vivir honestamente, no hacer daño a otro, dar a cada uno lo suyo».

<sup>2</sup> Ver por todas las SSTC 129/1996 y 153/1997 o la más reciente 142/2009 de 15 junio, en la que se decía «se recuerda que el imputado no tiene obligación de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente, o incluso mentir, en virtud de sus derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE)».

<sup>3</sup> Recuerdo la declaración en el juzgado de instrucción de un sujeto que había robado tres jamones y desde el primer momento, tras abandonar el comercio, fue perseguido por un par de policías, se metió en un portal y tras una búsqueda, planta por planta, se le encontró con un jamón. Al ser preguntado por el juez de instrucción sobre los otros dos jamones contestó «me los he comido», y así constó en el acta. ¿Burla a la justicia, cachondeo, conocimiento de que no pasa nada por mentir...? Muy triste.

<sup>4</sup> SAP de Barcelona de 13 de octubre de 2007; la omisión de imponer dicha condena sin el consentimiento del penado vulneraría lo dispuesto en el artículo 25.2 de la Constitución cuando dice que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados».

de un trabajo ordinario igual a aquel que viene siendo prestado de forma voluntaria por grupos determinados de trabajadores como medio de vida. (Ejemplo de tales trabajos forzados pudieran ser desde la pena de galeras a los trabajos en las minas de azogue).

Pero sobre todo al requerir preceptivamente el consentimiento del futuro reo se olvida la doctrina jurídica que la propia Constitución en su artículo 35 taxativamente afirma «1. Todos los españoles **tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo**, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo», en consecuencia, **todos** los españoles tienen el deber de trabajar, todos menos, al parecer, los delincuentes. Y a más, parece que con la cita del artículo 25.2 de la Constitución de 1978, el intérprete de la misma olvida que si en tal precepto se prohíben los trabajos forzados, en el punto siguiente se dice que «el condenado [...] tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social». Esa interpretación que se hizo en su momento solo puede tacharse de «progresismo trasnochado», de comportamiento acomplejado o temeroso del reproche de ideologías obsoletas. Debieron conjugarse ambos preceptos y tener conciencia o conocimientos históricos básicos sobre qué debe entenderse por trabajos forzados. Y es que visto desde un plano sencillo, simple (que no simplista) a pie de calle, todos debieran sentirse sometidos a trabajos forzados, ya que se trabaja «por fuerza», por necesidad, ya que o se trabaja o no se come, y no cabe argumentar que todo trabajador se somete al trabajo de forma voluntaria, no: la voluntad se encuentra viciada por la necesidad y, en todo caso, si se quiere entender que se ha prestado libremente el consentimiento para trabajar (para poder comer), apliquemos el mismo razonamiento al preso: trabaja y come o no trabaja y no come. Sencillo e igualitario.

De todas formas, para constatar el absurdo baste ver como el Código Penal permite al juez imponer sin solicitar autorización del acusado, por ejemplo, «mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo» o «prohibición de residir en un lugar determinado»<sup>5</sup>, y tales prohibiciones son contrarias a lo establecido en el artículo 19 de la Constitución del 78 que dispone: «Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional». Sin añadir siquiera un párrafo similar a «salvo en los supuestos en que la ley...». En consecuencia, al imponer la pena de prohibición de abandonar un lugar determinado se está conculcando un derecho fundamental (libre circulación), tan fundamental como el referido a la prohibición de trabajos forzados.

Si ante tales contradicciones, un profesional del derecho tiene dudas, qué pensará un ciudadano que desconoce la norma y sus entresijos; no lo podrá comprender y no se olvide que se debería legislar y hacer justicia «por el pueblo y para el pueblo».

Pero es que se pretende, por el legislador inmaduro, de una democracia recién estrenada, demostrar que, ante todo, o por sobre otras cuestiones, debe estarse al respeto máximo a la dig-

<sup>5</sup> Artículo 83.1, 3.ª y 4.ª del Código Penal.

nidad del preso, y ello nos conduce irremisiblemente (a modo de ejemplo y sin ánimo de profundizar) a contemplar, por ejemplo, que las prisiones, cárceles, se denominan «establecimientos penitenciarios» y a los reclusos se les denomina «internos» (pese a que quienes se encuentran allí lo están por haber sido condenados a prisión, no a penitencia, con lo que el correcto nombre es el de preso) y que, manteniendo esa extraña acepción de dignidad, no cabe exigir que los «internos» vistan un uniforme que los distinga (no es cuestión de obligar a vestir trajes de barras, es cuestión de exigir que vistan con trajes o uniformes de un color determinado). Esa vestimenta acorde a la dignidad del preso hace que, en caso de fuga, el criminal pase inadvertido entre la población<sup>6</sup>.

Y manteniendo esa misma línea de preservación de la dignidad del preso –frente en ocasiones a la defensa de la víctima, real o posible– en ningún caso cabe publicitar, con nombre y apellidos, siquiera, al violador o pederasta condenado. Una vez en libertad, se ha cumplido la deuda con la sociedad –eso se dice– y en consecuencia no cabe ningún tipo de publicidad en relación con los crímenes cometidos. No cabe advertir a los futuros vecinos del exconvicto, que junto a sus hijos va a convivir un individuo que fue condenado por abusar o incluso matar a niños inocentes.

Antes del derecho del criminal a la intimidad o al honor, debe situarse el derecho de las posibles víctimas, esas que nadie nombra ni forman parte del sistema<sup>7</sup>, y no puede olvidarse que en España se presentan anualmente en torno a 2.000 denuncias por violación y algo más de 10.000 por delitos contra la libertad sexual (sin olvidar que, en la actualidad, existen cerca de 1.000 presos por pederastas). Para el doctor Jesús POVEDA, profesor de Psiquiatría de la Universidad Autónoma de Madrid (declaraciones a *La Gaceta*), «los pederastas son médicamente tratables, pero no curables».

Otro absurdo se aprecia al entender que la declaración del delincuente (acusado, denunciado, imputado, investigado) ante la policía (con asistencia letrada, no se olvide) no es tenida como válida en el acto del juicio. Y no puede olvidarse que esa primera declaración es la más próxima en el tiempo al momento de los hechos, es aquella que se presta con mayor espontaneidad, sin interferencias y sin la frialdad del transcurso del tiempo, que va a permitir tomar conciencia de las consecuencias del acto criminal y que va a permitir optar por la mentira. De nuevo los derechos de la víctima pasan a un segundo plano. «Las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio»<sup>8</sup>. Como tampoco lo tienen siquiera las declaraciones prestadas ante el juez de

<sup>6</sup> Muy recientemente un «interno» de la cárcel, digo, centro de internamiento, de Picasent se escapó saltando de la ambulancia que lo conducía a un centro hospitalario por unas lesiones que se había autoinfligido, e ingresó en prisión de nuevo porque voluntariamente se presentó.

<sup>7</sup> No cabe negar la certeza o al menos el alto riesgo de reincidencia de determinados delincuentes (el violador, por ejemplo, o el pederasta). En tal sentido el Centro de Estudios Jurídicos de Cataluña emitió un informe sobre la «tasa de reincidencia penitenciaria 2014» apareciendo en el grupo 2 –que poseía una tasa de reincidencia del 42,2%–, como mayoritario el grupo de personas con delitos contra la libertad sexual. Si bien en el 68% de los casos la primera reincidencia se refiere a delitos contra la propiedad.

<sup>8</sup> Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, adoptado en su reunión del día 3 de junio de 2015.

instrucción, tan solo se entiende como válida la declaración prestada en el acto de la vista (hecho sobradamente conocido y que ni siquiera merece la pena su mención, visto el sinfín de resoluciones de nuestros tribunales al respecto, resoluciones que como mucho hablan de las contradicciones entre «todas» las declaraciones de los acusados). Y claro, ante ello cabe preguntarse: ¿para qué perder el tiempo con tanta declaración?, pasemos directamente al acto de la vista.

Ese afán de protección del criminal nos lleva en ocasiones a, incluso, ir contra tratados o pactos internacionales, a saber:

Algunos países, con una democracia consolidada, demostrada y de antigüedad muy superior a la nuestra (por todas Estados Unidos donde no puede olvidarse que en 1789, siglo y medio antes de promulgarse la Declaración Universal de Derechos Humanos, se promulgó la Carta de Derechos, la cual contenía diez declaraciones que aun hoy, nosotros, no llegamos a reconocer o aplicar en su totalidad y a la que luego haré mención) anteponen los derechos de las víctimas a los derechos de los delincuentes, y a su vez de una forma mucho más lógica dan perfecta validez a las declaraciones efectuadas ante la policía<sup>9</sup>, con o sin letrado<sup>10</sup>. Ese es otro tema a poner de manifiesto, veamos: nuestro sistema exige la presencia de abogado, ¿por qué? el artículo 24 de la Constitución del 78, en su apartado 2.<sup>a</sup> refiere textualmente que «2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado...» esto es, derecho a la defensa, *no obligación* de asistencia letrada. A su vez y paradójicamente el artículo 10.2 de la misma Norma Suprema ordena que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España», debiendo ponerse dicho artículo en relación con lo ordenado a su vez en el artículo 96.1 de la misma Constitución que reza del siguiente modo: «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional».

Pues bien, ¿qué dice la Declaración Universal de Derechos Humanos o los tratados y acuerdos internacionales al respecto? Notemos: el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de Roma de 4 de noviembre de 1950 (que entró en vigor en España el 4 de octubre de 1979) dispone en su artículo 6.3 c) 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».

Junto a ello, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966 (ratificado por España por instrumento de fecha 27 de abril de 1977), dispo-

<sup>9</sup> Se graba en vídeo la declaración y nadie puede decir que el acusado ha sido forzado o coaccionado.

<sup>10</sup> Cabe renunciar al letrado, en Estados Unidos, y caso de solicitarlo se paraliza de inmediato la declaración.

ne en su artículo 14.3 b) que toda persona que se encuentre acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a «disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección y a **defenderse personalmente** o a 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 carece de medios suficientes para pagarlo».

Por si todo ello fuera poco, es el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) el que en su Sentencia de fecha 25 de abril de 1983 así lo ratificó, afirmando que «el art. 6.3 c) del Convenio de Roma (respecto al cual damos por reproducidas las consideraciones a propósito del Pacto de 1966 en orden a su aplicación y a su valor de acuerdo con los arts. 96.1 y 10.2 de nuestra Constitución) garantiza tres derechos al acusado: a defenderse por sí mismo, a defenderse mediante asistencia letrada de su elección y, en determinadas condiciones, a recibir asistencia letrada gratuita (caso Pakelli, Sentencia de 25 de abril de 1983), sin que la opción en favor de una de esas tres posibles formas de defensa implique la renuncia o la imposibilidad de ejercer alguna de las otras, siempre que sea necesario, para dar realidad efectiva en cada caso a la defensa en un juicio penal». Debiendo también recordarse que el mismo TEDH en su Sentencia de 13 de mayo de 1980 (caso Artico) declaró que el artículo 6.3 c) del convenio «consagra el derecho a defenderse de manera adecuada personalmente o a través de Abogado, derecho reforzado por la obligación del Estado de proveer en ciertos casos de asistencia judicial gratuita», sentencia que fue asumida posteriormente por nuestro Tribunal Constitucional, STC 37/1988, de 3 de marzo, y no obstante ello sigue siendo preceptiva la presencia e intervención (ahora ya, con la reforma que se pretende comentar, activa y previa hasta en la declaración ante los funcionarios de la policía).

Quizás para entender el sistema debiera tenerse presente no solo el derecho del acusado, imputado antes y ahora (para dulcificar) *investigado*, debiera tenerse en cuenta la presencia de los colegios de abogados que, pienso, en modo alguno aceptarían que un acusado, imputado o investigado se auto-defienda. ¿Seguimos acomplejados por nuestra falta de suficiente historia democrática o seguimos manteniendo y respetando determinados poderes fácticos?

En resumen, lo cierto es que ni se respetan ni se cumplen los tratados en dicho extremo, se diga lo que se diga, y se intente justificar como mejor se quiera, hay cuestiones que son indefendibles. Podrá decirse, y no se estará faltando a la verdad, que es mejor la defensa de un profesional que la efectuada por el acusado, lego en la materia, seguro (cuando menos en la mayor parte de ocasiones). Ahora bien, ello no justifica la imposición del derecho a asistencia letrada o la negativa a la autodefensa incumpliendo tratados o pactos internacionales. Pensando en la víctima podría sugerirse que, en igualdad de armas, se la obligue a comparecer con asistencia letrada «gratuita»<sup>11</sup> por ser la perju-

<sup>11</sup> Entrecorrido lo de *gratuita* porque el reciente Estatuto de la Víctima –Ley 4/2015– en su artículo 16 se refiere a que las víctimas podrán presentar sus solicitudes de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Solicitar, no es obtener. Una vez más incumplimos la normativa europea y así, si acudimos a la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, observamos como en la misma se dice, taxativamente, que los Estados miembros garantizarán a las víctimas el acceso a asistencia jurídica gratuita cuando tengan el estatuto de parte en el proceso penal.

dicada, perjudicada y no presunta perjudicada, y no que comparezca en autos como un simple testigo, obligado a jurar o prometer decir la verdad, sin poder acogerse al derecho a no declarar (salvo en determinados casos contemplados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím.), como es sabido).

Ahora bien, como era de esperar<sup>12</sup>, nuestro legislador posconstitucional no deja de crear contradicciones, y así nos encontramos con la incongruencia de ver como regula y acepta (sin justificación alguna) la renuncia a la defensa letrada en los delitos contra la seguridad del tráfico; así lo reconoce expresamente el artículo 520.8 de la LECrím. (introducido por Ley Orgánica de 13 de 2015), que dispone: «No obstante, el detenido o preso **podrá renunciar a la preceptiva asistencia de abogado** si su detención lo fuere por hechos susceptibles de ser tipificados exclusivamente como **delitos contra la seguridad del tráfico**, siempre que se le haya facilitado información clara y suficiente en un lenguaje sencillo y comprensible sobre el contenido de dicho derecho y las consecuencias de la renuncia. El detenido podrá revocar su renuncia en cualquier momento».

Pues bien, podríamos preguntarnos si acaso tales delitos **contra la seguridad del tráfico** son delitos «menores», delitos a los que la ley castiga con penas leves que hacen innecesaria tan obligada necesidad de asistencia letrada. Pues bien, la respuesta es negativa, veamos: son delitos que pueden llevar aparejadas penas muy superiores a las de otros delitos en los que sí se exige la preceptiva intervención de abogado, por ejemplo, el artículo 381 del Código Penal sanciona con pena de prisión de **dos a cinco años** al que con manifiesto desprecio por la vida realice las conductas señaladas en el artículo 380, esto es: conducción temeraria. Por tanto, frente a una posible pena de hasta cinco años el acusado puede asumir su propia defensa y, sin embargo, y por poner un ejemplo, por el delito de lesiones leves del artículo 147.3<sup>13</sup>, que conlleva la pena máxima de dos meses de multa, ahí sí va a resultar preceptiva la asistencia letrada (y de procurador, claro).

Permítaseme un inciso: tras la lectura del artículo citado, tras ver el tenor literal del mismo, esto es, «siempre que se le haya facilitado información clara y suficiente en un lenguaje sencillo y comprensible», me pregunto por qué el legislador se empeña en considerar estúpido o ignorante al pueblo que lo eligió. «Lenguaje sencillo y comprensible», dígase *lenguaje no técnico o sin tecnicismo* o simplemente comprensible para el ciudadano medio, pero no; es que la norma cuando se refiere al pueblo llano parte de la convicción de la falta de preparación del mismo.

Obsérvese, por ejemplo, lo que aparecía en la exposición de motivos (II) de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado: «Una elemental prudencia aconseja la graduación en el proceso de instauración de la Institución, tanto a la hora de seleccionar el número de asuntos,

No es lo mismo dado que la asistencia jurídica gratuita en España exige que «se acredite insuficiencia de recursos para litigar» (art. 2.1 a), salvo para las víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos, así como a los menores de edad y las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental cuando sean víctimas de situaciones de abuso o maltrato.

<sup>12</sup> Nuestro legislador tiene una capacidad de sorprender inagotable e imprevisible.

<sup>13</sup> El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses.

cuanto la naturaleza de estos. Razones para su adecuada implantación aconsejan que *todos* los que han de intervenir en este tipo de procesos se familiaricen con sus peculiaridades tan distintas a la actual manera de celebrarse los juicios. La concreción del objeto del juicio, las alegaciones de las partes, el material probatorio a atender, el lenguaje a utilizar, el contenido mismo de las resoluciones debe variar sustancialmente [...]. El ámbito competencial correspondiente al Tribunal del Jurado se fija en el artículo 1. Sin embargo, el legislador en el futuro valorará sin duda, *a la vista de la experiencia y de la consolidación social de la institución*, la ampliación progresiva de los delitos que han de ser objeto de enjuiciamiento». Primera cuestión: ¿quiénes deben familiarizarse con el proceso, los profesionales o los jurados?; segunda cuestión: ¿qué ha sucedido?, ¿cómo es posible que tras más de 20 años de instaurada la institución no se haya ampliado ni un solo delito a conocer por el Tribunal de Jurado, ¿acaso aún no están preparados los profesionales ni los ciudadanos para dicho cometido? Si ciertamente la instauración de un cambio sustancial de una institución en un Estado supone que la misma se efectúe de forma progresiva «para ir familiarizándose con él», podríamos haber instaurado la elección de cargos públicos de la misma manera: progresiva y con el mismo lapso temporal, 20 años.

No puede olvidarse que el jurado se instauró en España (primer esbozo, dice la citada exposición de motivos) en 1820 y fue suspendido en 1936, pero lo que no se dice es que en aquellos tiempos el jurado conocía de todo tipo de asuntos, no solo penales limitados. ¿El ciudadano de la República estaba más preparado que el ciudadano actual? ¿Qué ha sucedido?

Como última cuestión referir como el legislador se viene preocupando cada vez más en no adecuar determinadas penas a determinadas conductas<sup>14</sup> o bien castiga con dureza conductas que no lo merecen o bien impone penas leves a conductas despreciables.

Tiempo atrás, cierto sector doctrinal, alemán, ya promulgaba que la conducción bajo los efectos del alcohol o drogas no podía ser atenuante y menos aún eximente; frente a tal opinión y contraria a ella, nuestra norma dispone: que para el caso de quien matare a otro (homicidio<sup>15</sup> no asesinato) la pena será de prisión de entre 10 y 15 años. Junto a ello el artículo 20 del citado Código Penal dispone que «están exentos de responsabilidad criminal: [...] 2.º El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión». Por su parte, el artículo siguiente se refiere a las atenuantes que pueden ser, entre otras y como es sabido, cualquiera de las eximentes, si estas resultaren

<sup>14</sup> No niego que algunas reformas amplíen los tiempos de prisión para determinados delitos, niego que las mismas en ocasiones, más de las deseadas, no se cumplan en su totalidad. Así, determinados delitos de enorme repulsa social son penados con inhabilitaciones, o si lo son con penas de prisión, los condenados pasan a situaciones de tercer grado de formas a veces sorprendentes.

<sup>15</sup> Artículo 138.1 del Código Penal.

incompletas, en cuyo caso la pena se aplica en su mitad inferior<sup>16</sup>, y si se considera muy cualificada puede imponerse la pena en uno o dos grados menos<sup>17</sup>.

Sobre tal cuestión buscamos (al azar) una sentencia y encontramos una dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (41/2003) que se refiere a una **tentativa de homicidio** (tentativa que produce la reducción de la pena en un grado, como es sabido); en la misma se dice textualmente:

«Tercero. Como ya se ha expresado en el relato fáctico, la acusada había ingerido varias cervezas y también más de una pastilla de orfidal en los momentos previos a la agresión. Y a esto ha de sumarse que, según informó por escrito (folios 547 a 553 de la causa) y ratificó en la vista oral del juicio la perito médico Gloria, la inculpada padece un trastorno de inestabilidad emocional de la personalidad que la determina a obrar impulsivamente, sin medir las consecuencias de sus acciones. Tal confluencia de factores nos lleva a la convicción de que ejecutó la agresión con sus facultades intelectivas y volitivas muy sensiblemente mermadas, de forma que tenía aminorada en un grado muy elevado la comprensión de la ilicitud de su conducta así como la capacidad de adecuar su conducta a las exigencias de la norma. Por lo cual, ha de aplicársele la eximente incompleta prevista en el art. 21.1.<sup>a</sup> del C. Penal en relación con el art. 20.2.<sup>o</sup> (intoxicación por drogas o alcohol) [...].

Por consiguiente, y en lo que respecta a la cuantificación de la pena, procede reducirla en un grado por el grado de ejecución alcanzado por la tentativa del delito (art. 62 del C. Penal), y **en dos grados por la aplicación de la eximente incompleta de actuar bajo la influencia del alcohol y de drogas tóxicas** (art. 68 del C. Penal). Visto lo cual, y una vez aplicada la atenuante cuarta del art. 21, la pena ha de quedar fijada en un año y tres meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

[...]

#### FALLO

Condenamos a Concepción como autora de una tentativa de homicidio, con la concurrencia de **la eximente incompleta de actuar bajo la influencia de bebidas alcohólicas y de la ingesta de drogas tóxicas**, y también con la concurrencia de la atenuante de confesión de la infracción, **a la pena de un año y tres meses de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a que abone las costas del juicio».

Explíquesele usted a la víctima, a ver si lo comparte o cuando menos si lo entiende.

<sup>16</sup> Siguiendo con el homicidio la pena sería de entre 10 años y 12 años y 6 meses.

<sup>17</sup> En tal caso podríamos tener una pena de entre 5 años y 10 años menos 1 día o 2 años y medio a 5 años menos 1 día.

Otra cuestión es la de tener las capacidades mermadas por enfermedad o incluso por la grave dependencia a alcohol o drogas, pero cosa distinta es que el ciudadano normal beba o ingiera drogas de cualquier tipo, consciente de que su ingesta va a ocasionarle una reducción en sus capacidades de entender y querer, y pese a conocer tal circunstancia, sin importarle, consuma cualquiera de ellas; en el momento de consumirlas el ciudadano es consciente y en consecuencia actúa a sabiendas de un posible resultado, asume cuando menos las consecuencias que puedan producirse, las asume y le da igual. Por tanto, existe dolo (eventual) o culpa (siquiera consciente). Y ello porque se acepta el resultado, sea cual sea el mismo, sin más. En tal caso, aceptándose las consecuencias, aún no buscadas, planteándose el sujeto que pudiera suceder un ilícito pero que no se busca el mismo (propia de la culpa consciente), ello debe suponer siquiera una agravante y en modo alguno una atenuante y menos eximente. Cuando menos debiera figurar como circunstancia mixta (atenuante o agravante, según circunstancias del sujeto).

*La existencia de víctimas no es más que la prueba palpable de la ineptitud o impotencia del Estado para proteger a sus ciudadanos.*

*Toda víctima tiene el derecho inalienable a que se castigue al criminal y a ser resarcida.*

EL AUTOR

## II. DE LAS VÍCTIMAS

No deseo extenderme en exceso y ello por cuanto que el apartado siguiente, el referido a la reforma de la LECrim., lo va a tratar de manera expresa como el objeto real del presente artículo. Mucho habría que decir en relación con la víctima, mucho. Por ello no resulta procedente dedicar a la misma un reducido espacio dentro de un reducido, a su vez, artículo<sup>18</sup>.

Ahora bien, cuando menos un par de referencia o «curiosidades» sí debo referir: la primera, la situación de perplejidad de las víctimas que acuden a declarar y se les toma juramento o promesa advirtiéndoles que acuden al acto de la vista como meros testigos, sin más, y que están obligadas a decir verdad bajo pena de prisión<sup>19</sup>. Por su parte y como se dijo, el acusado, y resulta sobradamente conocido, puede mentir cuanto desee. Otra muestra del complejo de inferioridad de un sistema inmaduro y sin historia o calado democrático suficiente.

<sup>18</sup> En una conferencia no muy lejana dije que la víctima era el único responsable de la comisión del delito, que sin ella el delincuente nunca habría delinquido. Acéptese como triste paradoja de la realidad.

<sup>19</sup> Dispone el artículo 458 del vigente Código Penal que faltar a la verdad en su testimonio en causa judicial puede ser castigada con penas de entre 6 meses a 2 años de prisión y multa de 3 a 6 meses, a la vez el mismo precepto, en su apartado segundo, dispone que si el falso testimonio se diera contra el reo en causa criminal, las penas serán de prisión de 1 a 3 años y multa de 6 a 12 meses, pero si se dicta sentencia condenatoria, la pena a imponer es la superior en grado.

*Quod quis ex sua culpa damnum sentit,  
Non intelligitur damnum sentire*<sup>20</sup>

## 1. DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

Junto a esa perplejidad de la víctima/testigo quiero hacer alusión expresamente al derecho a la legítima defensa, y ello por el completo desconocimiento que del mismo tiene el ciudadano medio (e, incluso, algunos operadores jurídicos cuya disciplina no es la penal).

La legítima defensa en nuestro ordenamiento viene a ser algo así como «un quiero y no puedo». Son tantos y tan minuciosos los requisitos que exige la jurisprudencia (que nunca hace una interpretación favorable a la víctima sino que parece buscar la forma de evitar aplicarla como eximente y lo hace, en su caso, como atenuante, o lo que denomina «legítima defensa putativa»<sup>21</sup>).

En primer lugar, reproducir lo que nuestro actual Código Penal contempla como «legítima defensa»; dice así el artículo 20 de la meritada norma:

*«Artículo 20. Están exentos de responsabilidad criminal: [...] 4.º El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:*

Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquella o estas.

Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.

Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor».

La exigencia de tales requisitos, interpretados con el rigor con que lo hacen los tribunales (especialmente aquel que crea jurisprudencia, nuestro Tribunal Supremo), desnaturaliza por completo el sentir del precepto, lo transforma, en el mejor de los casos, como atenuante o eximente incompleta.

Pero antes de proceder a analizar (o cuando menos a reproducir) algunas resoluciones, veamos qué debería entenderse por legítima defensa, cuál sería el concepto, su fundamento y naturaleza, sus límites y condiciones.

<sup>20</sup> POMPONIO: «No se entiende que padece daño el que por su culpa lo sufre» (principio general de Derecho).

<sup>21</sup> También conocida como «por error», y sucede cuando, por ejemplo, el sujeto se defiende de quien cree que le está atacando o sufre un estado de incertidumbre, de temor y se traspasan los límites de la defensa.

1. Concepto. Debe entenderse por legítima defensa el derecho natural e innato que todo hombre posee para utilizar la fuerza física para repeler en el acto toda agresión injusta, contra la cual no quepa en ese momento otro medio de defensa.
2. Fundamento y naturaleza. Debieran aquí distinguirse dos supuestos, uno del referido al ataque contra la vida y otro el referido al ataque contra bienes. En el primero de los casos el fundamento no va ser otro que el derecho a la vida, y deberá y podrá defenderla cuando no sea posible que la misma sea defendida por los agentes de la autoridad. En el segundo supuesto, el derecho de defensa se fundamenta en que siempre va resultar prioritario el derecho del ofendido o agredido injustamente que el derecho del agresor. Cabría aceptar como fundamento general que el derecho de defensa podrá encontrarse en la necesidad de mantener efectivo el orden jurídico al que ataca toda agresión injusta, y es que incluso debiera afirmarse que el derecho de legítima defensa constituye un deber para el agredido cuando su no actuación puede causar un grave perjuicio a terceros, a la sociedad o se infringiera otro deber sancionado por la ley. En suma, en el caso de tratarse de la defensa de la persona, derechos o cosas de un tercero, esa defensa constituye, pues, un deber más que un derecho (sin olvidar que el derecho no pide actuaciones heroicas, nadie puede ser obligado a intervenir en defensa de un tercero poniendo en peligro su propia vida o bienes).
3. Límites de la legítima defensa. El ejercicio de la legítima defensa puede llegar incluso hasta dar muerte al agresor injusto, cuando esto sea absolutamente necesario para salvar la vida del agredido. Ello merece matizaciones, y así debiera aceptarse como lícito que la muerte del agresor sea el producto de la defensa cuando racionalmente se teme por la propia vida aunque tal muerte no haya resultado absolutamente necesaria para salvar la vida, y es que no puede aceptarse o exigirse, de quien rechaza un ataque, que sea consciente en todo momento del resultado de su acción para repeler la agresión ilegítima (en tal sentido reproducimos más adelante una sentencia que aclara lo expuesto).
4. Condiciones. Evidentemente, como condición necesaria para estimar concurrente la legítima defensa, debe haber existido una agresión y esta debe ser injusta o contra ley. No existirá tan legítima defensa, por ejemplo, cuando la misma se produzca contra los agentes de la autoridad si estos se encuentran en el ejercicio legítimo de sus funciones aunque vaya contra un derecho nuestro.
5. Otro requisito o condición va a ser que el ataque sea actual, esto es, que constituya un peligro inminente del que no pueda defendernos la autoridad pública. No cabría en modo alguno entender como legítima defensa la acción de ir al domicilio a por un arma para utilizarla contra quien momentos antes nos amenazó con otra arma.

Evidentemente como requisito también deberá contemplarse la inexistencia de provocación por parte del defensor, aunque debiera matizarse que este requisito no puede suponer que frente a una provocación, por ejemplo verbal, por parte del defensor, el ataque desencadenado por la provocación no pueda ser repelido y estimado tal rechazo como legítima defensa. Ello sería el caso de una acalorada discusión, donde se cruzan insultos o amenazas. Y tras lo cual uno de los partícipes saca una nava-

ja intentando agredir al otro; en este supuesto no debiera aceptarse en modo alguno que ha existido provocación. La legítima defensa entra en juego, en este supuesto, desde el momento que uno de los agresores saca una navaja para agredir al otro, que tan solo ha proferido insultos o incluso amenazas.

Por último, la defensa debe ser proporcional a la agresión y aquí se plantean infinidad de problemas por cuánto que la cuestión queda al arbitrio del juzgador<sup>22</sup>, de forma que en muchísimas ocasiones resulta difícilísimo el ejercicio de ese juicio de proporcionalidad (ello se comprobará en una sentencia a la que vamos a referirnos más adelante).

Es que cuando uno o varios extraños entran en un domicilio parecería lógico que pudiera repelerse tal intromisión por cualquier medio, exigiendo tan solo la existencia de un miedo fundado a sufrir, para el morador o cualquiera de sus familiares, algún tipo de agresión. Esto no parece desproporcionado, pues debe pensarse que quien se encuentra en su domicilio, en la paz del mismo, y se ve sorprendido por la presencia de extraños que violan su morada, sufre indiscutiblemente tal *shock* y miedo que nadie puede exigirle que se ponga a valorar el medio a emplear para la defensa de su morada, si es más proporcional o no.

Las sentencias al respecto son legión; reproduzco algunas sin tratar siquiera de escoger las más llamativas y me encuentro con, por ejemplo, la siguiente:

«Del anterior relato fáctico no se desprenden la totalidad de los requisitos necesarios para la apreciación de la eximente completa de legítima defensa por cuanto sí el acusado, que había sido previamente agredido por la víctima con el cuchillo, pero sin que conste llegase a sufrir herida alguna –concurrente, por tanto el requisito de la agresión ilegítima– consiguió arrebatar el arma a su agresor, y no obstante su superior complejión física que le hubiera permitido reducir a aquel, utilizó el cuchillo dirigiéndole a zonas vitales, con movimiento no solo incisivo sino de torsión y giro, contra quien ya no podría agredirle sino corporalmente, resulta evidente un exceso en la defensa, benignamente calificado como intensivo o propio. (TS Sentencia núm. 544/2007 de 21 junio)».

Aquí se va a valorar no la actuación del agresor sino la de quien se defiende, quien arrebató el cuchillo a su agresor y lo clava en él. Parece que se exige a la víctima que tenga la sangre fría de pensar que no debe usar el cuchillo (arrebatado y previamente empleado contra él), que debería, vista su complejión, reducirlo o darle dos bofetadas (quizás tampoco). En suma, no se valora la situación de agresión y defensa de la víctima que de forma indiscutible se defendió (ofuscada por el ataque previo). La defensa no es compatible con la frialdad de reacción. Ante un ataque con cuchillo existe, indiscutiblemente, una desproporcionada subida de adrenalina, que enturbia los sentidos, anula el juicio, predomina el instinto de supervivencia, lo que hace que el sujeto quiera defenderse o matar al agresor, sin valorar más que el deseo de mantener su propia vida, así y es y así debiera ser aceptado. En su defensa –tras la ilegítima agresión con el cuchillo– utilizando el

<sup>22</sup> Ello sin perjuicio de mi decantación hacia los sistemas anglosajones.

mismo medio que se empleo en el ataque, puede dar una o cien puñaladas, es incontrolable y es el producto sin más del profundo miedo sufrido.

«La jurisprudencia ha entendido este requisito de la legítima defensa como una exigencia que abarca dos aspectos. De un lado, la necesidad de defensa, que aquí no se discute, pues es evidente que la agresión era actual y que era precisa, dado que un grupo golpeaba con patadas y puñetazos a un tercero que se encontraba en el suelo. De otro lado, la necesidad del medio empleado, pero no como un juicio de proporcionalidad objetiva entre el medio utilizado en la agresión y el empleado por el defensor, sino en atención a todas las circunstancias concurrentes, tanto en relación con la agresión como con la situación del que defiende y con la forma en que lo hace, todo ello bajo la perspectiva de lo que, en el caso, podría considerarse una reacción eficaz. Por ello es necesario en estos casos una descripción del hecho lo mas precisa posible, de forma que puedan ser valorados todos los aspectos relevantes del hecho».

Intente usted explicar a quien se defiende o defiende a su familia que debe prestar atención a todas las circunstancias concurrentes, tanto en relación con la agresión como con la situación del que defiende y con la forma en que lo hace, imposible.

Quizás la más significativa es la que se transcribe a continuación:

«El agredido, después de llamar al domicilio del recurrente y de golpear la puerta con un palo similar a un bate de béisbol, se enzarzó en una discusión, que degeneró en pelea, con la esposa del acusado, golpeándola y tirándola del pelo, momento en que este acude en su auxilio dirigiéndose el lesionado hacia él, forcejeando ambos hasta llegar junto a la mesa donde se encontraba todo dispuesto para servir la cena, cogiendo el recurrente un cuchillo de cocina que se encontraba encima de la mesa y esgrimiendo el mismo, asestó al lesionado tres puñaladas. Estima (la defensa) que, además de la incuestionable agresión ilegítima, existe proporcionalidad en el medio empleado para repelerla, al usar el cuchillo de cocina frente a un palo de características a un bate de béisbol, blandido por un individuo joven, excitado y con afán agresivo, después de haber agotado de manera prudencial todas las acciones disuasivas. Considera (la defensa) que el punto más delicado es la exigencia de la capacidad de reflexión para ponderar el uso mensurado del arma con la que cuenta y es difícil pedirle que valore, en cuestión de segundos, que lo que ha cogido es un cuchillo de cocina y que dicho cuchillo es apto para causar la muerte».

[...]

La sentencia recurrida admite, sin ningún género de dudas, la existencia de una agresión ilegítima y así debe ser confirmado en cuanto que el suceso se desarrolla en el interior de la vivienda del acusado, momentos después de que el agresor golpearase con un palo la puerta y se enzarzase en una pelea con la esposa del titular de la casa, lo que constituye una invasión de bienes tan importantes como la inviolabilidad del

domicilio y la integridad física de la persona inicialmente agredida ligada por vínculo matrimonial al que defiende su persona, su morada y a su esposa. Acreditada la existencia de una agresión ilegítima y constatada la inexistencia de provocación por parte del que se defiende, debemos centrar nuestro análisis en la racionalidad y proporcionalidad del medio empleado para repeler la agresión.

En cuanto a la proporcionalidad del medio empleado para repeler la agresión, no se discute que el palo, semejante a un bate de béisbol, es un arma contundente que puede entrañar un peligro para el agredido. Ahora bien, la sentencia recurrida nos priva de una necesaria ampliación de las circunstancias concurrentes, y no nos dice si en el momento en que se produce la agresión con el cuchillo de cocina, el lesionado esgrimía el palo y lo dirigía contra su antagonista con evidente riesgo para su vida. La parquedad de la motivación y de la descripción fáctica que, sin duda debió ser objeto de debate en el acto del juicio oral, nos impide conocer de forma clara y directa estas circunstancias. Por la descripción inicial de los acontecimientos, parece que el arma agresora solo fue utilizada para aporrear la puerta, ya que después se nos dice simplemente que llegó a golpear a la esposa del acusado (no nos aclara si fue con el palo) y que le tiró del pelo, lo que nos sugiere que lo había soltado. Lo mismo sucede cuando se relata la pelea con el procesado, ya que se limita a decirnos que forcejearon ambos, sin especificar si blandía o no el palo, para enlazar directamente con el desenlace final en el que el acusado asesta tres puñaladas en zonas vitales al lesionado.

Como dice la jurisprudencia de esta sala, la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión constituye un juicio de valor sobre la proporcionalidad entre las condiciones, instrumentos y riesgos de la agresión, y los propios medios y comportamiento defensivo. Conviene advertir que el texto derogado que regulaba la legítima defensa no equipara la racionalidad del medio empleado en la defensa con la proporcionalidad del medio. Para juzgar la necesidad racional del procedimiento empleado en la defensa no solo se debe tener en cuenta la naturaleza del medio en sí, sino también el uso que de él se hace y la existencia o no de otras alternativas de defensa menos gravosas en función de las circunstancias concretas del hecho.

El uso de un cuchillo de cocina que se encontraba sobre una mesa en el lugar en que se desarrollan los hechos, dirigiendo el acusado sus golpes hacia la cavidad torácica y abdominal, indican o sugieren, ante la imprecisión del hecho probado, que nos encontramos ante una reacción desproporcionada en cuanto que su oponente iba armado con un palo en forma de bate de béisbol y no sabemos si en ese momento lo blandía digiriéndolo hacia el cuerpo del acusado. La falta de proporcionalidad adecuada a las circunstancias del hecho hace decaer la concurrencia del segundo requisito necesario para apreciar la legítima defensa como completa. (Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sentencia núm. 1479/1997 de 4 diciembre)».

No parece necesario efectuar muchos argumentos con base en esta sentencia; como se aprecia, la reticencia a estimar, en nuestro país, como eximente completa la legítima defensa es palmaria. Y no es cuestión de permitir matar por doquier y en cualquier momento, circunstancia o lugar, es

cuestión de estimar que la violación del domicilio, por ejemplo, resulta inaceptable y su protección debe ser ejemplar y ejemplarizante, y que quien se atreve a invadir la inviolabilidad del domicilio sabe a lo que se arriesga y asume tal riesgo y puede evitar cualquier agresión con el solo hecho de abstenerse del allanamiento. Lo que resulta incomprensible es que ese valor del domicilio, esa protección, aparece reflejada en otros preceptos del Código Penal; por ejemplo, y sin referirnos al allanamiento de morada (el principal en cuanto a la protección del domicilio), el delito de robo con fuerza en las cosas es sancionado con pena de uno a tres años de prisión (art. 240.1), sin embargo si dicho delito se comete en casa habitada la pena pasa a ser de dos a cinco años (mismo precepto, 240 en su punto 2.º), por tanto el legislador es consciente del bien que se pretende tutelar, sin embargo no muestra tal empatía cuando es el propio allanado quien se ve agredido en su domicilio.

Pero es que parece ser que «algo» pasa por alto la jurisprudencia y es el hecho de no tener presente que toda víctima tiene el derecho a defenderse frente a un ataque ilegítimo, y que ese derecho le debe permitir emplear, en su defensa, cualquier medio que se encuentre a su alcance y que le garantice siquiera medianamente que su defensa va a tener éxito. No se trata pues de que exista proporcionalidad en el medio empleado, sino más bien de exigir que no exista desproporción desmesurada, esto es: si alguien ataca a otro con un cuchillo, lo esgrime con intención de clavarlo, se está –o debiera estar– en el legítimo derecho a emplear en la defensa cualquier medio que impida al agresor cumplir su propósito; puede, por ejemplo, utilizar un arma de fuego y disparar contra el agresor, sin que pueda exigirse que el agredido tenga el acierto –sangre fría– de disparar sobre zonas no vitales, sin que se exija que emplee o busque un medio menos agresivo; eso es un absurdo carente de toda lógica, es exigir una condición de imposible cumplimiento o exigir el sacrificio de quien sufre el ataque.

Lo que debe tenerse presente es que no cabe aceptar el empleo de un medio *excesivamente* desproporcionado cuando se disponga de otro, o cuando el ataque no pone en riesgo la vida o integridad; por ejemplo: alguien levanta un teléfono móvil contra otro, con la intención de arrojárselo a la cabeza; aquí es evidente que el ciudadano medio es conocedor que la agresión, como mucho, va a acarrear una herida leve o al menos no mortal; en este caso nadie en su sano juicio emplearía un revolver para defenderse de la agresión.

A tal desproporción me refiero y al parecer algo similar –pero de forma tímida– intenta exponer el Tribunal Supremo, sin al parecer demasiado éxito o claridad, cuando afirma que «para juzgar la necesidad racional del procedimiento empleado en la defensa no solo se debe tener en cuenta la naturaleza del medio en sí, sino también el uso que de él se hace y la existencia o no de otras alternativas de defensa menos gravosas en función de las circunstancias concretas del hecho». Como se ve, no dice que no se tenga en cuenta el medio, sino que «no solo se debe tener en cuenta la naturaleza del medio», esto es, medios similares (a veces se exigen imposibles ante las circunstancias del lugar y momento, por ejemplo: alguien se encuentra cazando en una zona acotada, aparece el dueño del terreno blandiendo un garrote, o un cuchillo de montaña, o mejor un hacha, y ello con la clara intención de agredir al cazador. ¿Cómo exigiría la jurisprudencia que respondiera? Temo que, llegando al absurdo, podría exigirse que el cazador no utilizara la escopeta y buscara otro medio de defensa similar, como puede ser una rama o una piedra para intentar repeler la agresión de igual a igual. Ello es pedir demasiado a la futura víctima, lo lógico sería que el cazador, en primer lugar, intentara intimidar con su escopeta al agresor y si este seguía aproxi-

mándosele, blandiendo, por ejemplo, el hacha, disparara sobre él a ser posible, y si los nervios o el miedo se lo permitían, sobre zonas no letales. El ejemplo del bate de beisbol es significativo).

Por último, cabe hacerse una pregunta: si al llegar a casa, en ella se encuentran tres o cuatro individuos introduciendo en sacos objetos pertenencias del legítimo ocupante de la vivienda, ¿qué se supone que se debe hacer? Al parecer, deberemos intentar llamar a la policía; si los asaltantes lo impiden colocándose ante el teléfono, si resulta imposible pedir auxilio y en ese momento el allanado saca una pistola, pero los asaltantes no llevan armas, solo se encuentran en situación agresiva (puños cerrados, manotazos al aire, amenazas) y no desisten de la misma, se aproximan al ciudadano con los puños cerrados, amenazantes, ¿qué debiera hacerse? Mi pronóstico es que si por cualquier circunstancia el asaltado/víctima dispara y mata a uno de los asaltantes, o simplemente lo hiere (lesiones mas o menos graves), entrarán en juego los derechos de los criminales que terminarán con la existencia pacífica de la víctima, que se verá sumido en un viacrucis judicial, cuando menos, de años, para al final, en el mejor de los casos, ser condenado apreciando como circunstancia atenuante la legítima defensa (no como eximente, como atenuante sin más o una legítima defensa putativa; quizás pudiera apreciarse un miedo insuperable pero temo que no como eximente) y ello por cuanto que o bien se entiende que no ha existido provocación suficiente, o, sobre todo por entender el tribunal que no existió proporcionalidad en el medio empleado, que podía, por ejemplo, haber huido (salir corriendo de la propia casa), o empleado otro medio (si bien no se me ocurre cuál), o haber apuntado bien y disparado solo a las piernas (aunque entonces podría ser asimismo acusado o de intento de homicidio o de lesiones y condenado, pero igualmente con la atenuante (eximente incompleta) de legítima defensa<sup>23</sup>.

Todo ello porque, recordemos, el precepto citado exige para apreciar la eximente la existencia de agresión ilegítima: «En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquella o estas. Pero también exige junto a ello que existe «necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla», y a su vez que exista una «falta de provocación suficiente por parte del defensor». Creo que el Estado debiera dar unos cursillos acelerados a los ciudadanos para que, en este momento de violencia que vivimos, sepan cómo actuar en cada momento, porque exigir lo que ordena o dispone el Código Civil en su artículo 6.1, esto es, «la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento», es poco menos que una exigencia de imposible cumplimiento hoy cuando existe una auténtica «diarrea legislativa» a nivel estatal, comunitario, autonómico... vamos, que si el propio profesional del derecho se ve incapaz de conocer toda la normativa que se publica, cómo va a exigírsele al ciudadano (ese al que hay que explicarles las cosas de forma sencilla y comprensible al que se refería el legislador) que las conozca.

En suma, no se tiene en cuenta que la víctima tiene un plus en la defensa-agresión que no tiene el criminal (*Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet*)<sup>24</sup>. El primero posee la legitimidad para agredir porque está siendo agredido, se está defendiendo, en tanto que el segundo carece de tal legitimidad, en consecuencia, la víctima debe, en todo momento, poseer

<sup>23</sup> Se lleva la situación un poco al absurdo pero tal absurdo no está lejos de la realidad, téngase en cuenta.

<sup>24</sup> PAULO: «No hace daño a nadie sino el que hizo lo que no tenía derecho a hacer» (principio general de Derecho).

el derecho a defenderse con los medios a su alcance, con cualquiera que le garantice su integridad (sin desproporción desmesurada, como se ha dicho). Y no puede olvidarse que la Constitución española garantiza el derecho a la vida e integridad física y moral, en tanto que la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, va un poco más allá afirmando en su artículo 3 que «todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona».

Y es que parece ser que se olvida el legislador que la defensa de la persona, la protección de la vida propia, más incluso que un derecho es uno de los instintos más básicos que todo animal posee (instinto de supervivencia que no solo posee el hombre), y que le impulsa a actuar en la forma en que mejor se garantice su supervivencia, huyendo, escondiéndose, atacando, etc.

*No existe casi ninguna cuestión política en  
Estados Unidos que tarde o temprano no se  
convierta en una cuestión judicial*

ALEXIS DE TOCQUEVILLE

### III. DE LA REFORMA DE LA LECRIM. (LEY ORGÁNICA 13/2015 Y LEY 41/2015, AMBAS DE 5 DE OCTUBRE, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL)

#### 1. INTRODUCCIÓN. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

Entrando, ahora sí, en el tema principal del presente trabajo, decir en primer lugar que soy, y así me declaro, un acérrimo defensor de la división de poderes, división hoy inexistente. Como defensor a su vez, o en consecuencia, de la independencia judicial, debiera abstenerme de opinar sobre el legislador o mejor sobre las normas que se promulgan (silencio/respeto al poder legislativo-ejecutivo, hoy dos manifestaciones de una misma cosa) pero claro, visto que, al parecer, al resto de poderes –unos cuantos– poco o nada les importa entrometerse en el Poder Judicial, que las resoluciones judiciales corren de boca en boca<sup>25</sup>, nada me impide efectuar una reflexión sobre cualquier norma que se promulgue, ahora y en especial la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, operada por Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre; una reforma que, si se me permite la chanza, pudiera calificarse tristemente de «reforma para la impunidad», o lo que es peor: una reforma que limita y controla la independencia judicial.

Al principio de este trabajo me referí a la Carta de Derechos de los Estados Unidos<sup>26</sup>, lo hago ahora y en relación con la independencia judicial, reproduciendo unas frases de John G. Roberts

<sup>25</sup> Recuérdese que las resoluciones judiciales debieran ser recurribles, no opinables y que el respeto a las mismas es un pilar esencial en cualquier democracia.

<sup>26</sup> Debiera dar un mayor espacio al tema, no obstante cuando menos, y respondiendo a la cuestión afirmada al principio en relación con que determinados derechos de dicha Carta aún hoy nosotros no aplicamos, he de referirme a la IV Enmienda

Jr., juez presidente del Tribunal Supremo de Estados Unidos: «La Constitución de Estados Unidos es un pacto entre el pueblo estadounidense que garantiza las libertades individuales y que cumple dicha promesa por medio de un gobierno democrático en el cual quienes redactan, hacen cumplir e interpretan la ley también tienen que obedecerla.

La Constitución prescribe la función central del Tribunal Supremo en el sistema de gobierno de Estados Unidos. Establece que el Tribunal es un organismo judicial independiente cuyos fallos están aislados de la influencia de la opinión popular y los poderes coordinados del gobierno. En cambio, el Tribunal está obligado por el principio de fidelidad a la ley misma. La Constitución requiere que el Tribunal decida las disputas sin consideración por la identidad de las partes, conforme a lo que exigen la Constitución y las leyes debidamente promulgadas».

Parece ser que el tan traído tema de la independencia judicial es algo que solo preocupa a los jueces, el ciudadano no ha llegado a darse cuenta de la envergadura del tema, no ha llegado a valorar en su justa medida la importancia del mismo, y para poder demostrar tal importancia sirva por todo, como argumento, el deseo pertinaz, constante y abrumador del resto de poderes en ingerir, coartar y cuando menos limitar dicha independencia. La independencia afecta al ciudadano común, es importante para él ya que quiere juzgados/jueces honrados que hagan valer en su justa medida los contratos, que resuelvan con equidad sus disputas; que no venza el poderoso y quede en desamparo el pobre; no quieren luchar contra Goliat.

Y cabe preguntarse: ¿qué formas tiene el poder legislativo-ejecutivo de inferir en la independencia? Varias, cuando menos podemos citar las siguientes (a modo de apunte): nombramientos de jueces por un poder distinto al judicial; sometimiento de jueces a juicios políticos; limitación de los recursos (personales, materiales, económicos), de forma que las causas no vean la luz con intermediación; evitar que la magistratura cuente con un número de jueces suficiente y necesario acorde a la conflictividad; y como joya de la corona: dictar normas que limiten sus actuaciones (este último es el caso ahora en estudio).

Hoy, sobre todo, el obstáculo más difícil de afrontar o alcanzar para que el ciudadano crea en la independencia judicial es lograr la confianza pública en los tribunales, en sus jueces, y al

---

cuando afirma «tampoco se juzgará a persona alguna dos veces con motivo del mismo delito»; sin embargo nuestros legisladores aceptan que un ciudadano declarado inocente sea sometido, a instancias del Ministerio Fiscal o Acusación Particular, a otro juicio (apelación o casación, no importa), por el mismo motivo y donde puede ser declarado culpable. No cabe argumento alguno a favor de la revisión contra reo. No cabe decir ni aceptar que el recurso no es «otro juicio», eso es una falacia, se puede incluso valorar nuevamente la prueba y declarar culpable a quien fue declarado inocente. En Estados Unidos el fiscal (allí no existe acusación particular en temas criminales) no puede recurrir una sentencia absolutoria; recuérdese el caso de O. J. Simpson que fue declarado inocente por un jurado y los familiares de las víctimas tuvieron que entablar un proceso civil, porque nadie podía recurrir la sentencia en el orden penal. La segunda instancia o el recurso frente a una sentencia criminal solo cabe o solo debiera haber cuando es condenatoria, en tal caso es un derecho del condenado a que su caso sea visto por otro tribunal superior, solo en ese supuesto es aceptable el recurso. Tampoco se contienen en nuestro derecho los reconocidos en las Enmiendas VI (en toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial...), ni en la VII (jurado en causas civiles) ni en la VIII (no se exigirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas excesivas). Y no me refiero a la II (derecho a tener y portar armas) para evitar críticas.

parecer no resulta ser prioridad o deseo del resto de poderes que no solo ingieren en el judicial a través de normas –como las comentadas, entre otras– sino que lo hacen incluso en actuaciones públicas con críticas hacia aquellas resoluciones que no resultan de su agrado.

Llegado este punto, no puedo menos que recordar dos asuntos que llamaron poderosamente mi atención estudiando la justicia estadounidense. Se trata de dos resoluciones judiciales en dos momentos muy diferentes y con resultados completamente distintos, a saber:

La primera de ellas se remonta a 1834, caso Worcester contra Georgia, y trataba de la propiedad de unas tierras de la tribu cheroqui, tierras situadas al norte del estado de Georgia (garantizadas con tratados con Estados Unidos) y en las que se descubrieron yacimientos de oro. Ante tal hallazgo, los vecinos de la tribu invadieron sus tierras para apropiarse del oro. Ante ello, la tribu, civilizada, buscó un abogado, siendo elegido uno de gran renombre en la época, William Wirt, el cual había sido procurador general<sup>27</sup>. William entabló un pleito, Worcester contra Georgia, que finalmente llegó ante la Corte Suprema, la cual en un dictamen unánime falló que las tierras no pertenecían a los ciudadanos de Georgia sino a los indios y que estaban protegidas por tratados. A los indios se les había prometido que podrían conservar las tierras a perpetuidad y los ciudadanos de Georgia debían abandonarla. El presidente de Estados Unidos en ese momento, Andrew Jackson, dijo: «Jonh Marshall (presidente de la Corte Suprema) ha tomado la decisión, que la haga cumplir». Y el referido presidente Jackson despachó tropas a Georgia, pero curiosamente no para ayudar a los indios sino para desalojarlos, lo que así sucedió, teniendo que abandonar Georgia los indios cheroquis y emprenden el camino hasta Oklahoma, camino que fue conocido con el nombre de «camino de las lágrimas».

Esta es una historia, indiscutiblemente, de injerencia de poderes, de claro desprecio hacia las resoluciones judiciales y al principio de legalidad. Frente a tal hecho, no se olvide que acaecido en 1834, tenemos el siguiente que nos va a ilustrar en sentido contrario. Se trata del caso Cooper contra Aaron, que se falló poco más de un siglo después, concretamente en 1954. La Corte Suprema tuvo que considerar la ejecución del dictamen Brown contra la Junta de Educación. En el caso en cuestión se trataba de fallar que la Constitución de Estados Unidos prohíbe la segregación racial, y el caso se suscitó porque el gobernador de Arkansas dijo que «la Corte Suprema no me va a decir a mí lo que tengo que hacer» y se apostó frente a la puerta de una escuela, con tropas estatales, al objeto de impedir que niños de color fueran a la misma en compañía de niños blancos. La Corte Suprema falló de forma unánime que los niños de color debían entrar en compañía de los blancos en la escuela. ¿Cuál fue el resultado? El presidente Eisenhower despachó paracaidistas para hacer cumplir el mandato de la Corte y esta vez los soldados no fueron a desafiar a la Corte, sino a hacer cumplir su mandato. Fue necesario un Gobierno que estuviese dispuesto a despachar soldados para hacer cumplir el mandato de los magistrados y hacer posible el ingreso de los niños en la escuela<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> La Oficina del Procurador General de Estados Unidos representa al Gobierno de Estados Unidos en los casos que se presentan ante el Tribunal Supremo, supervisando la gestión de los juicios en nombre del Gobierno en todos los tribunales de apelación. (Elena Kagan, procuradora general de Estados Unidos).

<sup>28</sup> Se me ocurre pensar qué sucedería en nuestro país si ante una desobediencia al Tribunal Constitucional, ante una flagrante negativa a cumplir la Constitución, por una comunidad (no existen en nuestro país gobernadores al estilo USA),

Existen en Estados Unidos centenares de casos que despiertan pasiones u opiniones encontradas, pero nadie duda de que el país siempre acatará las decisiones de la Corte; ello es el producto de 200 años de experiencia que han llevado al público a comprender la importancia de acatar los fallos judiciales, incluso aquellos con los que se está en profundo desacuerdo<sup>29</sup>.

## 2. DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

Por otro lado, también como apunte (y quizás hubiera resultado más propio del apartado dedicado a las víctimas), nos encontramos con otras modificaciones de la LECrim., que van a limitar también los poderes de la magistratura, entre ellas podemos destacar la efectuada en el artículo 503, el cual, y hasta octubre de 2003, disponía como requisitos para la prisión los siguientes:

«Artículo 503. Requisitos de la prisión provisional.

Para decretar la prisión provisional serán necesarias las circunstancias siguientes:

1.<sup>a</sup> Que conste en la causa la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito.

2.<sup>a</sup> Que este tenga señalada pena superior a la de prisión menor, o bien que, aun cuando tenga señalada pena de prisión menor o inferior, considere el Juez necesaria la prisión provisional, atendidos los antecedentes del imputado, las circunstancias del hecho, la alarma social que su comisión haya producido o la frecuencia con la que se cometan hechos análogos. Cuando el Juez haya decretado la prisión provisional en caso de delito que tenga prevista pena inferior a la de prisión mayor, podrá, según su criterio, dejarla sin efecto, si las circunstancias tenidas en cuenta hubiesen variado, acordando la libertad del inculpado con o sin fianza.

3.<sup>a</sup> Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión».

Tal precepto fue modificado por las Leyes Orgánicas 13/2003, 15/2003 y 13/2015; en todas ellas –desde la primera– se eliminó la potestad del juez de acordar la prisión por penas inferiores a prisión menor (esto es, de seis meses y un día a seis años), atendiendo a «la alarma social que su comisión haya producido o la frecuencia con la que se cometan hechos análogos». Junto a ello se eliminó la posibilidad de que el juez acuerde la prisión si no se solicita por el Ministerio Fiscal

---

el gobierno en funciones enviara al ejército para hacerla cumplir. Estoy totalmente seguro de que en vez de admirarse la decisión por mostrar el deseo de imponer la ley, se criticaría y se tacharía de fascista la acción. Clara demostración de inmadurez democrática.

<sup>29</sup> Datos obtenidos, entre otros y esencialmente, del artículo: «La independencia judicial», del magistrado asociado a la Corte Suprema Stephen G. BREYER.

o por la acusación particular (que no se encuentra prácticamente nunca presente en el momento de puesta a disposición del juez del imputado –investigado–).

Y es que de mantenerse la posibilidad de prisión ante la alarma social que la comisión del delito haya producido o la frecuencia con la que se cometan hechos análogos, no tendría justificación los muchos individuos que se pasean por las calles ante la incompreensión del ciudadano «alarmado».

Tal modificación de la potestad de decretar el ingreso en prisión sin «la autorización» del Ministerio Fiscal, como se ha dicho, se produjo por Ley Orgánica 13/2003, así que en la actualidad el artículo que trata sobre la misma dispone:

«Artículo 505. [Audiencia tras la puesta a disposición judicial del detenido]

1. Cuando el detenido fuere puesto a disposición del juez de instrucción o tribunal que deba conocer de la causa, este, salvo que decretare su libertad provisional sin fianza, convocará a una audiencia en la que el Ministerio Fiscal o las partes acusadoras podrán interesar que se decrete la prisión provisional del investigado o encausado o su libertad provisional con fianza.

[...]

2. [...]

3. En dicha audiencia, si el Ministerio Fiscal o alguna parte acusadora solicita que se decrete la prisión provisional del investigado o encausado o su libertad provisional con fianza, podrán quienes concurrieren realizar alegaciones y proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las setenta y dos horas antes indicadas en el apartado anterior.

El Abogado del investigado o encausado tendrá, en todo caso, acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la privación de libertad del investigado o encausado.

4. El juez o tribunal decidirá sobre la procedencia o no de la prisión o de la imposición de la fianza. Si ninguna de las partes las instare, acordará necesariamente la inmediata puesta en libertad del investigado o encausado que estuviere detenido».

Evidentemente estoy siendo «muy atrevido», si se me permite la expresión, y ello por cuanto que la doctrina nos dice que tal eliminación de potestad del juez se debe al deseo de introducir el principio acusatorio frente al anterior principio inquisitivo, pero no puede olvidarse que es completamente imposible sostener el principio acusatorio en las decisiones judiciales, ya que el juez puede, de oficio, sin que nadie se lo solicite, por ejemplo, dictar una orden de busca y captura o detención; acordar la prohibición de residir en un determinado lugar o la obligación de residir en uno determinado, o de aproximarse o comunicarse con cualquiera otra persona (se entiende víctima); ordenar la entrada y registro en un domicilio a petición policial, y por todo, y curiosamente, puede acordar el arresto domiciliario (según establece la Ley Orgánica 8/2003 en su artículo 1.1.º)

con la sola y previa audiencia del Ministerio Fiscal, sin que el mismo la solicite o apruebe. Resaltando al respecto que tal arresto domiciliario lo puede acordar no ya un juez de instrucción frente a un acto delictivo, sino que lo puede acordar un juez de lo mercantil (esto es: por deudas). Y más, curiosamente el juez puede no acordar la prisión aunque se lo pidan todas las partes, y puede poner en libertad a cualquier preso preventivo sin dar mayores explicaciones, o sea: se puede dejar en libertad al peor criminal pero no se puede ordenar su prisión sin la «autorización» del Ministerio Fiscal o acusación particular<sup>30</sup>. Y este hecho de tal importancia es desconocido no solo por el ciudadano sino por los propios medios de comunicación que cuando no se decreta la prisión de un detenido claman: «El juez deja en libertad a ...».

Sería correcta esa inclinación hacia un principio acusatorio cuando, por un lado, la instrucción de las causas la llevara el fiscal y, por otro lado, que dicho fiscal, que debería perseguir los delitos, fuera totalmente independiente. Pero no es así. Dicho ministerio (que por otro lado ni es ministerio ni es fiscal, si nos atenemos al sentido de las palabras) se encuentra sometido a un sistema piramidal, a una jerarquía, a obediencia debida, y a la vez quien se sitúa en la punta de la pirámide es elegido por el Gobierno al que deberá, cuando menos, agradecimiento. También aquí se dirá que los fiscales son independientes, se intentará justificar tal afirmación, pero indiscutiblemente ello no es así, no poseen independencia siquiera para cambiar la calificación y pedir el sobreseimiento, ya que si lo hacen deben, posteriormente, remitir a la fiscalía un informe sobre tal cambio de calificación. No lo la tienen porque son supervisados por su superior, porque le deben consultar ante decisiones más o menos delicadas o que se aparten de lo aceptado en «la carpeta» que poseen para el acto de la vista, porque son supervisadas sus conformidades. No lo son porque pueden ser apartados de una causa en cualquier momento. No lo son y punto.

Preguntaba al principio del presente apartado qué formas tiene el poder legislativo-ejecutivo de inferir en la independencia judicial, y cité, entre otras (la falta de recursos, que es palmaria, o la falta de un adecuado número de jueces), el dictado de normas que tienden a limitar su independencia. Nuestro sistema busca atar y dejar bien atada toda cuestión con trascendencia judicial, cualquier cuestión de derecho se encuentra regulada por una o varias normas, con ello la independencia es menor que cuando el sistema se basa en la propia jurisprudencia, más ágil esta, más adecuada al momento del dictado de la sentencia y con posibilidades de mayor individualización (así sucede en los sistemas de derecho anglosajón o *common law*).

Ni siquiera las sentencias que emanan del Tribunal Supremo tienen fuerza de ley, las mismas «complementarán» el derecho pero nada más<sup>31</sup>. Lo que sucede es que nuestro país, sus gobernantes e incluso algunos operadores jurídicos temen la discrecionalidad del juez es como si estu-

<sup>30</sup> No recuerdo muchas ocasiones en las que un juez ha ordenado la prisión de un detenido por la sola petición de la acusación particular, con la oposición del Ministerio Fiscal, tan solo recuerdo el caso en que así lo acordó el juez Elpidio Silva.

<sup>31</sup> El artículo 1 del Código Civil, en su apartado 6, dispone: «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

vieran bajo la creencia de que los jueces en la aplicación «del castigo» no serían justos, cuando ello es totalmente absurdo por falso, ya que individualizando la pena ocurriría todo lo contrario.

Nuestro sistema (continental o francés) se ve incapaz de adecuar la pena (individualizarla) a las circunstancias y al sujeto, y ello por mucho que pregone que la norma busca dicha individualización. Se dan supuestos, demasiados –que atan las manos a los jueces–, que producen claras injusticias, lo que podría impedirse con un sistema anglosajón, sistema que, por otro lado, otorgaría «demasiado poder a los jueces», lo que al parecer no es deseable<sup>32</sup>.

Recordar que el derecho es la ciencia que defiende lo indefendible y justifica lo injustificable, no se olvide.

### 3. CONSIDERACIONES SOBRE LA LEY ORGÁNICA 13/2015

Lo expuesto en párrafos anteriores pudiera ser una muestra de la intención de todo legislador (al parecer) de ingerir en el poder judicial y se efectuó tal introducción por cuanto que las leyes a comentar también suponen una injerencia en dicho poder. Comenzamos por la Ley Orgánica 13/2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, que justifica su necesidad afirmando en su preámbulo que «resulta preciso afrontar de inmediato ciertas cuestiones que no pueden aguardar a ser resueltas con la promulgación del nuevo texto normativo que sustituya a la más que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal», añadiendo que «entre dichas cuestiones se encuentran el fortalecimiento de los derechos procesales de conformidad con las exigencias del Derecho de la Unión Europea y la regulación de las medidas de investigación tecnológica en el ámbito de los derechos a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos personales garantizados por la Constitución».

En el punto IV del dicho preámbulo afirma que «el Tribunal Constitucional ha apuntado el carácter inaplazable de una regulación que aborde las intromisiones en la privacidad del investigado en un proceso penal. Hoy por hoy, carecen de cobertura y su subsanación no puede obtenerse acu-

<sup>32</sup> Como ejemplo de esa injusticia de la norma escrita, hace unos días tuve que juzgar el caso siguiente: un joven –18 años y unos días– se metió en un domicilio a través del balcón situado en el primer piso, una vez dentro escuchó ruidos y asustado se marchó del lugar saltando por dicho balcón y portando un pequeño monedero que llevaba siete euros y unas llaves. La pena solicitada por el fiscal fue de cuatro años de prisión. El mínimo que me permitía la ley era de dos años. No se pudo tener en cuenta la edad –casi un menor–, las circunstancias personales del sujeto, su falta de antecedentes, el hecho de ser mínimo el daño, etc. En un sistema anglosajón yo hubiera podido adecuar la pena a sus circunstancias personales. No obstante, he de recordar que la pena se establece no por lo sustraído sino por la intromisión en la vivienda, aunque la noticia sería: «Un juez condena a dos años a un joven de 18 años por robar siete euros». No puede olvidarse que cuando un juez dicta una sentencia que es tenida por injusta por la opinión pública, nunca se habla de la norma que fue aplicada, de la imposición de la misma o, lo que es igual, del deber de someterse a la ley impuesta a los jueces por la propia Constitución –art. 117–.

diendo a un voluntarista expediente de integración analógica que desborda los límites de lo constitucionalmente aceptable». Añadiendo que «la reforma opta, frente a otros modelos comparados que acogen una enumeración casuística de los delitos que autorizan este medio de investigación, por exigir la concurrencia, no cumulativa, de cualquiera de los tres requisitos que se definen en el apartado 1 de este artículo y servirán de referencia para fijar el ámbito de aplicación de otras medidas de investigación. El primero de ellos opera como una limitación genérica, de carácter cuantitativo, ligada a la gravedad de la pena: delitos dolosos castigados con pena con límite máximo superior a los tres años de prisión [...]. En relación con la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, en la determinación del ámbito material de aplicación, se sigue el mismo criterio ya evidenciado más arriba por remisión, aunque se suman a la lista de delitos los cometidos por medio de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación».

Por su parte la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, justifica su necesidad, entre otras, afirmando en su preámbulo que «existen ciertas medidas, de sencilla implantación, que permiten evitar dilaciones innecesarias, sin merma alguna de los derechos de las partes [...] c) la fijación de plazos máximos para la instrucción [...]».

Refiriéndonos a la primera de las normas a estudiar, la Ley Orgánica 13/2015, debemos efectuar las siguientes consideraciones:

Por un lado, en referencia a la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica, la reforma exige que concurra alguno de los requisitos siguientes: delitos dolosos castigados con pena con límite máximo superior a los tres años de prisión; delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal, o que se trate de delitos de terrorismo. A su vez, en relación con la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, en la determinación del ámbito material de aplicación, se sigue el mismo criterio, aunque se añaden a ellos los delitos los cometidos por medio de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación.

Así, tenemos que el artículo 579 de la LECrim., en su redacción dada por la citada ley orgánica, dispone:

«*Artículo 579.* De la correspondencia escrita o telegráfica. 1. El juez podrá acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica, incluidos faxes, burofaxes y giros, que el investigado remita o reciba, así como su apertura o examen, si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación del algún hecho o circunstancia relevante para la causa, siempre que la investigación tenga por objeto alguno de los siguientes delitos:

- 1.º Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión.
- 2.º Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.
- 3.º Delitos de terrorismo.

2. El juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales o inferiores periodos hasta un máximo de dieciocho meses, la observación de las comunicaciones postales y telegráficas del investigado, así como de las comunicaciones de las que se sirva para la realización de sus fines delictivos.

3. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad. Esta medida se comunicará inmediatamente al juez competente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la medida».

Comentando el precepto por su último párrafo ya detectamos que el mismo podría ser inconstitucional. ¿Como es posible, en un estado de derecho, que un miembro del poder ejecutivo pueda ordenar la intervención de la correspondencia? Se olvida el legislador del mandato contenido en el artículo 18.3 de la Carta Magna, artículo, no se olvide, situado dentro de la sección 1.<sup>a</sup> del capítulo segundo referido a los derechos fundamentales y libertades públicas, y que dispone que «3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial». Ciertamente el artículo 53.1 dispone que «los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1 a)». Y no puede negarse como contenido esencial del precepto (art. 18.3) la necesidad de resolución judicial. Por otro lado, no puede olvidarse el contenido del artículo 117 en su apartado 3.º que dispone: «El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan». Si bien se refiere a «juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado», dentro de cuya expresión o entendemos comprendida la instrucción de las causas o, caso contrario, los jueces de instrucción resultarían inconstitucionales.

Seguimos con el análisis del precepto, y a él debemos unir lo referente a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, en especial el nuevo artículo 588 ter a) que dispone: «Presupuestos. La autorización para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas solo podrá ser concedida cuando la investigación tenga por objeto alguno de los delitos a que se refiere el artículo 579.1 de esta ley o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación». Y observamos como en el artículo 588 ter d) se repite la misma frase anteriormente comentada, esto es: «En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, podrá

ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad», lo que vulnera, igualmente, el precepto antes citado (art. 18.3 de la Constitución española).

En relación con esa «injerencia» del poder ejecutivo, cabe pensar que una vez comunicado al juez la intervención telefónica o apertura de correspondencia, el mismo estime que no procede dicha medida y en consecuencia la revoque motivadamente, no obstante ello, durante, como máximo, 72 horas más las 24 de comunicación (cuatro días en total) el ciudadano investigado habrá visto vulnerado su derecho fundamental, sin que exista reparación alguna prevista. No es que en modo alguno esté contra aquellas medidas que puedan prever o evitar delitos de terrorismo, no, muy por el contrario, pero sucede que siempre, en todo momento, existe un juez de guardia al que solicitarle la medida y quien, sin ninguna duda, ante suficientes indicios de criminalidad la acordará.

A su vez, en relación con la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos (capítulo VI), se exige en la reforma como presupuestos para su autorización los ya citados, esto es: que los hechos que estén siendo investigados sean constitutivos de alguno de los siguientes delitos: 1.º Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; 2.º Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; y 3.º Delitos de terrorismo. Por tanto, los comentarios siguientes le son de aplicación a todos ellos.

La primera pregunta que surge es por qué para acordar la intervención de la correspondencia o de las comunicaciones o grabación se establece por el legislador un límite máximo de pena para poder investigar el delito; por qué solo cabe ante delitos cuya pena sea superior a tres años. ¿Las víctimas del resto de delitos no tienen el mismo derecho a que su causa se investigue empleando todos los medios de prueba factibles? Una vez más la injerencia de un poder sobre el judicial, en este caso del poder legislativo, y una posible inconstitucionalidad de la ley, y así de nuevo habrá que preguntarse si se está atentando contra el artículo 24 de la Constitución de 1978, que ordena:

*«Artículo 24:*

1. **Todas las personas** tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, **todos** tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, **a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa**, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia ...».

Por un lado, la tutela judicial efectiva se tambalea con la norma y, por otro, la utilización de los medios de prueba para la defensa es limitada por el legislador, lo que, a mi parecer, no cabe, pues la única negativa a la práctica de prueba que permite la Norma Suprema es aquella que sea declarada impertinente, **impertinencia que solo podrá declarar el juez**, y ello a la vista del caso en concreto y de la importancia que sobre el mismo tiene la prueba propuesta o que se proponga. El

legislador no puede, a través de una norma, ni ordinaria ni siquiera orgánica, regular la aceptación o no de determinados medios de prueba, no puede limitar a su capricho los medios a emplear en el esclarecimiento de los hechos, podrá regular la forma en que deben ser acordados, los requisitos para ello (por ejemplo, la idoneidad, excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad, motivación, etc.).

A quién beneficia tal limitación y cómo se permite el legislador poner trabas a la instrucción de las causas, a impedir el buen fin de la instrucción, con sus limitaciones incomprensibles e injustificadas (dicho sea en estrictos términos de defensa, frase que libera a los abogados de sus responsabilidades por las manifestaciones que pudieran entenderse «fuera de tono» y que espero me liberen a mi igualmente).

En mi humilde opinión, la limitación discrimina a las víctimas, perjudicados e incluso imputados que tendrán derecho a emplear *todos los medios de prueba* si el delito cometido es igual o supera el límite establecido por la ley, esto es, los tres años, y en caso contrario no gozarán de dicho «privilegio» de igualdad de armas defensivas o de investigación.

En relación con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes cabe citar (entre otras) la Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2014 de 22 de julio, que afirma que la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa exige:

1. Que se haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto.
2. Que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que, habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial.
3. Que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión.

Claro, que quizás el profano o el leguleyo se pregunte: ¿es que acaso existen tantos delitos con penas por debajo de tres años? O quizás se piense que tales delitos se referirán a nimiedades. Como respuesta transcribo a continuación algunos delitos cuyas penas resultan inferiores a los tres años, delitos sobre los que el juez de instrucción *no* podrá acordar ni la detención y apertura de la correspondencia escrita o telegráfica, ni la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, ni la captación y grabación de comunicaciones orales o visuales mediante la utilización de dispositivos electrónicos.

Tales delitos resultan ser, a saber:

- Trato degradante con menoscabo grave de la integridad moral (art. 173).
- Participación de menores en actos sexuales (art. 183 bis 1.º)

- Acoso sexual (art. 184).
- Exhibicionismo obsceno ante menores (art. 185).
- Venta o exhibición de pornografía a menores (art. 186).
- Omisión del deber de socorro (art. 195.1 y 2.º e inciso 1.º del 3).
- Allanamiento de morada (art. 202.1).
- Allanamiento de domicilio de persona jurídica o despacho profesional (art. 203.1 y 2).
- Calumnias e injurias (arts. 206 y 209).
- Matrimonio ilegal (art. 217).
- Suposición de parto o entrega ilegal de hijo (art. 220.1 y 2).
- Quebrantamiento de custodia de menores o inducción de menor o incapaz a abandonar el domicilio familiar (arts. 223 y 224).
- Abandono de familia (art. 226).
- Hurtos (art. 234).
- Usurpación (art. 245).
- Alteración de lindes (art. 246).
- Defraudación de fluido eléctrico y análogos (art. 255).
- Frustración de la ejecución (art. 258, 258 bis).
- Daños (art. 263).
- Propiedad industrial (art. 273).
- Delitos relativos al mercado y consumidores (arts. 282 y 283 y 284).
- Delito societario (art. 293).
- Receptación y blanqueo de capitales (art. 298.1.1.º).
- *Delitos de financiación ilegal de partidos políticos* (art. 304 bis 1.º).
- Contra los derechos de los trabajadores, grave discriminación laboral, impedir el derecho de huelga (art. 311 bis; 314 y 315.1).
- Contra los derechos de ciudadanos extranjeros (art. 318 bis 1.º y 2.º).
- *Delitos contra el medio ambiente y recursos naturales* (arts. 325.1, 326 y 329, este último se refiere a la autoridad o funcionario público que informa favorablemente la concesión de licencias para autorizar el funcionamiento de industrias o actividades contaminantes).
- Protección de flora y fauna (arts. 332 a 337 bis, aquí se contempla el maltrato de animales, su explotación y abandono).

- Contra la seguridad vial (arts. 379, 381, 383, 384 y 385).
- Falsedad en documento privado (art. 395 y 396).
- Falsedad de certificados (arts. 397 a 399).
- Ejercicios de profesión sin título (art. 403).
- *Prevaricación de funcionarios públicos* (arts. 404, 405 y 406).
- *Omisión del deber de perseguir delitos* (arts. 407, 408 y 409).
- *Desobediencia y denegación de auxilio* (art. 410, se refiere a negarse a cumplir resoluciones judiciales; arts. 411 y 412 funcionario que no presta auxilio a la justicia).
- *Infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos* (arts. 414, 415, 416, 417.1.º.1 y 418 primer inciso que trata sobre información privilegiada).
- *Cohecho* (arts. 422, 423 y 424 que se refiere a entrega de dádiva o retribución autoridad o funcionario y que puede referirse a procedimientos de contratación).
- Soborno en causa criminal por parte de cónyuge o persona ligada por análoga relación (art. 425).
- *Tráfico de influencias* (arts. 428, 429 y 430).
- *Malversación con perjuicio o valor inferior a 4.000 euros* (art. 433).
- *Falsedad documental o contable en perjuicio de entidad pública* (art. 433 bis).
- *Negocios y actividades prohibidas a autoridades o funcionarios. Autoridad o funcionario que facilita participación en contratos, asunto o actividad* (art. 439).
- *Abuso en sus funciones –peritos, árbitros, administradores concursales–* (art. 440).
- *Autoridad o funcionario que realiza actividad de asesoramiento a entidad privada* (art. 441).
- *Información privilegiada* (art. 442.1.º 1).
- *Favores sexuales* (art. 433).
- *Falsear documentos o contabilidad* (art. 443 bis).
- *Prevaricación en administración de justicia* (arts. 446.1, 2.º y 3.º; 447; 448 y 449).
- *Omisión del deber de impedir o perseguir delitos* (art. 450).
- Realización arbitraria del propio derecho (art. 455).
- Acusación y denuncia falsa (arts. 456 y 457).
- Falso testimonio (art. 458.1).
- *Obstrucción a la justicia* (arts. 463, 465, 466 y 467).

- Quebrantamiento de condena (arts. 468, 470.1).
- Usurpación de atribuciones (art. 507 referidas a juez o magistrado; arts. 508 y 509).
- Delitos en el ejercicio de los derechos fundamentales (arts. 510.2, 511 y 512).
- Delitos contra la libertad de conciencia, sentimientos religiosos y respeto a los difuntos (arts. 522, 524, 525 y 526).
- Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la libertad individual (arts. 529 a 533).
- Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la inviolabilidad del domicilio o la intimidad (arts. 534 a 536).
- Delitos cometidos por funcionarios públicos contra los derechos individuales (arts. 537 a 542).
- Ultrajes a España (art. 543).
- Resistencia a autoridad o sus agentes (art. 556).
- Ocupación, actuando en grupo o al amparo de este, de domicilio de persona jurídica pública o privada (art. 557 ter).
- Perturbación del orden de audiencia de tribunal o juzgado, actos de autoridad o corporación, colegio electoral, centro docente o espectáculos públicos (art. 558).
- Incitación a desordenes públicos (art. 559).
- Simulación de peligro para la comunidad (art. 561).
- Tenencia de armas (art. 564.1).
- Financiación de grupo criminal (art. 570 ter 1 b), c) y 2.º).

Como puede observarse, no son pocos los delitos que van a quedar al margen de su investigación por medio de intervenciones de comunicaciones o correspondencia. Se crea, indiscutiblemente, víctimas de segunda, víctimas que no pueden ejercer su derecho a utilizar todos los medios de prueba a su alcance, pudiendo hacerlo solo para aquellos delitos que el legislador, sin apreciar puntualmente el caso concreto como haría el juez, considera que merecen toda la atención debida.

A su vez, si se observa la cursiva podrá constatar que precisamente delitos que llevan aparejada una gran repulsa pública, delitos en ocasiones cometidos por la clase política (delitos de financiación ilegal de partidos políticos; autoridad o funcionario público que informa favorablemente la concesión de licencias para autorizar el funcionamiento de industrias o actividades contaminantes; prevaricación de funcionarios públicos; infidelidad en la custodia de documentos; información privilegiada; tráfico de influencias; malversación con perjuicio o valor inferior a 4.000. euros; falsedad documental o contable en perjuicio de entidad pública; negocios y actividades prohibidas a autoridades o funcionarios; autoridad o funcionario que facilita participación en contratos, asunto o actividad; autoridad o funcionario que realiza actividad de asesoramiento

a entidad privada; omisión del deber de impedir o perseguir delitos, etc.), tales delitos quedan al margen de la investigación a través de la intervención de la correspondencia o telefónica.

Y como puede verse, resulta algo más que difícil perseguir alguno de ellos sin recurrir a la apertura de la correspondencia o sobre todo a la intervención de las comunicaciones (por ejemplo: financiación ilegal de partidos; prevaricación; tráfico de influencias; actividades prohibidas a funcionarios, etc.).

Algo de suma importancia es destacar que muchos de los delitos citados *no* tienen penas de prisión (como por ejemplo la prevaricación del art. 404, o la información privilegiada a que se refiere el art. 442 en su primer inciso, o la falsedad de documentos del funcionario a que se refiere el art. 433 bis, o la de la autoridad o funcionario que realiza actividad de asesoramiento a entidad privada del art. 441, la negativa por autoridad o funcionario a cumplir resoluciones judiciales, decisiones u ordenes de la autoridad superior del art. 410, etc.). Se olvida el legislador (¿olvido?) de la existencia en consecuencia de delitos cuya única pena no es privativa de libertad, como pueden ser: la pena de multa, la suspensión de empleo o cargo público, la inhabilitación, etc. En suma y en resumen, si la pena a imponer no es de prisión, nunca se podrá acceder al registro de la correspondencia ni a la intervención de las comunicaciones.

#### 4. CONSIDERACIONES SOBRE LA LEY 41/2015

La agilización de la justicia penal (o civil) no es nada imposible, por el contrario, es perfectamente factible. Una de las formas más eficaces es la de asignar a la justicia los recursos necesarios en materia de personal y, valga la redundancia, material<sup>33</sup>, y si no se quiere realizar ni la más mínima inversión, se necesita exclusivamente un perfecto conocimiento del funcionamiento de los juzgados y de la norma procesal (digamos que requiere poner los pies en la tierra y olvidarse del «derecho de laboratorio»): No quiero efectuar una enumeración de cuestiones al respecto por cuanto que no es el objeto del presente trabajo, por un lado, y por otro porque sería preciso una amplitud o extensión imposible de abordar ahora.

Cuando me encontraba en los apuntes iniciales del presente artículo cayó en mis manos la revista *Carta Magna* de la Asociación de Jueces Franciscos de Vitoria, de 2 de febrero del presente año y mi sorpresa fue encontrarme entre sus páginas un artículo del compañero Javier PÉREZ MINAYA<sup>34</sup> cuyo título rezaba así: «El nuevo artículo 324 LECrim. y su dudosa constitucionalidad». Pues bien, he de decir que comparto en gran medida sus opiniones y así como que hago mía su expresión de «instruye rápido, aunque sea mal». Tal frase concentra el todo de mi artículo.

<sup>33</sup> Según el CGPJ el número de jueces es poco más de 5.000 y ello supone 10,9 jueces por 100.000 habitantes, en tanto que la media europea es del 16 %, esto es, un 33 % inferior, visto lo cual por muchas normas para agilizar que se promulguen en nada se avanzará en tanto no se cree el número de plazas necesarias.

<sup>34</sup> Magistrado del Juzgado de Instrucción n.º 4 de Huelva.

Procede recordar que tal precepto –su nueva redacción– dispone así:

«*Artículo 324.1.* Las diligencias de instrucción se practicarán durante el plazo máximo de seis meses desde la fecha del auto de incoación del sumario o de las diligencias previas.

No obstante, antes de la expiración de ese plazo, el instructor, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes, podrá declarar la instrucción compleja a los efectos previstos en el apartado siguiente cuando, por circunstancias sobrevenidas a la investigación, esta no pudiera razonablemente completarse en el plazo estipulado o concurren de forma sobrevenida algunas de las circunstancias previstas en el apartado siguiente de este artículo.

2. Si la instrucción es declarada compleja el plazo de duración de la instrucción será de dieciocho meses, que el instructor de la causa podrá prorrogar por igual plazo o uno inferior a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes. La solicitud de prórroga deberá presentarse por escrito, al menos, tres días antes de la expiración del plazo máximo.

Contra el auto que desestima la solicitud de prórroga no cabrá recurso, sin perjuicio de que pueda reproducirse esta petición en el momento procesal oportuno.

Se considerará que la investigación es compleja cuando:

- a) recaiga sobre grupos u organizaciones criminales,
- b) tenga por objeto numerosos hechos punibles,
- c) involucre a gran cantidad de investigados o víctimas,
- d) exija la realización de pericias o de colaboraciones recabadas por el órgano judicial que impliquen el examen de abundante documentación o complicados análisis,
- e) implique la realización de actuaciones en el extranjero,
- f) precise de la revisión de la gestión de personas jurídicoprivadas o públicas, o
- g) se trate de un delito de terrorismo.

3. Los plazos previstos en este artículo quedarán interrumpidos:

- a) en caso de acordarse el secreto de las actuaciones, durante la duración del mismo, o
- b) en caso de acordarse el sobreseimiento provisional de la causa.

Cuando se alce el secreto o las diligencias sean reabiertas, continuará la investigación por el tiempo que reste hasta completar los plazos previstos en los apartados anteriores, sin perjuicio de la posibilidad de acordar la prórroga prevista en el apartado siguiente.

4. Excepcionalmente, antes del transcurso de los plazos establecidos en los apartados anteriores o, en su caso, de la prórroga que hubiera sido acordada, si así lo solicita el Ministerio Fiscal o alguna de las partes personadas, por concurrir razones que lo justifiquen, el instructor, previa audiencia de las demás partes, podrá fijar un nuevo plazo máximo para la finalización de la instrucción.

5. Cuando el Ministerio Fiscal o las partes, en su caso, no hubieran hecho uso de la facultad que les confiere el apartado anterior, no podrán interesar las diligencias de investigación complementarias previstas en los artículos 627 y 780 de esta ley.

6. El juez concluirá la instrucción cuando entienda que ha cumplido su finalidad. Transcurrido el plazo máximo o sus prórrogas, el instructor dictará auto de conclusión del sumario o, en el procedimiento abreviado, la resolución que proceda conforme al artículo 779. Si el instructor no hubiere dictado alguna de las resoluciones mencionadas en este apartado, el Ministerio Fiscal instará al juez que acuerde la decisión que fuera oportuna. En este caso, el juez de instrucción deberá resolver sobre la solicitud en el plazo de quince días.

7. Las diligencias de investigación acordadas antes del transcurso de los plazos legales serán válidas, sin perjuicio de su recepción tras la expiración de los mismos.

8. En ningún caso el mero transcurso de los plazos máximos fijados en este artículo dará lugar al archivo de las actuaciones si no concurren las circunstancias previstas en los artículos 637 o 641».

Muchas son las cuestiones que surgen, con la lectura del precepto, por ejemplo, si las diligencias de investigación efectuadas con posterioridad a los plazos señalados serán o no válidas. O, en su caso, si nadie pide la prórroga, si el juez (pese a ser quien instruye) se verá obligado a concluir las actuaciones sin más.

El precepto, los límites establecidos en el mismo suponen, de nuevo, una injerencia en el poder judicial por parte del legislativo (o ejecutivo, hoy sin clara separación), se trata de una clara vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y me permito ahora transcribir parte del artículo del compañero citado anteriormente por, exclusivamente, reproducir cuestiones ya debatidas por los tribunales (europeos y nacionales); así decía el párrafo indicado:

«La falta de investigación o ausencia de una investigación suficiente de denuncias (que es el efecto determinante del art. 324 LECrim., en su redacción dada por Ley 41/2015) ya ha dado lugar a que España sea condenada en diversos casos (referentes a denuncias por tortura o malos tratos) por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: así, la STEDH de 31/5/2016 (Asunto Beortegui Martínez contra España), la STEDH de 5/5/2015 (Asunto Arratibel Garcíandia contra España), o la STEDH de 7/10/2014 (Asunto Etxebarria Caballero contra España), por citar las más recientes. Jurisprudencia que ha sido acogida en las recientes sentencias del Tribunal Constitucional de 18 de julio y 19 de septiembre de 2016. Así, la Sentencia 144/2016 de 19 Sep. 2016, del Tribunal Constitucional, Sala Primera (Ponente: Roca Trías, Encarnación), señala en su fundamento

jurídico tercero que "los argumentos utilizados por los órganos judiciales para cerrar la instrucción no reflejan una investigación oficial eficaz como sinónimo de agotar cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos", concluyendo que esa ausencia de una investigación suficiente supone vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Precisamente por ello, ante un precepto que somete la instrucción a caducidad y fomenta, precisamente, que la instrucción de las causas penales pueda ser insuficiente en aras de ser rápida, solo puede producirse un efecto vulnerador del derecho a la tutela judicial efectiva».

Como se apreciará, tales afirmaciones podrían ser aplicadas en el comentario anterior (referido a la Ley Orgánica 13/2015) en relación con la limitación de medios de prueba.

Inicialmente (art. 324.1. segundo párrafo) se otorga una preeminencia al Ministerio Fiscal que resulta inaudita: él y solo él (luego se aclara este punto) puede declarar *la complejidad* de la instrucción a efectos de establecer un plazo de instrucción mayor o a efectos de prorrogar el mismo (las demás partes tan solo son oídas); tal asunción de «protagonismo» va a crear una desigualdad de partes, con vulneración, de nuevo, del derecho a la tutela judicial efectiva, y se produce o puede producirse una minoración del derecho de defensa. Ello sin olvidar que se le impide a quien verdaderamente está llevando la instrucción, al juez, la posibilidad de declarar el asunto complejo.

Por otro lado (como no) se aprecian contradicciones (antinomias) en el propio artículo citado (324), así vemos como en el apartado 4 indica: «Excepcionalmente, antes del transcurso de los plazos establecidos en los apartados anteriores o, en su caso, de la prórroga que hubiera sido acordada, si así lo solicita el Ministerio Fiscal *o alguna de las partes personadas*, por concurrir razones que lo justifiquen, el instructor, previa audiencia de las demás partes, podrá fijar un nuevo plazo máximo para la finalización de la instrucción».

Ahora aparecen las partes personadas que pueden, excepcionalmente, pedir un nuevo plazo, partes que, absurdamente, no han podido declarar la complejidad del asunto y no obstante pueden solicitar un nuevo plazo máximo para la finalización de la instrucción, pero, ¿qué razones pueden justificarlo y por cuánto tiempo queda abierto un plazo, o tiempo indefinido?

El apartado 6 del precepto ordena: «6. El juez concluirá la instrucción cuando entienda que ha cumplido su finalidad. Transcurrido el plazo máximo o sus prórrogas, el instructor dictará auto de conclusión del sumario o, en el procedimiento abreviado, la resolución que proceda conforme al artículo 779». Tal apartado, como se aprecia, ordena (concluirá) la finalización de la instrucción concluido el plazo o sus prórrogas, pero, no obstante, frente a ello el apartado 8 ordena a su vez que «en ningún caso el mero transcurso de los plazos máximos fijados en este artículo dará lugar al archivo de las actuaciones si no concurren las circunstancias previstas en los artículos 637 o 641».

Entonces, cabe preguntarse qué debe hacerse si han transcurrido los plazos establecidos en el precepto, o sus prórrogas, y nadie ha solicitado «excepcionalmente» un nuevo plazo, pero no obstante ello la instrucción no ha concluido y en consecuencia no aparece un claro responsable. Según la norma, no se podrá seguir con la instrucción; se han consumido los plazos; pero supon-

gamos que no existe suficiente prueba para mantener la acusación, pero consta que dicha prueba existe, pero no ha sido practicada, y a su vez el precepto impide (en ningún caso, dice) que se puede archivar, salvo que concurran las circunstancias de los artículos 637 o 641 de la LECrim., los cuales refieren, como es sabido, lo siguiente:

«Artículo 637. Procederá el sobreseimiento libre:

1. Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa.
2. Cuando el hecho no sea constitutivo de delito.
3. Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores».

Ninguno de los motivos se produce en el supuesto estudiado.

Por su parte el artículo 641 dispone:

«Procederá el sobreseimiento provisional:

1. Cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa.
2. Cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores».

En consecuencia, parece que deberá acordarse el sobreseimiento provisional o bien por la causa 1.<sup>a</sup> –no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa– o bien por la 2.<sup>a</sup> por no haber motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores.

Pero de ser así, de acordarse el sobreseimiento: ¿podrá reabrirse el mismo?, ¿cómo y cuándo? Se me ocurre que la policía debería seguir con la investigación, y aclarados los extremos «pendientes» trasladar su investigación al juez competente que ordenó el sobreseimiento y este proceder a reabrir por la apreciación de nuevos indicios. Y si ello es así, ¿qué ocurre con los plazos, se inician de nuevo porque la causa es la misma y los plazos fueron agotados en su momento?

Finalmente dicho lo anterior recordar, como decía mi compañero el magistrado del Juzgado de Instrucción n.º 4 de Huelva, que diversas asociaciones de jueces y fiscales emitieron un comunicado conjunto calificando la norma de «absurda, de imposible cumplimiento con los medios actuales de que se dispone y que la misma suponía una ley de punto final que creará impunidad en hechos que debieran ser perseguidos».