

## “SANGRE O FRACTURA”.

José María Calero Martínez.

Abogado. Socio Penal Montero Aramburu Abogados.

En cualquier actividad humana hay una inevitable distancia entre lo que “es” y lo que “debería ser”. Lo importante es no resignarse, no acostumbrarse a lo mal hecho o justificar lo que “es” hasta confundirlo con lo que “debería ser”. Hemos de mantener el compromiso ético, la permanente tensión, la ilusión por acercar esos puntos imaginarios, aun sabiendo que estarán siempre irremediabilmente distantes. El entrañable Labordeta cantaba a esa “hermosa mañana” que “ni tu ni yo ni el otro llegaremos a ver”, aunque “habrá que forzarla para que pueda ser”.

En el ámbito de la justicia penal la distancia entre lo que “debe ser”, es decir el Juicio Justo -- instrumento de persecución eficaz de delitos en protección de la sociedad, al tiempo que medio de salvaguarda de garantías frente a los abusos sobre el procesado -- y lo que “es” -- origen de impunidad y sede de abusos ---, es sideral.

La función garantista del proceso, empieza por la exigencia de que el juicio se desarrolle conforme a un procedimiento previamente establecido en la ley (principio de legalidad). Este elemental principio, tamizado en la realidad por un texto legal viejo y mil veces remendado, pudiera estar en crisis. Los tribunales han abierto un peligroso camino que puede llegar a justificar su quiebra con apoyo en una interpretación desenfocada del artículo 238 de la LOPJ que declara que los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos en que *“se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que por esa causa, se haya producido indefensión”*.

A mi juicio, esta disposición pretende evitar que pudieran llegar a anularse actos procesales, provocándose las disfunciones asociadas a la obligada retroacción de las actuaciones, por nimios defectos o errores, incumplimientos superfluos o irregularidades intrascendentes. Imaginemos como ejemplos el error material en una cifra, el lapsus calami en un apellido del condenado, o la falta de asistencia a un acto por un mero despiste. Así entendido el precepto es razonable: todo aquello que resulte subsanable o remediable debe serlo, conforme a un elemental principio de conservación de los actos y de economía procesal.

Lo que considero una interpretación desconfiguradora, asistemática y perniciosa – cada vez más utilizada en los tribunales ---es aquella por la que, ampliando el sentido de las palabras, entiende que el precepto significa que el incumplimiento de las normas procesales debe ser considerado en principio inocuo, a salvo de que el ciudadano afectado acredite que le ha producido *“efectiva indefensión”*. Se trata de una llamada al contenido “material” de la norma procesal que precisamente exige y se define, antes que nada, por la imposición de unas “formas”. Permítame el lector un ejemplo salvando las distancias entre un partido de fútbol y un proceso penal. Es como si el árbitro dijera que no importa que el balón salga del campo, si

tal infracción no da lugar a la consecución de un gol. Cuando un equipo pide que se le otorgue un saque de banda a su favor, el árbitro para concedérselo le exige que le demuestre *cómo le ha perjudicado efectivamente* que el balón haya salido ligeramente del campo de juego. Si aceptamos ese planteamiento, las reglas del juego se verían alteradas y el balón podría salir del campo, salvo que el otro equipo acreditase que la salida le ha producido una efectiva indefensión.

Esta extensiva interpretación del art. 238 LOPJ lleva años causando furor porque ofrece un expediente sencillo y eficaz - ininteligible *ergo* incontestable – muy útil a los tribunales que sobreviven en medio de una situación organizativa caótica, para “despejar balones peligrosos” (siguiendo el símil futbolístico). El Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han consagrado en numerosas ocasiones ese camino argumental que puede terminar disolviendo el principio de legalidad, piedra angular de todo sistema procesal moderno y garantista.

La interpretación del 238 LOPJ es atractiva y perversa porque procura a los tribunales un doble alivio. Por una parte, pueden despreocuparse del incómodo corsette de tener que sujetarse al estricto cumplimiento de la ley, pues el cumplimiento de las normas procesales, deja de ser una obligación asociada a todo poder público (ex 9.1 CE) impuesta específicamente por el art. 1 LECRIM, para convertirse en una carga procesal que incumbe a la defensa. Y, en segundo lugar, les tranquiliza mucho que finalmente deba ser objeto de su propia decisión determinar la transcendencia de sus propios incumplimientos de la ley, valorando si han producido “efectiva indefensión”. Todos somos jueces clementes de nuestros actos y el objeto de valoración es suficientemente difuso como para dejar margen a lo subjetivo, facilitando la justificación de la arbitrariedad.

En perfecta correspondencia, al ciudadano le asaltan graves preocupaciones. Por un lado, constata que la exigencia del cumplimiento de la ley, que fue el mecanismo principal de control del poder público, pasa a ser considerado como una tarea suya. Para colmo, se trata de una tarea ciclópea pues requiere forzar una especie de “acto de constricción” de la autoridad que pudiera haber incumplido la ley, consiguiendo que se avenga a confesar su culpa. Y ¡más difícil todavía!: para alcanzar tan exigente objetivo, el ciudadano deberá acreditar ante esa autoridad, un resultado tan indefinible, inasible o etéreo como que se ha producido “*efectiva indefensión*”.

Las formas del proceso ya no sujetan al órgano estatal que sanciona, sino al ciudadano enjuiciado: cuando la norma procesal refiere obligaciones de la defensa, como no está en juego “la efectiva indefensión” (no ataca a nadie), las normas procesales se aplican a rajatabla. Si el letrado defensor presenta el recurso fuera de plazo por un día, es inadmitido sin que nadie se plantee si admitiéndolo se produce o no algún efecto material indeseable para las demás partes. En ese caso “las reglas son las reglas” y se aplican sin contemplaciones o consideraciones materiales que las excepcionen. Pero si es el tribunal quien incumple el plazo legal para dictar sentencia esa irregularidad formal es valorada en clave material y, a juicio de los propios tribunales resultará inocua en tanto que “no produce efectiva indefensión”.

Otra vez terminamos el párrafo con la misma expresión: “efectiva indefensión”. Pero ¿qué es eso? El concepto, en sí mismo abstracto, remite al efecto futuro que una determinada incidencia procesal pueda provocar en las posibilidades de defensa en relación con el

resultado de la resolución final de la causa (¿?): no es posible imaginar un marco de reflexión más inasible, inconcreto y subjetivo. Es una consecuencia lógica que este concepto sea el caldo de cultivo ideal para el desarrollo del virus de la arbitrariedad que, como es sabido, acecha a quienes ejercen algún poder, desde que el mundo es mundo.

Tomemos un ejemplo frecuente y extendido. Si el auto de incoación de unas diligencias penales que acuerda citar a alguien a declarar como imputado es de impreso, careciendo completamente de fundamentación, es obvio que se vulneran todas las normas procesales que regulan el contenido de un Auto y toda la doctrina jurisprudencial sobre la necesidad de motivar las resoluciones judiciales como exigencia asociada al derecho a la tutela judicial efectiva. Esas quiebras de normas procesales son innegables, a pesar de lo cual, en la práctica del foro, todos sabemos que lo más probable es que los tribunales resuelvan que ese defecto procesal *“no produce efectiva indefensión”*. En la misma línea, que el cuerpo de la víctima del homicidio fuera incinerado antes de que se levantara el secreto de las actuaciones impidiendo al procesado hacer una segunda autopsia, tampoco produce *“efectiva indefensión”*.

Pero entonces, ¿cuándo se produce *“efectiva indefensión”*? Podría decirse, recurriendo al necesario analgésico del buen humor, que los tribunales consideran que existe indefensión en aquellos casos en que el afectado pueda acreditar que la quiebra de normas procesales le ha producido *“sangre o fractura”*.

Vivimos un curioso proceso de medievalización cultural en el contexto de un exponencial desarrollo de medios técnicos que nos aseguran el acceso a caudales de información mucho mayores de los que, hace unos pocos años eran solo accesibles a unos cuantos sabios privilegiados. En el campo del proceso penal, esa tendencia regresiva a la arbitrariedad medieval, justificada en principios de defensa social y en un concepto de justicia tan material como subjetivo, se hace cada vez más visible en el contenido de resoluciones que pulverizan la eficacia real del elemental principio de legalidad, incluso en el marco jurídico en que resulta más irrenunciable y necesario, como es el derecho sancionador.

Cabe preguntarse con estupor que si falla el elemental principio de legalidad, ¿qué puede esperarse de la vigencia efectiva de otros más elaborados o sutiles como el de prohibición del exceso o presunción de inocencia?. El abogado defensor ante este panorama tiene delante un compromiso ineludible en defensa de principios irrenunciables, una tarea difícil pero apasionante.

Sevilla 17 de octubre de 2014