

**EL TRIBUNAL SUPREMO  
Y LOS DERECHOS HUMANOS**

**Prof. Enrique Ruiz Vadillo**  
Presidente de la Sala 2<sup>a</sup> del Tribunal  
Supremo



## I. IDEAS GENERALES

- 1.- La crisis del Derecho
- 2.- El espíritu que anima al sistema
- 3.- La Constitución es un cuerpo vivo, dinámico y abierto
- 4.- Los derechos se apoyan entre sí.

## II. EXAMEN DE ESTOS DERECHOS

- 1.- Legalidad, igualdad y prohibición de tortura
- 2.- Tutela judicial efectiva
- 3.- Indefensión
- 4.- Garantías procesales
- 5.- El proceso público, sin dilaciones indebidas
- 6.- Principio acusatorio
- 7.- El Juez ordinario predeterminado por la Ley
- 8.- Presunción de inocencia

## III. CONSIDERACIONES FINALES

### I. IDEAS GENERALES

Una vez más he de aprovechar la circunstancia de encontrarme entre Vds para expresar dos sentimientos muy arraigados: El de admiración, respeto y gratitud al Profesor Beristain, Director de este Curso y el de cariño a estas tierras donde transcurrieron muy felizmente muchos años de mi vida judicial y universitaria. Por último quiero expresar mi agradecimiento a la Universidad del País Vasco por esta amable invitación.

Voy a hablarles de lo que son preocupaciones prioritarias del Profesor Beristain, del Profesor De la Cuesta Arzamendi y de sus más directos colaboradores: La protección de los derechos humanos en derecho internacional y español. Se trata, por consiguiente, de buscar y encontrar a la persona humana en su principal dimensión, de elevarla al primer rango de nuestras inquietudes, a que sea el principio y fin del Ordenamiento jurídico, su razón de ser, porque, a veces, a base de pura técnica y frialdad expositiva, parece que la persona, la mujer y el hombre, es objeto y no sujeto del Derecho.

De esta manera se explica bien el verdadero fin del Derecho y se descubre el equilibrio que ha de caracterizarle, proyectando su preocupación por quien cometió la infracción penal, por esa persona irrepentida e irrepentible que delinquiró y faltó a los presupuestos mínimos indispensables de la convivencia, y también por aquella otra, igualmente irrepentible, que fue víctima del delito y que, cuando se trata de los bienes que nos son más queridos, como la vida, (para los allegados), la integridad corporal, la libertad, la seguridad, la dignidad o el honor, sufre, en muchas ocasiones, en la más espantosa y dolorosa

sa soledad y abandono los efectos del delito, como tal víctima o sujeto pasivo, directa o indirectamente, sus graves consecuencias. El Pueblo, titular efectivo de la soberanía, debe tomar conciencia plena de este derecho y ejercerlo conforme a la Constitución.

### 1.- La crisis del Derecho.

¿Puede, realmente, el Derecho acabar con los aspectos más dramáticos de la convivencia humana, cuando a la amistad y la solidaridad, las sustituyen el odio y el egoísmo?. Acaso, las leyes positivas, por sus consustanciales imperfecciones, no puedan hacerlo, pero el Derecho, sí, entendiendo por tal la ordenación suprapositiva de la vida comunitaria sobre los postulados de la justicia, de la seguridad y del bien común. Todos sabemos bien hacia qué punto del horizonte podemos y debemos orientar nuestros pasos para aproximarnos a la justicia. Lo que sucede es que el egoísmo y la insolidaridad nos señalan otros muy diferentes caminos, cuyas desviaciones del ideal no tenemos ningún deseo de comprobar, para no renunciar a nuestras egoístas y poco nobles apetencias.

De esta manera, el problema radica en hacer un esfuerzo general a fin de adecuar las leyes a la Justicia para después cumplirlas según estos parámetros, haciendo así, como ha dicho el Profesor Hernández Gil, del Derecho, no sólo, ni siquiera principalmente, un sistema de normas, sino de manera básica, un sistema de valores, como impone nuestra Constitución que coloca, por encima de cualquier otra consideración, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. De ahí que el juez que busque en la norma concreta aplicable al supuesto controvertido la realización de tales bienes jurídicos, añadiendo al precepto positivo el caudal de principios básicos, cuando la estructura del sistema lo permita, no sólo no traiciona el Ordenamiento que como servidor de la ley tiene que respetar y llevar a la práctica, (art. 117. 1 CE), sino que, por imperativo constitucional, realizará una tarea engrandecedora del sistema, al transformar por vía cuasilegislativa, el precepto legal positivo en la idea trascendente que de manera inevitable conlleva el Derecho. (art. 9. 3. CE).

Todo esto es fácil de exponer pero muy difícil de llevar a efecto. Hay que reconocerlo, lo que no obsta a que no podamos cejar en el empeño por conseguirlo. Todo sistema jurídico en un orden social es, como acabamos de decir, una ordenación preferencial y jerarquizada de valores no siempre fácilmente descubrible por la exposición unidimensional que ofrece, tantas veces, su tratamiento. Por ello, no es infrecuente que el juzgador y, en general, el intérprete, hayan de localizar, mediante la oportuna ponderación, los supuestos de colisión y preferencia a los que en tantas ocasiones se ha referido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, nuestro Tribunal Constitucional y la Sala 2ª del Tribunal Supremo.

En cualquier caso hemos de convencernos de que Derecho y Sociedad son términos inseparables de un binomio que jamás podrá disgregarse. La sociedad sin Derecho deja de ser una forma mínimamente aceptable de convivencia para transformarse en un caos y el Derecho sin Sociedad carece por completo de sentido y queda reducido a un catálogo muerto de preceptos. Los llamados negadores del Derecho no han propugnado, en realidad, la desaparición del mismo, sino de alguna o algunas de sus formas concretas de manifestarse. De ahí que como provisional conclusión hayamos de decir que el Derecho es presupuesto indispensable de la vida en común y que en este sentido lo importante es que las normas que le sirvan de fundamento alcancen siempre, además de la indis-

pensable legitimidad formal, que es parte inseparable del principio de seguridad jurídica, tan elemental y primario como la misma justicia, una legitimidad material concierne al contenido y fines del Ordenamiento jurídico.

## **2.- El espíritu que anima al sistema**

Seguramente que con lo que acabo de indicarles está dicho todo lo que quería someter al mejor y superior juicio de todos Vds. Lo importante es concienciarse de que en una elemental jerarquía de valores, los derechos fundamentales y las libertades públicas deben alcanzar el primer rango del sistema por algo muy elemental: porque sin ellos el sistema mismo, dentro de un contexto democrático y jurídico, carece por completo de sentido.

Tales derechos y libertades significan la plenitud de la democracia, siempre que se entiendan en su totalidad y de todos y para todos, sin excepción. Se trata, en definitiva, de realizar en acto la propia soberanía de la que es titular el Pueblo, conforme a la Constitución, siempre, por supuesto, que al actualizarse dichos derechos, incluidos los de reunión y manifestación, entre otros, no se vulneren los derechos de los demás, teniendo en cuenta que ningún derecho es absoluto y que la democracia alcanza la plenitud de su significado cuando todos los intereses legítimos en juego, incluidos los de las mayorías y minorías, alcanzan un nivel de respeto recíproco aceptable. No es, por consiguiente, la carencia de conflictividad y de controversias lo que caracteriza a una sociedad democrática, sino la existencia de cauces de legitimidad para su adecuada y eficaz solución. Los problemas que en los regímenes autoritarios permanecen soterrados por inexistencia de vías de exteriorización, encuentran en las democracias caminos para su planteamiento y solución.

## **3.- La Constitución es un cuerpo vivo, dinámico y abierto**

Cuando la Constitución española de 1978 fue promulgada, ha dicho Joaquín García Morillo, proliferaron las afirmaciones, o más bien, acusaciones, respecto de su ambigüedad, pero una Constitución que quiera perdurar y ser aceptable para todas las sensibilidades políticas o la gran mayoría de ellas, debe forzosamente contener un amplio margen de indeterminación porque una Constitución es por esencia, recordando la no por manida menos feliz expresión de Haberle, un espacio abierto.

A mi juicio, la situación política y social que se vivía en los días en que la Constitución fue elaborada y promulgada exigía, todavía más acentuadamente, esta relativa ambigüedad e imprecisión sobre problemas muy candentes entonces, que hoy, afortunadamente se contemplan con mucha más serenidad y equilibrio. Es por ello por lo que nuestra Ley Fundamental debe, a mi juicio, ser interpretada en la actualidad de forma distinta a como lo fue a raíz de su nacimiento, a pesar de que sólo una década nos separa de su promulgación.

Han sido años decisivos en nuestra Historia y un proceso acelerado de madurez política, social y jurídica se ha producido, aunque por la inmediatez temporal apenas si nos damos cuenta de ello. Las sentencias del Tribunal Constitucional en materia de presunción de inocencia fueron sin duda la vanguardia de este cambio y su jurisprudencia ha sido decisiva en este sentido aunque algunas sentencias, en mi modesta opinión, sean objetables por unas u otras razones y en este sentido las he criticado respetuosamente. Los jueces ordinarios, contraponiendo la expresión a la de jueces constitucionales.

les, me parece que han contribuido, también de manera decisiva, a esta nueva realidad social y jurídica y el que fue Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, D. Federico Carlos Sainz de Robles, los consideró, creo que con toda justicia, “motores del cambio”.

Hoy, en general, los derechos fundamentales y libertades públicas tienen una innegable realidad social, política y jurídica, aunque haya, y es bueno que así sea, cuando nacen de honestas convicciones críticas, y en ocasiones, también vulneraciones y desconocimientos que hay que corregir.

#### **4.- Los derechos se apoyan entre sí**

En muchas ocasiones he dicho y ahora lo repito que más importante que el establecimiento de un derecho en concreto, con serlo mucho, es el sistema en el que se incardina. Enseguida vamos a ver que lo trascendental es el Ordenamiento jurídico en cuanto asunción de los derechos fundamentales y libertades públicas, su inseparable conjunción armónica, su recíproca apoyatura, sus lógicas limitaciones en pro de otros derechos igualmente valiosos y, en definitiva, el espíritu que los anima.

Si se observan bien las descripciones legales y más especialmente, las constitucionales, se comprueba lo que acabamos de decir. Sin duda el legislador, tanto el constituyente como el ordinario, ha tenido la enorme preocupación por no dejar ningún hueco o vacío en la defensa de la persona humana acusada y hasta parece que los derechos se superponen y solapan. No es exactamente así: cada uno tiene una esfera propia, pero lo más importante es que todos ellos, en su conjunto, forman una unidad armónica.

No ha cambiado sólo el precepto en concreto, ha cambiado el espíritu que le da vida: se ha modificado el talante interpretativo y la configuración mental del intérprete aunque haya que dejar testimonio de la preocupación constante de los tribunales por estos principios cobijados en parte en la expresión “in dubio pro reo” y en otras ideas complementarias.

## **II. EXAMEN DE ESTOS DERECHOS**

La clasificación de los derechos fundamentales puede hacerse desde distintas perspectivas y así podríamos referirnos al Derecho penal sustantivo, al procesal penal, al penitenciario y al orgánico dentro de la unidad sustancial a la que responden estos cuatro sectores del Ordenamiento jurídico. Con toda evidencia hemos de limitarnos a una muy breve exposición porque su estudio completo significaría usurpar temas y tiempo a los demás colegas que, de manera más puntual y sin duda con mayor autoridad, van a estudiarlos monográficamente.

Se trata, sobre todo, de dejar constancia de esta realidad social y judicial que puede, acaso, contribuir a un mejor conocimiento de su efectiva vivencia. Tampoco voy a hacer un estudio exhaustivo de la jurisprudencia lo que resultaría muy pesado y tal vez poco eficaz, sino un examen general de los problemas más importantes, siempre con un criterio de relatividad y subjetivismo, que hasta la Sala 2ª han llegado.

Para completar el estudio sería necesario examinar el Convenio Europeo. Al injertarse el art. 6 del mismo dentro del Ordenamiento jurídico de España, dice Martínez Ruiz, resultaría obvio que las garantías de un proceso justo o equitativo vendrían a ser las doce de la Constitución más las trece del citado Convenio. Ello, empero, no se trata de hacer una suma aritmética, sino una suma algebraica. Por otra parte algunos de estos derechos están repetidos, presunción de inocencia y proceso público, otros están redactados con palabras diferentes: proceso equitativo en el Convenio, proceso con todas las garantías en la Constitución, pero las más de las veces vienen a completarse añadiendo precisiones y calidades; ejemplo, la información al acusado que está en la Constitución ha de hacerse, por exigencia del Convenio, en el más breve plazo y en una lengua que el acusado comprenda.

El art. 24 de la Constitución, dice el mismo autor, protege dos derechos fundamentales: el derecho a la tutela efectiva y el derecho a un proceso justo, en cualquiera de los órdenes jurisdiccionales propios de la actividad judicial: civil, penal, contencioso-administrativo y laboral. Y contiene otro derecho fundamental: la presunción de inocencia que conlleva la idea de jurisdicción penal. Aunque Martínez Ruiz explica inteligentemente esta afirmación, en mi opinión, la presunción de inocencia tiene un mayor alcance y se refiere, creo, a todo el derecho sancionador y, por consiguiente, a parte del derecho administrativo y social y también, aunque de manera más excepcional, al civil.

El proceso penal, dice, es considerado como más delicado y trascendente. Por esto en la configuración de lo que constituye un proceso justo se han introducido algunas líneas que miran al proceso penal. Tales el derecho a ser informado de la acusación y el derecho a no confesarse culpable. El proceso justo, añade, no garantiza la justicia de su resultado pero pone las condiciones necesarias para que se logre el mayor acierto. Indudablemente que puede haber un procedimiento correcto que desemboque en una sentencia justa, que es lo bueno y deseable, pero la sentencia justa dentro de un procedimiento perfecto es acontecimiento posible como lo es la sentencia justa con un procedimiento deplorable.

Se trata de alguna manera de la disociación entre el recurso de casación por quebrantamiento de forma, por una parte y el de infracción de ley, por otra. Sin infracciones procesales la sentencia puede ser injusta y con ellas absolutamente correcta y llena de justicia. Pero lo menos que puede exigirse es la ortodoxia procedimental.

### **1.- Legalidad, igualdad y prohibición de tortura**

El principio de legalidad que es una de las mayores y más eficaces garantías en un Estado de Derecho, está contenido en el art. 25 de la Constitución y en el art. 1 del Código penal. (STS 24 marzo 1983), pero no son contrarias a este principio las disposiciones del Código penal referentes a que los tribunales, atendiendo a los antecedentes del sujeto, circunstancias del caso, características del arma o instrumento utilizado, (y la idea es absolutamente generalizable), puedan rebajar en un grado la pena señalada porque aun cuando la normativa que concede facultades discrecionales a los tribunales para la imposición de la pena que se señala al delito permite su variación, no implica ataque alguno a la legalidad porque aquélla se cumple a través de la tipificación de las

conductas en el articulado del Código sin que la actuación de la pena en concreto en cada caso pueda significar violación de la legalidad puesto que el crimen y la pena vienen fijados previamente y únicamente su extensión es la que queda al arbitrio del tribunal, de conformidad con los condicionamientos que el mismo precepto fija. (STS 7 diciembre 1984). Es decir, la institución de la individualización de la pena no es, de ninguna manera, contraria al principio de legalidad aunque sí pudiera serlo, a mi juicio, el principio de oportunidad en la persecución del que tanto se habla actualmente, de los principios de legalidad e igualdad.

En cuanto a la igualdad ante la ley es un principio recogido en el art. 14 de la Constitución que no impide, (como acabamos de ver) que la aplicación de la correspondiente normativa pueda realizarse con las diferencias que la propia ley determine o autorice, (STS 5 junio 1982). Es decir, repetimos, igualdad es compatible con discrecionalidad que, a su vez, jamás puede identificarse con arbitrariedad.

Si los casos son supuestos iguales, el tratamiento legal debe ser el mismo para todos, pero si son diferentes, la aplicación de la ley ha de ser forzosamente desigual. (STS 22 abril 1983). El que desiguala justificadamente el tratamiento jurídico de situaciones desiguales, tratadas equivocadamente de manera igual, iguala. En este sentido la referencia a la doctrina constitucional es absolutamente obligada; en este sentido la STC de 7 de febrero de 1984: La posible impunidad de algunos culpables no supone que, en virtud del principio de igualdad, deba declararse la impunidad del que ha participado en los mismos hechos; cada cual responde de su propia conducta, penalmente ilícita, con independencia de lo que ocurra con otros.

La STS de 15 de noviembre de 1984 declaró la improcedencia de la agravante de ofensa a persona del sexo femenino, (hoy desaparecida como consecuencia de la reforma de 25 de junio de 1983) por atentar al principio de igualdad. Pero de esto habría mucho que hablar: A mi juicio un trato diferente a la mujer —horario por ejemplo en determinadas circunstancias—, no atenta a la igualdad (art. 14 CE) por los órganos judiciales, si la diferencia de trato en la imposición de la pena no obedece a criterios irracionales o arbitrarios, sino de aspectos de los que se desprenda con evidente notoriedad la distinción, por lo que “a contrario sensu”, cuando la imposición penológica dispar se hace de modo diferente, sin base o fundamento, la violación del precepto constitucional debe de apreciarse.

Finalmente, en cuanto a la tortura, cuya existencia rompe por completo el presupuesto indispensable de la condena en orden a las pruebas obtenidas a su través, porque se olvida la idea elemental del respeto a la libertad y a la dignidad humanas, como es obvio, conforme a la doctrina jurisprudencial, han de ser declaradas nulas de pleno derecho. Ello exige un examen muy detenido y riguroso para comprobar si con otras pruebas distintas ha podido llegarse a la sentencia condenatoria y exige igualmente un estudio serio en relación a su propia realidad. Los recurrentes, dice la STS 2 de marzo de 1984, en ningún momento consta que realizaran denuncia formal de haber sido sometidos a torturas. No lo hacen en su primera declaración en el juzgado instructor y solamente, más de dos meses después, cuando se les recibe declaración indagatoria es cuando no se ratifican en sus declaraciones anteriores y alegan que tanto las prestadas en Comisaría como en el Juzgado lo fueron por malos tratos recibidos y amenazas, razones por

las cuales se estima que no se infringió el art. 24 CE y no se aprecia la existencia de indefensión.

## **2.- Tutela judicial efectiva**

La tutela judicial efectiva a la que se refiere el apartado 1 del art. 24 CE instituye la prohibición de indefensión que se origina en todos los supuestos en los que se hayan infringido normas procesales o sustantivas de carácter esencial como obstáculos de legalidad a la verdad material que debe primar en garantía del ciudadano y de la sociedad. (STS 14 diciembre 1984).

El principio de que toda persona tiene derecho a la tutela judicial sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, viene reconocido en el ordenamiento penal a través de la existencia de unas formas procesales que garantizan la igualdad de las partes en sus posiciones de acusación y de defensa, exigencias también previstas para la fase sumarial y primordialmente materializadas en la existencia de Letrado, pese a lo cual las declaraciones sumariales sin su asistencia carecen de fuerza para arrastrar tras de sí la nulidad del juicio, aunque no sirvan ni se tomen en consideración a los efectos de destruir la presunción de inocencia que favorece a todo ciudadano, tema distinto en el trance de indagar sobre la existencia de una mínima actividad probatoria de cargo, (STS 26 mayo de 1984), a la que enseguida haremos referencia.

No existe infracción del art. 17.3 CE cuando en el atestado se pone de manifiesto que la privación de libertad se hace con la información de los derechos reconocidos en el art. 520 LECrim y a continuación se recoge el interrogatorio sin negativa a declarar. (STS 16 noviembre 1984).

## **3.- Indefensión**

No hubo indefensión porque el recurrente fue oído cuantas veces lo solicitó, no se le privó de ningún recurso legal ni se dejaron de practicar las pruebas que fueron instadas por él, conforme al art. 24 CE. (STS 3 diciembre 1982).

Tampoco la hubo si el Letrado designado por el presunto inculpado asistió desde la primera declaración ante la Policía judicial, (art. 17 CE) STS 23 noviembre 1982. La presencia de un Abogado constituye una garantía de la protección de los derechos del justiciable y de la observancia de las condiciones legales y a ella se refiere expresamente el art. 520. 2 LECrim, tras la modificación introducida en su texto por la Ley Orgánica 19/83 de 12 de diciembre por la que se desarrolla el art. 17.3 de la Constitución en materia de asistencia letrada al detenido. (STS 2 octubre 1987).

Hay indefensión si existe indeterminación en el escrito de conclusiones provisionales de los hechos punibles porque se impide al acusado defenderse de manera efectiva y proponer las pruebas pertinentes. (STC 10 marzo 1983 y STS de 17 noviembre 1983).

El art. 17.3 CE establece que toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligado a declarar y también garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales en los términos que la ley establece.

(Ss TS 25 de mayo y 29 octubre 1984).

En análogo sentido hay que señalar, con la STC de 24 de enero 1984, que el derecho a la defensa comprende el derecho de toda persona acusada de ser asistida por un intérprete cuando no comprenda o no pueda expresarse fluidamente en el idioma utilizado por el tribunal, tal como resulta de la interpretación del art. 24 CE de conformidad con el art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del art. 6.3 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

#### **4.- Garantías procesales**

Como ya hemos dicho y tendremos ocasión de repetir, la relación de derechos lleva en sí misma una idea de reduplicación de términos y conceptos. En este sentido las garantías procesales son una especie de denominador común de muchas cosas, del tema de la separación entre investigación e instrucción y decisión conforme a la STC de 12 de julio de 1988, (con el problema de la situación del Tribunal Supremo en la Sala 2<sup>a</sup> cuando actúa como Tribunal de única instancia), al tema de la reproducción de pruebas en el acto del juicio oral, (V. STC de 1 octubre de 1987), al derecho a la doble instancia, al que me he referido en varias ocasiones y últimamente en la Conferencia de clausura del Curso sobre Administración de Justicia celebrado el pasado día 20 de este mismo mes en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, de Santander y organizado por el Ilustre Colegio de Procuradores de España, etc.

La desestimación del recurso, dice la STS 15 de julio de 1984, procede, porque mal se puede decir que se infringió lo dispuesto en el art. 24.2 CE respecto al derecho del procesado a no declarar puesto que ante su negativa a hacerlo en el acto del juicio oral lo único que hizo el Presidente del Tribunal, en uso de su perfecto derecho, es ordenar que se diera lectura por el Secretario a los folios sumariales. Pero no debe confundirse el derecho a no declarar con la procedencia de tomar en consideración las declaraciones que anterior y voluntariamente hubiere prestado el procesado ya que aceptar tal asimilación sería como dejar al reo utilizar ilícitos procedimientos para impedir la averiguación de la verdad material.

Dentro de la misma rúbrica pueden incluirse el derecho a la utilización de los medios pertinentes de prueba para la defensa, (y también para la acusación) lo que supone la prohibición de denegar injustificadamente las pruebas debidamente propuestas, pero no que hayan de aceptarse y practicarse todas, siendo absolutamente correcto su rechazo con tal de que éste sea razonable y razonado.

También puede incluirse en este apartado genérico el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

#### **5.- Proceso público sin dilaciones indebidas**

Creo que son los hechos mismos los que demuestran la efectividad y vigencia de este principio. Prácticamente el problema de la no publicidad ha desaparecido y la reforma de 19 de julio de este año 1988 en sede casacional tiene con toda evidencia esta preocupación.

En cambio, el tema de las dilaciones indebidas es el gran cáncer de la Administración de justicia, absolutamente intolerable. Mientras no se resuelva, nadie puede estar conforme con la situación; incluso la intolerancia se extiende por razones de justicia a los supuestos en los que es el propio inculpado quien tiene interés en el retraso.

## **6.- Principio acusatorio**

La vigencia del principio acusatorio es esencial en el orden procesal penal porque forma parte del sistema y su vulneración supone con toda evidencia la trasgresión del amplio principio de defensa y de su correlato, el prohibitivo de toda indefensión.

Sólo se puede condenar por hechos que hayan sido objeto de acusación formal y, a mi juicio, dentro de las coordenadas establecidas por la acusación. No puede apreciarse una agravante ni la creadora de un subtipo penal ni siquiera una agravante genérica si no se invocaron porque si no ha habido acusación respecto de ellas el inculpado no ha podido defenderse. Tampoco, en mi opinión, y existen ya varias sentencias del Tribunal Supremo en este sentido, puede el Tribunal condenar, si haciendo uso de la facultad que le concede el art. 733 LECrim. la acusación pública o privada no asumieron la invitación del juzgador en orden a la tesis propuesta, porque también en este caso falta una acusación formal.

## **7.- El juez ordinario predeterminado por la Ley**

La STS de 22 de abril de 1983 entendió que el art. 24.2 inciso 1 de la CE que establece el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, en cuanto declaración de principios, no excluye la posibilidad de nombramiento de juez especial perteneciente a la misma rama jurisdiccional por la especialidad de su nombramiento, no deja de ser juez ordinario, tesis, en mi modesta opinión, no correcta. Lo que la Ley quiere es que se evite a toda costa el juez "ad hoc".

Sobre este punto el Tribunal Constitucional en su S. de 13 de enero de 1982 confirmada en los autos posteriores de 7 y 28 de marzo de 1984 tiene establecido que el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, resulta vulnerado, si se atribuye el asunto a una jurisdicción especial y no a la ordinaria. (STS 26 de mayo de 1984).

## **8.- Presunción de inocencia**

Con una expresa referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional y de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, así como de la doctrina científica que se ha ocupado extensamente del tema (Beristain, Cano, De la Cuesta, García de Enterría, Linde Paniagua y sobre todo a la obra de Vázquez Sotelo, monográfica del tema), así como a los comentaristas de la jurisprudencia como Martínez Val, vamos a intentar llevar a cabo una pequeña síntesis de la referida doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Sobre las exigencias procesales, la STS 17 de setiembre de 1987 se refiere a la invocación en la preparación, (discutido y discutible tema del principio de unidad de alegaciones, a mi juicio necesitado de reforma), a la denuncia de la ausencia de prueba de cargo suficiente y regular y a la no valoración sobre la prueba practicada. (La STS 24 de abril de 1982 hace un estudio general de los requisitos).

La STS 28 mayo 1981 dice: El reconocimiento judicial de este derecho en la CE no implica la imposibilidad de apreciar como delitos las conductas tipificadas en el Código penal en cuanto constituyan infracciones acreedoras a la sanción penal pues como tal presunción no impide ser destruida cuando los elementos o medios probatorios ponen de relieve la realización de hechos que reclaman la aplicación de preceptos penales.

La STS 11 de marzo 1983 y otras muchas posteriores en igual sentido manifiestan: 1) Que queda reconocido explícitamente el principio de libre valoración de la prueba conforme al art. 733 LECrim. ajustado al art. 117.3 CE, porque el sistema de prueba tasada no es compatible con el ejercicio jurisdiccional penal. 2) Su desconocimiento o vulneración puede ser objeto de amparo constitucional. No puede hacerse un juicio de valor sobre una prueba totalmente inexistente. 3) La invocación del principio no convierte en documento la declaración de los testigos, procesados, etc. 4) Se declara el carácter procesal de la presunción, lo que no incide sobre la tipificación de delitos y faltas y 5) Es obligado examinar el contenido de los autos, conforme al art. 899 LECrim.

Con la finalidad de que en el Coloquio puedan examinarse con mayor precisión y profundidad los problemas puntuales de este fundamental principio vamos a limitarnos a una breve exposición, como ya anticipamos de la doctrina mantenida en los últimos años por la Sala 2ª del Tribunal Supremo:

La presunción de inocencia no puede ser un obstáculo insalvable para la realización del Derecho penal. (STS 6 marzo 1987). Es verdad: A veces se identifican impunismo e inseguridad con democracia y Estado de Derecho, lo que es rotundamente falso. El Estado de Derecho y la democracia lo que dan es justicia, seguridad y seriedad.

El cauce procesal para hacer valer estos derechos es actualmente el del art. 5.4 de la LOPJ. (Ss TS 8 julio 1986 y 3 octubre de 1987).

Con toda evidencia se trata de una presunción “iuris tantum” que puede, por consiguiente, ser destruida. (Doctrina constante del TS y por supuesto del TC).

Las graves irregularidades acaecidas e invocadas después por la recurrente, en las dependencias policiales, invalidan las actuaciones del atestado, pero no las practicadas ante la autoridad judicial. (STS 4 febrero 1987 y 3 y 18 de marzo de 1988).

Prescindir de la prueba indirecta conllevaría, en ocasiones, a la impunidad con la consiguiente indefensión social. (STS 6 abril 1988). La STS 2 diciembre 1986 se refiere a las pruebas indirectas, mediatas, o de indicios.

La diligencia de careo, única que en puridad echa de menos el recurrente, tiene carácter discrecional y subsidiario. (STS 16 de marzo 1987). Si se propone prueba habrá que motivar su denegación, si se va a rechazar, pero esta denegación habrá de ser suficientemente fundada, es decir que su no práctica no interfiere el proceso de corrección, en sede de presunción de inocencia.

Es imprescindible que su desarrollo se realice conforme a los principios y mandatos constitucionales y procesales, de acuerdo con constante y reiterada doctrina jurisprudencial.

Una vez constatada esta realidad probatoria que ha de ser razonablemente suficiente, puede ya condenarse, pero en tales circunstancias cabe la posibilidad de constatar la corrección del juicio de inferencia que ha de ser lógico, razonable y coherente. Esta es una tarea que corresponde al Tribunal de casación: STS 16 de diciembre 1986. A la suficiencia y razonabilidad de la actividad probatoria, a efectos de enervarse la presunción de inocencia se refiere la STS 14 mayo 1987. Cuando esta actividad probatoria de cargo o acusatoria se da en las condiciones señaladas entra en juego el principio de libre valoración de la prueba, (una vez que la prueba existe), conforme al art. 741 LECrim.

Ahora bien, en estas circunstancias es incuestionable que puede darse más valor al testimonio de la víctima que al del procesado, al de un testigo que a otro u otros. Este tema se presenta frecuentemente en los delitos de violación alegándose vulneración del art. 14 de la Constitución por entender que se rompe el principio de igualdad al conceder más credibilidad a uno de los testimonios: en este caso en los supuestos en que así sucede, al de la mujer violada. (V. STS 2 junio de 1986 y de 16 de noviembre y 24 del mismo mes de 1987. Lo mismo cabe decir del delito de escándalo público: STS 11 diciembre 1987.

Vale la declaración del coprocesado para destruir la presunción de inocencia si nada hace presumir ánimo de perjudicar o soborno policial a cambio de promesas de trato procesal más favorable: Ss TS 30 mayo, 17 junio y 16 diciembre 1986.

El atestado tiene un simple valor de denuncia: STS 10 diciembre 1986.

La presunción de inocencia abarca tanto los elementos objetivos como los subjetivos: STS 28 mayo 1986 y en cuanto a la llamada prueba indiciaria, a la que ya nos hemos referido, insiste en las ideas expuestas la STS 6 mayo 1987.

En las hipótesis en que los sujetos activos han sido sorprendidos "in fraganti", ocupándoseles los efectos o instrumentos del delito es ociosa e inútil la presunción de inocencia. (STS 14 mayo 1986, 20 y 27 enero y 13 de octubre de 1987).

Sobre el reportaje fotográfico obtenido durante el atraco, la STS 3 de noviembre 1987 estima que es un elemento probatorio de acentuada significación y relevancia.

La coartada tiene, por supuesto, especial importancia, pero también la tiene, en sentido inverso, cuando se demuestra su inveracidad. STS 30 diciembre 1987.

En cuanto a las huellas, la STS 20 octubre 1986 declaró que no puede sostenerse que el informe dactiloscópico represente una diligencia que por estar en el atestado forme parte de la denuncia. El informe representa un medio de prueba con la validez de todo informe pericial: Ss TS 5 marzo y 5 junio 1987. Ahora bien, si la prueba de huellas no ofrece las correspondientes garantías en su realización, (no en su esencia porque, en sí, es de absoluta fiabilidad) no destruirá la presunción de inocencia constitucional. STS 20 junio 1987.

En los delitos culposos, dice la STS 16 enero 1986, la presunción de inocencia es de excepcional aplicación. Ello es fácilmente comprensible porque los hechos generalmente, en su estructura básica, no se discuten y lo demás son juicios de valor que quedan

al margen de la presunción de inocencia, como es bien sabido, por ejemplo, el “animus necandi”, el “animus lucrandi” etc.

En cambio, en materia de reconocimiento en rueda el tema, ampliamente debatido, me parece muy importante. Si el reconocimiento no se hace bien y con todas las garantías en el primer momento me parece que su efectividad queda perdida por completo. De ahí que, a mi juicio, resulte imprescindible cuidar especialmente esta diligencia. Así lo viene destacando la doctrina de la Sala 2ª del Tribunal Supremo.

La estimación en conciencia de la prueba, dice la STS 27 junio 1986, no es equivalente a discrecional o arbitrario criterio personal del juzgador, sino apreciación lógica de la prueba que aboque en una historificación de los hechos en adecuado ensamblaje con este acervo de mayor o menor amplitud, de datos acreditativos y reveladores que haya sido posible concentrar en el proceso.

En resumen, con la doctrina jurisprudencial podemos indicar que la presunción de inocencia, de naturaleza provisoria, “iuris tantum”, sólo cede cuando se practica una actividad probatoria de cargo, es decir acusatoria, razonablemente suficiente, esto es de una cierta entidad, advenida al proceso por cauces de legitimidad, de acuerdo con los principios constitucionales y las normas de procedimiento. Si se trata de prueba indiciaria es indispensable que los indicios se ofrezcan suficientemente acreditados, que sean plurales y que de ellos se obtenga con un juicio de inferencia lógico y coherente, la convicción de la realidad del hecho y de la participación. Todo ello puede ser sometido al control de la casación o, en su caso, del Tribunal de amparo, como recordó recientemente en un magnífico trabajo el Prof. Tomás y Valiente.

### III. CONSIDERACIONES FINALES

Acaso lo definitivo sea, en el orden de cosas que venimos examinando, el espíritu informador del Ordenamiento jurídico o, en otras palabras, la presencia de unos inequívocos principios generales del Derecho tendentes a hacer realidad incuestionable la presencia viva de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas y que quienes han de aplicarlos, que no son sólo los jueces, tengan todos decidida voluntad de hacerlos efectivos.

Si los Tribunales de Justicia, en los que cada día confío más y pido disculpas por lo que pueda haber de indelicado en la expresión por formar parte de ellos, pese a los errores y deficiencias a los que en cuanto actividad humana están sometidos, se constituyen en baluartes de esos derechos y de esas libertades, no sólo la sobrevivencia, sino también el desarrollo y perfeccionamiento del sistema, esto es del Estado de Derecho democrático estarán absolutamente garantizados.

En mi modesta opinión, la evolución ha sido, en este sentido, muy positiva y aleccionadora. En el orden procesal las garantías del inculpado me parece que se observan cada día más y mejor. La especial atención que se presta a los primeros momentos de la actividad policial, al derecho a ser informado de los derechos correspondientes y, en su caso, de la acusación, con el adecuado correlato respecto al principio acusatorio, sin el cual el derecho de defensa quiebra, como ya hemos visto, la obligada presencia de

Abogado, con la especialísima garantía que su asesoramiento y control significan, (lo que nunca me canso de repetir), la necesaria motivación de las resoluciones judiciales, impuesta por la propia Constitución, en su art. 120.3 que trasciende de su aspecto puramente formal para insertarse en zonas de excepcional trascendencia: pedagogía, conocimiento, garantía, eficacia impugnativa, etc, son datos de muy especial significación.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha llevado a cabo, ése es, al menos, mi criterio que someto al mejor de todos Vds, una tarea muy valiosa, y lo digo desde la perspectiva de quien se ha incorporado a ella cuando la evolución de la jurisprudencia era ya una venturosa realidad y de que quien lo dice lo hace en la seguridad de que han sido los compañeros y no quien les habla, los que han realizado esta hermosa tarea de avanzar hacia una justicia más humana, y por ello, precisamente por ello, más justa. No hay en lo que acabo de decir ni la más mínima concesión a una modestia o falsa humildad, sino un acto de justicia. No me refiero al Tribunal Constitucional en razón al contenido de la Ponencia, pero nadie pone en duda, creo, la magnífica aportación que desde el punto de vista de los derechos fundamentales y libertades públicas viene realizando.

El derecho a un proceso equitativo que recoge la Convención europea, equivalente a nuestra expresión constitucional de derecho a un proceso con todas las garantías que establece la Ley Fundamental es algo que supera con mucho el valor de una pormenorización y detalle, siempre útiles, pero acaso accesorios cuando se trata de las líneas maestras de un sistema jurídico completo a cuyo lado el Derecho penal sustantivo alcanza cada día más acentuadamente unas superiores cotas de equilibrio y razonabilidad. Pensemos en la libertad sexual, en el escándalo público, en la libertad de expresión, de información, activa y pasiva, en la dosimetría punitiva y un largo etc, incluyendo el problema de aquellas infracciones que hoy tienen una hiper o hipo-protección que la sociedad detecta, (lo mismo que los comportamientos atípicos que debieran incorporarse al Código o los incluidos en éste que debieran radiarse) y los medios de comunicación, hacia los que, una vez más, he de expresar mi respeto y consideración por la muy difícil tarea que llevan a cabo, ponen de relieve y que la sensibilidad del legislador hay que esperar y que desear, corregirá pronto.

Pensar que de este mundo podemos hacer un paraíso terrenal es, me parece, una quimera. La enfermedad, las insuficiencias de todo orden que sufre el ser humano, el fantasma, lo reconozcamos o no, de la muerte, no propician un estado de felicidad completo, salvo aquellos que por una u otra vía sobrenaturalizan la vida con autenticidad.

En cambio, sí podemos y debemos, dentro de nuestras reducidas fuerzas, buscar un modo y un lugar de encuentro entre todas las personas si éstas quieren entenderse y respetarse y, si es posible, amarse, pese a las diferencias que las separen. Me parece que no sería tan difícil una mínima comprensión, el entendimiento, la tolerancia y el respeto recíprocos si cada uno se sitúa intelectual, cordial y sentimentalmente en el puesto del otro. El empresario en el del trabajador y éste en el de aquél, el asegurador en la posición del asegurado y el asegurado en el del asegurador, el que tiene que situarse en el que carece de todo y también este último en quien posee trabajo, dinero o salud. El ciudadano colocarse en quien tiene a su cargo la Comunidad y la autoridad en el papel del ciudadano. Y el juez, sobre todo el juez penal y el Jurado, en la posición del que delinquirió, examinando sus circunstancias, la etiología del delito, la personalidad del in-

fractor, el medio ambiente, la familia, su entorno social y profesional y preguntándose qué hubiera hecho yo, juez o jurado, en las circunstancias de quien tengo que juzgar, y el acusado y su Abogado en la posición del juez con sus dudas, incertidumbres y en último término con su dolorosa y tantas veces trágica soledad aunque esté muy acompañado.

Si todos ponemos de nuestra parte algo en este sentido, y sé que es fácil decirlo y difícil hacerlo, el resultado sería excepcionalmente valioso. Lo que no podemos hacer es exigir derechos y no compartir deberes, pedir beneficios sin tener en cuenta el reobligado reparto social de nuestras ganancias.

La realización efectiva de los derechos fundamentales es tarea de todos, absolutamente de todos. Ojalá que todos, y yo el primero, sepamos avanzar con honestidad por este camino y que esta Tierra y este Pueblo al que quiero de corazón, alcance, como todos, la dosis de felicidad a la que tiene derecho y asuma, al mismo tiempo y todo él, la cuota de corresponsabilidad y solidaridad en la aplicación práctica de todos los derechos y libertades.

Acaso una sola frase y muy corta, lo aclare todo: Actuar de buena fe que significa operar e ir por la vida fiando y confiando en los demás como nosotros queremos que se fíen y confíen en nosotros. Muchas de estas cosas me las habéis enseñado vosotros, Pueblo vasco en mi larga estancia, y grata compañía, en esta Tierra. Por citar un ejemplo, los Profesores y Maestros D. Julio Caro Baroja y D. Antonio Beristain Ipiña han expresado muchas veces y con mejores palabras que las mías, estas inquietudes y deseos.

No se piense que de esta manera se aconseja la quietud y la sumisión incondicionada. Al contrario, esta tesis es compatible y coherente con todo tipo de reivindicaciones, cualquiera que sea su naturaleza con la fuerza de la razón que es el apoyo básico a toda exigencia de justicia.

Muchas gracias a todos.