|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 421/1990 |
| Fecha | de 28 de noviembre de 1990 |
| Sala | Sección Cuarta |
| Magistrados | Don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, don Álvaro Rodríguez Bereijo y don José Gabaldón López. |
| Núm. de registro | 1871-1990 |
| Asunto | Recurso de amparo 1.871/1990 |
| Fallo | Por todo lo anterior, la Sección acuerda la inadmisión del presente recurso de amparo. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. El 17 de julio de 1990 se presentó en el Juzgado de Guardia, con entrada el 18 inmediato en el Registro de este Tribunal, demanda de amparo, en debida forma, a nombre de don Victoriano Gutiérrez Lobo, contra las Sentencias de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de septiembre de 1988, y de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1990, por habérsele violado al recurrente el derecho a un Juez imparcial y predeterminado por la Ley, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa y a la presunción de inocencia.

2. Los hechos en los que se basa la presente demanda tienen como origen el proceso contra varios funcionarios de policía procesados y condenados por la detención y desaparición de don Santiago Corella, (a) el Nani, y otras personas. La Audiencia, en sentencia confirmada en casación, formula un amplio fallo, entresacándose los puntos de relieve para la presente demanda, y que son del siguiente tenor literal:

2.º «Que debemos condenar y condenamos al procesado Victoriano Gutiérrez Lobo como autor criminalmente responsable: a) de un delito continuado de falsedad; b) de un delito de detención ilegal con desaparición forzada; c) de un delito de torturas con resultado de lesiones constitutivas de falta, y d) de un delito de quebrante domiciliario, asimismo todos ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de nueve años de prisión mayor, con sus accesorias de suspensión de cargo público, derecho de sufragio y profesión policial o relacionada con cualquier otro Cuerpo de Seguridad, durante el tiempo de la condena, y a la multa de 150.000 pesetas, por el delito del punto a); a la de veinte años y un día de reclusión mayor, con su accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, por el delito del punto b); a la de dos meses de arresto mayor, con sus accesorias de suspensión de cargo público, derecho de sufragio y profesión policial o relacionada con cualquier otro Cuerpo de Seguridad, durante el tiempo de condena, y un año de suspensión de cargo público, derecho de sufragio y profesión policial, por cada delito del punto c), y a la de dos meses de suspensión de cargo público, derecho de Sufragio y profesión policial, y multa de 30.000 pesetas por el delito del punto d); así como al pago de doce setentaidosavas partes (12/72) de las costas procesales.

4.º Que, asimismo, debemos condenar y condenamos a los procesados Francisco Javier Fernández Alvarez, Victoriano Gutiérrez Lobo y Francisco Aguilar González, a indemnizar, con los incrementos legales prevenidos, conjunta y solidariamente, por la falta de asistencia marital y paternal, respectivamente, a Soledad Montero Gómez, a Elva Olga Corella Montero y a Rubén Corella Montero en la cantidad de cinco millones de pesetas a cada uno (...).

5.º Se declara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, respecto al pago de dichas indemnizaciones, y se le condena a su efectividad en el modo y forma legalmente prevenida para dicha responsabilidad.»

3. En la demanda se denuncia como vulnerado, en primer lugar, el derecho fundamental a la presunción de inocencia, por cuanto le ha sido aplicado el art. 483 C.P. en su actual tipificación, como delito de sospecha, basado en una presunción en contra del reo. Se destaca que el Código Penal de 1932 no incluyó esta modalidad agravada de detención ilegal, según su exposición de motivos, para no vulnerar los derecho constitucionales reconocidos en la Constitución republicana, que los restablece el Código Penal de 1944, pero que en los proyectos de 1980 y 1983 se preveía su desaparición cumpliendo exigencias constitucionales. La opinión general de la doctrina es que el art. 483 @'.P. es un delito de sospecha que conculca el derecho fundamental a la presunción de inocencia, y guarda analogía con el art. 509 C.P. que la sentencia 105/1988 ha declarado inconstitucional. El legislador está presumiendo, salvo prueba en contrario, que el reo ha privado de la vida al detenido y castiga por meras sospechas, conjeturas o presunciones, siendo así que las razones de prevención general no permiten sacrificar un derecho fundamental como el de la presunción de inocencia, sin que quepa la interpretación que da el Tribunal Supremo del delito de omisión.

En segundo lugar se denuncia violación del art. 24.2 C.E. por haber continuado ejerciendo sus funciones el Presidente del Tribunal tras su jubilación el 21 de mayo de 1988, en base a una autorización del Consejo General del Poder Judicial.

En tercer lugar se alega vulneración del derecho fundamental a un Juez imparcial por haber desarrollado sucesivamente las funciones de instruir y juzgar, comprometiendo su imparcialidad, el órgano que dictó la sentencia, habiendo sido recusados in voce durante una sesión de la vista, ratificada luego por telegrama.

En cuarto lugar se alega violación del art. 24.2 C.E., en cuanto al derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa en relación con la denegación de una prueba pericial caligráfica a realizar por el Gabinete Central de Identificación de la Dirección General de la Policía, y que fue denegada «para evitar susceptibilidades».

4. En el suplico se solicita se declare la nulidad de la sentencia recurrida por violar derechos constitucionales, disponiendo que se restablezcan los mismos, reconociendo la vulneración de la Audiencia Provincial de Madrid del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 483 C.P.) del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley y a un proceso con todas las garantías contempladas en el art. 24.2 C.E. y, finalmente, la violación del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, que el mencionado art. 24 C.E. recoge y protege.

5. Dado el perjuicio que ocasionaría al recurrente en amparo la ejecución de la sentencia, y que la suspensión de la misma no perturba los intereses generales ni los derechos fundamentales o libertades públicas de terceros, se solicita la suspensión de la ejecución de la sentencia.

6. Por providencia de 15 de octubre de 1990, la Sección acordó conceder un plazo común de diez días al demandante y al Ministerio Fiscal para la formulación de alegaciones en relación con la carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda, así como para que el recurrente aportase copia del escrito de recusación.

7. En su escrito de alegaciones se afirma que en relación con la continuación del Presidente jubilado se hizo la protesta in voce cuando en el acto de la vista el Secretario procedió a la lectura del acuerdo del Consejo General del Poder Judicial. También en relación con el derecho al Juez imparcial, aunque la recusación no se planteó en forma antes de iniciarse las sesiones del juicio oral se hizo in voce durante una de las sesiones de la vista, tan pronto como se tuvo conocimiento de la causa, la STC 145/1988.

Respecto a la carencia manifiesta de contenido constitucional se alega que tanto la problemática de la inconstitucionalidad del art. 483 C.P. como los derechos a un Juez imparcial y predeterminado por la Ley, como el derecho a los medios de prueba, tienen contenido constitucional que requiere una decisión en forma de sentencia por parte de ese Tribunal.

8. El Ministerio Fiscal sostiene que en relación con la posible inconstitucionalidad del art. 483 C.P. la respuesta del Tribunal Supremo es razonada, motivada y no arbitraria, sin que el actor haya probado que el órgano judicial subsubmiera el hecho en la norma de acuerdo con su interpretación como delito de sospecha, sólo por la concurrencia de los elementos del tipo, la vulneración del derecho a la libertad y la seguridad.

La cuestión de la continuación del Presidente del Tribunal tras su jubilación es un tema de mera legalidad, sin dimensión constitucional, y el órgano judicial ha explicado la interpretación de la normativa y los principios procesables aplicables para solucionar el problema planteado por esa jubilación, discrepando el actor de esa argumentación por realizar una interpretación distinta de la normativa aplicable, que no corresponde revisar al Tribunal Constitucional.

En cuanto a la invocación de la contaminación de la imparcialidad del órgano judicial, el Auto de 7 de abril de 1989 ha considerado que no constituye instrucción el acto del procesamiento, e insiste en que el Tribunal Supremo ha afirmado que no ha habido participación directa y activa en la investigación ni contacto directo con las fuentes de prueba, ello debió ser denunciado en el momento procesal oportuno, sin que tenga efectos retroactivos la sentencia de 28 de marzo de 1990.

Por último, no corresponde al Tribunal Constitucional valorar de la pertinencia y relevancia de la prueba, cuando la misma se denegó de manera razonada y fundada.

Interesa la inadmisión de la demanda.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Se reconoce en la demanda, y se confirma en el escrito de alegaciones, que no se produjo la recusación en forma de los componentes de la Sala, por haber realizado funciones instructoras, y que además esa recusación fue tardía y no en el momento procesal oportuno, es decir, cuando se conoció la composición del Tribunal (art. 56 L.E.Crim.). No puede decirse que la STC 145/1988 constituya una causa sobrevenida. En diversas resoluciones ha afirmado este Tribunal que la prohibición de recusar no impide de modo alguno cumplir con el presupuesto procesal de invocar formalmente en el momento procesal oportuno el derecho fundamental vulnerado, y desde luego en el momento de iniciarse el acto del juicio oral, no esperando a la práctica finalización del mismo para formular tardíamente esa invocación. Este motivo de la demanda incurre, en consecuencia, en la causa de inadmisión prevista en el arts. 50.1 a) en relación con el 44.1 c) LOTC.

2. En relación con el tema del derecho a un Juez ordinario predeterminado por la Ley, por la permanencia como Magistrado del Presidente de la Sección tras la fecha de su jubilación, aparte de que como se reconoce expresamente en la demanda no se impugnó la decisión del Consejo General del Poder Judicial cuya legalidad se discute en la demanda, lo cierto es que el problema que plantea, e incluso la forma en que lo plantea, ha de entenderse como cuestión de legalidad ordinaria, cuyo examen y revisión no corresponde conocer a esta Tribunal. La garantía constitucional del Juez ordinario predeterminado por la Ley se refiere fundamentalmente a la prohibición de creación de órganos judiciales especiales o de Jueces ad hoc, lo que se garantiza mediante la generalidad de los criterios legales anteriores al planteamiento procesal del litigio que permitan la asignación objetiva de asuntos a órganos judiciales en aplicación de los criterios competenciales contenidos en las Leyes, impidiendo, además, que el Juez del caso sea desposeído de su conocimiento en virtud de decisiones tomadas por órganos gubernativos (STC 101/1984). Desde esta perspectiva constitucional ese derecho resultaría vulnerado si se atribuyese un asunto determinado a una jurisdicción especial o a un órgano judicial especial y no a la ordinaria. Como ha dicho la Sentencia 47/1983, el derecho constitucional al Juez ordinario predeterminado por la Ley exige que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional. Pero exige también que la composición del órgano judicial venga determinada por Ley, y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente, de forma que los procedimientos fijados para la designación de los titulares han de garantizar la independencia e imparcialidad de éstos, que constituye el interés directo protegido por el derecho al Juez ordinario predeterminado.

En el presente caso la prolongación de funciones del Magistrado jubilado no aparece ni sin base legal (como afirma el Tribunal Supremo), ni como irracional o arbitraria en función de las circunstancias del caso, e incluso el propio recurrente no pone en duda la imparcialidad del Presidente, centrando sus alegaciones exclusivamente en discutir la cobertura legal de su nombramiento. Centrada así la cuestión, no pueda estimarse que exista la infracción constitucional denunciada. La parte confunde aquí la dimensión constitucional de la predeterminación del Juez legal que la Constitución garantiza en el art. 24.2 con el problema legal de la sustitución de un Juez que se jubila cuando no ha terminado aún una fase de juicio oral que se prolonga durante varios meses. Discrepa de la interpretación dada a las disposiciones legales, tanto por el Consejo General del Poder Judicial como por el Tribunal Supremo, olvidando la constante doctrina de este Tribunal de que la interpretación y aplicación de las normas legales compete en principio a los órganos del Poder Judicial, y que no es posible plantear a través del recurso de amparo la discusión sobre cuál es la interpretación correcta de las normas legales, procesales o sustantivas, las cuales además han de ser interpretadas teniendo en cuenta todos los valores constitucionales en juego, el principio de unidad de acto relacionado con el juicio oral, que es una garantía del proceso, la evitación de dilaciones indebidas y demás consecuencias previsibles que se derivarían de tener que optar por la solución implícita en la propuesta del recurrente, la anulación de todo lo actuado en los meses de desarrollo del juicio, medida absolutamente desproporcionada teniendo en cuenta que la prolongación de funciones que se impugna no puede estimarse que signifique una reducción de la imparcialidad e independencia del Magistrado afectado.

3. Tampoco resulta admisible la demanda en relación con la presunta vulneración del derecho a las pruebas pertinentes para la defensa. El derecho fundamental reconocido en el art. 24.2 C.E. no es un derecho incondicionado, sino un derecho referido a la prueba declarada como pertinente, correspondiendo a los Jueces y Tribunales la declaración de la pertinencia o no de la prueba, sin que la discrepancia del justiciable respecto a las conclusiones a las que llegue el órgano judicial tenga dimensión constitucional alguna. Aquel derecho no supone un desapoderamiento de la potestad que corresponde a los Jueces y Tribunales ordinarios para decidir sobre la pertinencia de las pruebas propuestas, siendo procedente únicamente el examen de tal extremo por este Tribunal en los supuestos de falta total de fundamentación o de absoluta incongruencia en la motivación del rechazo del medio que haya sido propuesto o cuando tal motivación sea arbitraria o irrazonable (ATC 438/1984), lo que no ocurre en el presente caso, pues no se han ofrecido razones suficientes para destruir el juicio sobre la pertinencia realizado por el Tribunal de instancia (STC 51/1985) y revisado por el Tribunal Supremo, quien en su Sentencia afirma que el Auto no sólo no estaba carente de motivación razonable, sino plenamente justificado, por las razones que el propio Tribunal Supremo aduce, y que permiten excluir cualquier tacha de arbitrariedad o irrazonabilidad en dicha denegación de prueba.

4. Junto a los anteriores motivos de carácter adjetivo, el primer motivo del recurso denuncia la violación del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 C.E. por habérsele aplicado al recurrente el art. 483 C.P. como delito de sospecha. Tiene razón el Ministerio Fiscal cuando precisa que no corresponde en este recurso de amparo un examen de la inconstitucionalidad en abstracto del art. 483 C.P., sino sólo examinar si la aplicación en este caso del precepto penal ha supuesto para el recurrente imponerle una inversión de, la carga de la prueba de su inocencia violando la presunción constitucionalmente protegida por el art. 24.2 C.E. Desde esta exclusiva perspectiva, y dado que el Tribunal Supremo ha entendido que es posible una interpretación conforme a la Constitución del dicho art. 483 C.P., que excluya por completo la idea de sospecha o de inversión de la carga de la pruebas, sólo corresponde examinar si esa acomodación de la norma al ordenamiento constitucional es adecuada y no ha infringido el derecho constitucional invocado por el recurrente.

Según el Tribunal Supremo se han probado los datos y circunstancias que sirven de base a la condena, que una persona ha sido detenida, que su detención puede calificarse de ilegal, que al detenido no se le puso en libertad y que ha desaparecido. No ha habido, pues, ni un juicio de sospecha ni se ha invertido carga alguna de la prueba, puesto que la acusación ha probado la no puesta en libertad y la desaparición de la persona, demostrando que el detenido no ha sido vuelto a ver en sus lugares habituales y que ha puesto en marcha un infructuoso mecanismo de búsqueda, prueba que ha de estimarse suficiente teniendo en cuenta la dificultad probatoria consiguiente a la probanza de hechos negativos, que permite pruebas indiciarias relativas a la no presencia del detenido en sus lugares habituales o en aquellos en que los imputados dicen que podía hallarse el sujeto pasivo. Una cosa es que no se imponga al acusado realizar prueba alguna del destino del desaparecido y otra bien distinta es que constatada y probada la desaparición hayan de admitirse como válidas las explicaciones formuladas sobre la presunta huida del detenido y desaparecido.

Interpretado así el precepto penal y aplicado consecuentemente a esta interpretación la condena al recurrente no ha violado el derecho de presunción de inocencia que se invoca.

ACUERDA

Por todo lo anterior, la Sección acuerda la inadmisión del presente recurso de amparo.

Madrid, a veintiocho de noviembre de mil novecientos noventa.