

**CONSIDERACIONES A LA SENTENCIA  
DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS  
EN EL ASUNTO «BARBERA, MESSEGUE Y JABARDO  
c. ESPAÑA»**

Por FANNY CASTRO-RIAL GARRONE (\*)

La Comisión presentó este asunto (1) ante el Tribunal el 29 de enero de 1987 en aplicación de los artículos 44 y 48 de la Convención; el propio Gobierno español, en su calidad de demandado, elevó asimismo el asunto ante el Tribunal el 12 de diciembre de 1986.

España había aceptado, en virtud del artículo 46, la jurisdicción obligatoria del Tribunal. La presentación del asunto ante el Tribunal se efectuó previamente a la expiración del período de tres meses previsto en el párrafo 1 de los artículos 32 y 47 de la Convención. A tal efecto, el Gobierno invocó el art. 48 para que el Tribunal se pronunciara sobre si había habido o no una infracción por parte de las autoridades españolas del art. 6.1 de la Convención.

La Sala del Tribunal, en aplicación del artículo 50 de su Reglamento interno, hizo uso de la facultad de renuncia en favor del Pleno, por considerar que, en el presente caso, se suscitaban cuestiones lo suficientemente graves como para entender que afectaba a la interpretación de la Convención. Una vez examinados la demanda inicial del procedimiento, el propio informe de la Comisión y los restantes documentos, entre ellos

---

(\*) Profesora Titular de Derecho Internacional Público. Universidad Complutense.

(1) Sentencia de 6 de diciembre de 1988, en los asuntos 24/1986/122/171-173, *Publications de la Cour Européenne de Droits de l'Homme, Série A*, n. 146.

las memorias de las partes, presentadas en el procedimiento escrito, la Sala se declaró incompetente con efecto inmediato, en este caso, a favor del Pleno según lo previsto en el artículo 37.1 de su Reglamento (2). Se aplicó el art. 33.3 del mismo, a fin de facultar a los reclamantes a participar en el procedimiento.

Estos, aceptando la invitación, expresaron su deseo de participación en el procedimiento y procedieron a designar a sus representantes (art. 30 del Reglamento).

Hay que observar que el Profesor Carrillo Salcedo, en cuanto juez español, se vio obligado a renunciar a su participación en el asunto ante el Tribunal y a que, según prevé el art. 24 del Reglamento, podría haber sido recusado por su previa participación en el procedimiento celebrado ante la Comisión (3). Se procedió así a la designación de un «juez ad hoc» (artículos 23 y 43 del Reglamento), y fue designado por el Gobierno español don Leopoldo Torres Boursaut.

El Secretario fijó la fecha de apertura del procedimiento oral el 1 de diciembre de 1987, una vez consultados los representantes de las partes y el delegado de la Comisión.

Las reclamantes suscitaron, en la apertura de la vista, la utilización de la lengua catalana (artículo 27.2 y 3); el presidente denegó su petición, admitiendo la solicitud de la delegación del Gobierno de proceder en lengua española.

Recordando sucintamente los hechos (4), los reclamantes, Barberá, Messegué y Jabardo, fueron detenidos el 14 de octubre de 1980, inculcados del asesinato del empresario catalán José Bultó Marqués, que fue perpetrado el 9 de mayo de 1977, y de pertenecer a la organización del ejército popular catalán (E.P.O.C.A.).

En el momento de la detención les fueron confiscados aparatos emisores y receptores, así como material electrónico, publicaciones de partidos nacionalistas, informes sobre personalidades de la vida política y económica, libros topográficos, etc.

---

(2) La Sala estaba integrada por los jueces R. Ryssdal, Presidente del Tribunal (art. 21,3, b) del Reglamento; los cinco magistrados designados por sorteo del 3 de febrero de 1987 fueron: E. Pettiti, B. Walsh, R. MacDonald, A. Donner y N. Valticos.

(3) En carta dirigida al Presidente del Tribunal de 8 de enero de 1987, ya que en principio, en virtud del art. 43 del Reglamento, tenía pleno derecho a tomar parte como juez de nacionalidad española. Véase: *Procedure*, párs. 3 a 5 de la sentencia.

(4) Véase *En Fait*, párs. 8 a 46, de la sentencia.

#### CONSIDERACIONES A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO

En aplicación de la Ley número 56, de 4 de diciembre de 1978, la detención provisional excedió el plazo de 72 horas, mediando autorización judicial. A partir de dicho momento los detenidos fueron incomunicados e interrogados sin contar con asistencia letrada (5).

A la incomunicación total y privación de asistencia había que añadir el alegato de haber sido objeto de, bajo amenaza, tratos vejatorios y torturas, a firmar una declaración de reconocimiento de su participación en el asesinato del empresario Bultó; se retractaron en la vista oral.

Por ello, los reclamantes argumentaron haber sido condenados por asesinato sin otra prueba que sus declaraciones obtenidas bajo tortura.

Se consideraron víctimas de la infracción del primer párrafo del art. 6, por la falta de imparcialidad de la Audiencia Nacional. Alegando ausencia del carácter equitativo del procedimiento e inobservancia del derecho a la presunción de inocencia denunciaron al Gobierno español por las infracciones de los párrafos 1 y 2 del art. 6.

#### CARÁCTER DEL PROCEDIMIENTO INTERNO

En primer lugar se suscitó el carácter ordinario o no de la jurisdicción, y se examinó luego si el cambio de la composición del Tribunal afectaba a la imparcialidad de la instancia.

En relación con este segundo aspecto se planteó asimismo la cuestión del previo agotamiento de los recursos internos, y esta excepción preliminar suscitada por el Gobierno español dio ocasión al Tribunal de pronunciarse nuevamente sobre la carga de la prueba.

El primer motivo utilizado por los reclamantes para cuestionar la independencia e imparcialidad fue el carácter de excepción de la Audiencia Nacional. Este argumento no fue alegado ante el Tribunal, pero éste suscribió la tesis de la Comisión, estimando que se trataba claramente de una jurisdicción ordinaria (6).

---

(5) Demandas números 10.588/83, 10.589/83 y 10.590/83. *Informe de la Comisión de 16 de octubre de 1986*, pár. 5, pág. 1. «Ley antterrorista», en su artículo 2 (Ley prorrogada mediante el Real Decreto núm. 19, de 23 de noviembre de 1979).

(6) Véase pár. 94 del *Informe* mencionado, nota 5, pár. 94 y el pár. 53 de la sentencia.

El segundo motivo alegado se refería al cambio de composición de la Audiencia Nacional, en su Primera Sección de la Sala de lo criminal. El presidente, Sr. De la Concha, se reunió la víspera de la vista oral con los abogados de los reclamantes y no les comunicó su sustitución ni la del magistrado Sr. Infante, que formaba parte de dicha Sección, sustituido por el Sr. Bermúdez de la Fuente.

No se advirtió a las partes de la sustitución de los magistrados, efectuada el 12 de enero de 1982, y en su virtud el Presidente fue reemplazado por el magistrado más antiguo de la Sala, Sr. Pérez Lemaur, lo cual, según los reclamantes, tuvo incidencia en el procedimiento, ya que en dicha sesión se prepararon los debates y se examinó la posibilidad de posponer la vista (7).

El Tribunal analizó luego el derecho de los acusados a tener un juicio equitativo y examinó si el cambio de composición del Tribunal afectaba a las condiciones requeridas de imparcialidad, pues los reclamantes alegaron que la vista había sido una pura formalidad.

Este aspecto requiere ser examinado a la luz de principios bien establecidos en esta materia y afecta a diversas cuestiones: el cambio de composición de la jurisdicción, el ejercicio sucesivo de funciones de los magistrados en un mismo juicio, las condiciones del proceso celebrado en primera instancia en cuanto a la presentación de las pruebas, desarrollo y duración de los debates y la actitud del ministerio fiscal.

¿Se había garantizado el carácter contradictorio del procedimiento y el principio de igualdad de los medios de defensa?

La clarificación del derecho a disponer de un juicio equitativo habrá de hacerse de conformidad con las circunstancias específicas de cada asunto en litigio. Este derecho no puede definirse en abstracto. El derecho del art. 6 no exime a los justiciables del cumplimiento de la reglamentación que las Altas Partes Contratantes hayan establecido en sus respectivos órdenes internos, siempre y cuando éstos respeten el objetivo primordial de la disposición, que es obtener una buena administración de justicia. El derecho que garantiza el artículo 6 se refiere, ante todo, en primer término, al procedimiento, de hecho, predeterminado por la ley interna del Estado interesado. La ley interna ha de garantizar debidamente el derecho individual de acceso a la justicia. En supuestos, como en el que nos ocupa, de procedimientos que tengan

---

(7) Véanse párs. 23, 24 y 25 de la sentencia.

carácter penal, los órganos de control pueden verificar si ha habido o no infracción y auxiliarse de principios no explícitamente enunciados en el art. 6 (8).

Conviene, por consiguiente, dilucidar si la modificación en la composición de la Sala se efectuó de conformidad con la legislación en vigor. El artículo 648 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, aplicable al caso, prescribe notificación a los interesados por escrito de la modificación de la Sala, a fin de que puedan objetar la modificación antes del inicio de la vista. Asimismo, cuando los jueces designados para completar la Sala procedan de la Sala Penal, su designación habrá de ser comunicada a las partes con un mínimo preaviso de 24 horas antes del inicio de la vista pública, porque la recusación no podrá, en principio, efectuarse una vez iniciada la vista. A su vez, el art. 56 del Código Penal permite proponer la recusación, siempre y cuando sea anterior al inicio de la fase oral, salvo en el supuesto de que la causa de recusación apareciera con posterioridad (9).

En el presente caso se observa un cambio de actitud en la interpretación dada por el Gobierno sobre la conformidad legal del cambio de Sala. De hecho, modificó sus alegaciones en las dos fases del procedimiento. Ante la Comisión declaró la conformidad legal del cambio producido en la composición de la Sala. Indicó la mera falta de objeción por parte de la defensa, sin presentar la argumentación legal exigible, esto es, la fundamentación legal de la acción.

La argumentación del Gobierno no fue debidamente o suficientemente desarrollada ante la Comisión, porque el agente español debería haber expuesto cuáles eran los recursos de que disponían los interesados en el orden jurídico nacional, si deseaba que prosperara su excepción preliminar.

Esta interpretación parece lógica si se aplica estrictamente el art. 47 del Reglamento interno del propio Tribunal, y si se invocan los criterios jurisprudenciales establecidos en materia de previo agotamiento de los recursos internos. Según el mencionado art. 47, la parte que presenta una excepción preliminar deberá formularla y motivarla por escrito, a más

---

(8) Véase la interpretación del Tribunal, entre otros, en el asunto *GODDI*, *Publ. Cour. Eur. des D. H.*, Serie A, n. 76, párs. 30 y sigs.

(9) En cuanto a las causas, vienen enunciadas en el art. 54 del C. P., véanse los párs. 24, 25, 44 y 54 de la sentencia.

tardar, en el momento de informar al Presidente de su intención de no presentar la memoria o alternativamente con anterioridad cuando expire el plazo fijado en virtud del art. 37.1 para el depósito de su primera memoria.

En ningún caso la presentación de la excepción, salvo que decidiera otra cosa la Sala, suspenderá el procedimiento relativo al fondo. La Sala debe pronunciarse sobre la excepción o examinarla junto con el fondo, cumplido el procedimiento establecido en el capítulo III (éste se refiere al examen de los casos).

El Tribunal europeo, al pronunciarse sobre la excepción preliminar, tuvo bien en cuenta la observación de la Comisión en su decisión sobre la admisibilidad de que el Gobierno español no había mencionado los recursos existentes, limitándose a invocar la ausencia de protesta por parte de los interesados. Esta actitud la modifica después el Gobierno, porque en sus alegaciones ante el Tribunal precisa el comportamiento interno que debían tener los interesados, tanto en virtud del artículo 648 de la mencionada ley, como con respecto a la solicitud que les hubiera correspondido tramitar ante el Tribunal Supremo para declarar la nulidad del procedimiento anterior, por inobservancia de una regla de derecho imperativa, o, en última instancia, la eventual denuncia ante el Tribunal Constitucional del atentado a los derechos propios de la defensa garantizados en el art. 24 de la Constitución Española, de idéntico contenido que el art. 6 (10).

El Tribunal se pronunció por la improcedencia en razón de dos consideraciones, la primera la argumentó en función de la misión que incumbe a los órganos de control, porque la carga de la prueba de las distintas tesis de los Estados exige que éstas sean argumentadas con la claridad suficiente ante los órganos de Estrasburgo, éstos no «han de suplir de oficio la imprecisión o las lagunas de las tesis de los Estados demandados». En el supuesto de que los Estados indiquen con claridad los recursos existentes a disposición de los interesados, ello no quiere decir que los órganos de control tengan que proceder a la aceptación inmediata de la argumentación gubernamental, porque éstos habrán de valorar la efectividad de dichos recursos, y si procede o no en cada caso su utilización, por considerarlos eficaces en el caso concreto de conformidad con el art. 26 del Convenio o, si por

---

(10) Véase pár. 36 de la sentencia. Respecto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia, véase pár. 42 de la sentencia. Respecto de la práctica del Tribunal Supremo, véase pár. 37 de la misma.

el contrario, carecen de objeto, en cuyo supuesto los órganos de control pueden claramente considerar superflua la interposición del recurso, habida cuenta de la práctica nacional existente (11).

De todo ello se deduce que la carga de la prueba del agotamiento incumbía claramente al gobierno que invocaba la excepción preliminar. Por ello, consideró improcedente la excepción preliminar elevada por el Gobierno español. El Tribunal se limitó a aplicar estrictamente el art. 47 de su Reglamento interno, que obliga a formular la excepción con anterioridad a la expiración del plazo fijado para la presentación de la memoria. Cabía, por tanto, asimismo, desestimar la excepción en base a esta segunda consideración —su presentación fuera de plazo—, ya que el Gobierno planteó por primera vez la excepción del previo agotamiento de los recursos internos en la vista del 1 de diciembre de 1987, de forma evidentemente tardía (12).

La misma tesis no fue aplicable a la admisión de la declaración relativa a la sustitución del Presidente, ya que la argumentación del Gobierno fue coherente en las distintas fases del procedimiento, a tenor de los requisitos del art. 47.1 (13).

Conviene, no obstante, clarificar si la participación del Presidente suplente, en la fase previa del procedimiento (18 de diciembre de 1981, fecha en la que se deniega a los reclamantes la celebración de la vista en Barcelona) (14), puede ser causa de imparcialidad desde la perspectiva de la Convención, pese a que los reclamantes no hubiesen recusado en su momento al magistrado ni manifestado temor alguno respecto a la nueva composición del Tribunal.

Es cierto que, de conformidad con el derecho español (art. 648 de L.O.P.J. de 1970, aplicable al caso, y el art. 56 CP), se permitía a los demandantes presentar la recusación en base a causas determinadas, establecidas por la ley (la invocable al caso hubiera sido la personalidad de un magistrado o su vínculo con una de las partes).

---

(11) Véase Informe de la Comisión en el asunto *BOZANO*, cit. en pár. 46 de la sentencia.

(12) A estos efectos es ilustrativa la sentencia de 24 de marzo de 1988, en el asunto *OLSSON*, *Publ. Cour. Eur. des D. H., série A*, n. 130, pár. 56, pág. 28 Y pár. 56 in fine de esta sentencia.

(13) Véase la sentencia de 18 de diciembre de 1986, en el asunto *BOZANO*, *Publ. Cour. Eur. des D. H., série A*, n. 111, 44, pág. 19, y pár. 58 de esta sentencia.

(14) Véanse párs. 23 y 59 de esta sentencia.

El Tribunal comprobó que las partes no podían en este caso conocer «a priori» el nombre ni la personalidad del nuevo presidente para invocar una causa legal de recusación. Y observó que los interesados no manifestaron ningún temor inicialmente, aunque alegaron con posterioridad ante el Tribunal que el magistrado les mostró hostilidad, tanto a ellos en cuanto acusados como a algunos de los testigos.

El Tribunal no admitió este argumento. Advirtió que si la hostilidad hubiese sido real, los interesados deberían haber adoptado medidas positivas, y, al menos, haber protestado, ya que les amparaba el propio artículo 54, que establece las causas de recusación.

A este respecto, los interesados no habían agotado debidamente los recursos internos, y tampoco podía admitirse que el momento en que debería haberse formulado la recusación fuera previo a la vista, ya que si bien es el instante en que, en principio, ha de efectuarse, estaban, a su vez, autorizados para presentar la recusación una vez ya iniciada la vista.

Consideramos digna de atención, también, la cuestión de la imparcialidad de los magistrados intervinientes en las distintas fases del procedimiento.

Los reclamantes suelen alegar que la participación de un mismo magistrado en la fase previa a la vista desvirtúa la garantía de imparcialidad cuando se hubiere forjado una idea preconcebida sobre su culpabilidad. Los Gobiernos, por su parte, han argumentado en circunstancias análogas el carácter provisional de la opinión de los magistrados en tanto no finalice la fase de instrucción, ya que cabe todavía la presentación de elementos complementarios que sirven para ratificar la evidencia, distinguiendo así entre indicios serios y pruebas definitivas de convicción (15).

Este razonamiento es, a juicio de la Comisión, artificioso. Es cierto que los Estados miembros del Consejo de Europa pueden establecer, en sus respectivos sistemas jurídicos la distinción entre indicios y pruebas según las fases del procedimiento. La Comisión, en cambio, ha mostrado cierta preocupación sobre ese distingo: «esa diferencia ofrece el peligro de presentar fronteras bastante vagas cuando es el mismo magistrado el que debe concretarlas». La situación se agrava en los procedimientos penales, cuando la prueba de culpabilidad del acusado puede consistir en el «íntimo convencimiento del juez». En el presente caso, ese íntimo convencimiento podía haberse forjado

---

(15) Véase *Publ. Cour. Eur. des D. H., série A*, n. 47, pág. 30.

en base a las declaraciones efectuadas ante la policía, ya que el juez de instrucción no se había esforzado en esclarecer los hechos (16).

De conformidad con la práctica europea en esta materia citemos el caso BEN YACOUB, que ofrecía una situación análoga, porque un mismo magistrado había actuado en las distintas fases del procedimiento, llegando, incluso, a presidir la Sala. La Comisión compartió la tesis del reclamante, que albergaba sospechas de que el magistrado se había forjado ya un juicio previo al examen del fondo: pues éste había manifestado tener una convicción íntima sobre la culpabilidad del acusado, lo que equivalía a abordar el examen de fondo con un prejuicio desfavorable al demandante (17). La Comisión razonó su decisión invocando la argumentación elaborada por la propia jurisprudencia belga en relación con la aplicación del art. 127 del C. P. Consideró válida la sustitución de los magistrados que hubieran actuado en la instrucción, siendo ello válido para el Tribunal de apelación. La Comisión entendía que el reclamante podía albergar temores legítimos ante la presencia del mismo magistrado en la instancia enjuiciadora, puesto que la imparcialidad podía estar en entredicho por las inevitables consecuencias que dicho convencimiento íntimo inicial pudiera acarrear sobre el fondo del asunto.

En el caso que nos ocupa, este razonamiento parece ser, igualmente, invocable, ya que el juez instructor no se había esforzado, a juicio de los reclamantes, debidamente en el esclarecimiento de los hechos, porque los jueces que entendían del fondo se basaban en las declaraciones efectuadas ante la policía.

#### LA EXCEPCIÓN PRELIMINAR DE NO AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS

El Tribunal tuvo que examinar las alegaciones del no agotamiento de los recursos internos invocadas por el Gobierno. Este las centró en torno al *deterioro del estado físico* alegado por los reclamantes, debido al traslado

(16) Pár. 60 de esta sentencia. Y sentencia de 25 de junio de 1987 en el asunto MILASI, *Publ. Cour. Eur. des D. H., série A, des D. H., série A*, n. 119, pár. 31, pág. 37.

(17) Véase sentencia de 27 de noviembre de 1987, *Publ. Cour. Eur. des D. H., série A*, n. 127, párs. 108 y sigs.

tardío de Barcelona a Madrid para la vista y que les perturbó y disminuyó su capacidad de defensa.

Los interesados denunciaron, asimismo, la *brevedad del procedimiento penal*.

La tesis del Gobierno español no fue admitida por el Tribunal, porque los párrafos 1, 3 y 4 del art. 850 del C. P., no contemplaban las circunstancias concurrentes en el caso, tales como el rechazo de los actos del procedimiento que eran necesarios para el establecimiento de los hechos, o la negativa a escuchar a un testigo en relación con cuestiones pertinentes que deberían haber sido esclarecidas o el mismo rechazo de la formulación de dichas preguntas.

El Gobierno suscitó, también, en su excepción preliminar la cuestión referente a la necesaria protesta formal de los asesores de los reclamantes sobre lo que calificaron de trato humillante y sobre las supuestas irregularidades sufridas durante la vista. El Tribunal desestimó la excepción por la falta de claridad de que adolecía la argumentación del Gobierno español, tanto respecto a los recursos existentes, como a su falta de ejercicio por parte de los reclamantes. La decisión se fundaba, en modo análogo, en el razonamiento utilizado en el asunto BOZANO (19).

El Tribunal y la Comisión coincidieron en la estimación de reclamación relativa a la aportación de pruebas ante las instancias nacionales. Aceptaron que los reclamantes habían presentado sustancialmente dichos elementos de prueba ante las jurisdicciones nacionales, invocando, incluso, el artículo 24 de la Constitución española, cuyo contenido es idéntico al art. 6 de la Convención (párs. 30, 32, 36 y 65 de la sentencia). La consideración de víctimas de los párrafos primero, conjugado con los subsiguientes párrafos segundo y tercero en su apartado d) del art. 6, requiere, según una consolidada jurisprudencia, que se aleguen los aspectos particulares del derecho a un juicio equitativo incluido en el primer párrafo (20).

Los órganos de Estrasburgo estimaron acertadamente que la apreciación del carácter equitativo exige investigar el procedimiento considerado global-

---

(18) Véase pár. 63 de esta sentencia.

(19) Véase sentencia de 18 de diciembre de 1986, cit. en nota 13, pár. 64 (2) y pár. 66 de esta sentencia.

(20) Véase la sentencia de 24 de noviembre de 1986 en el asunto *UNTERPER-TINGER*, *Publ. Cour. Eur. des D. H., série A*, n. 110, pár. 29, pág. 14, y pár. 67 de esta sentencia.

mente. Respetando la competencia de las jurisdicciones internas y singularmente de primera instancia para valorar los elementos de prueba aportados, no dejaron de examinar sucesivamente las distintas reclamaciones mencionadas (21).

#### EL TRASLADO TARDÍO A MADRID

Interesa, en primer lugar, analizar si las circunstancias en que se produjo el traslado de los acusados a Madrid, para ver si estaba o no justificado. Se puede constatar que el traslado se efectuó la víspera de la vista, por la noche, cuando realmente podía haberse realizado con anterioridad. La tesis del Gobierno español era discutible —el deseo de los acusados de permanecer en Barcelona durante las fiestas navideñas—, ya que el traslado tuvo lugar cuatro días después de que hubiesen finalizado las festividades invocadas. Los interesados habían manifestado la inoportunidad del traslado por dificultar la preparación de la defensa, pudiéndose realmente impedir el traslado de los testigos a Madrid. El Presidente había asegurado a los acusados que el traslado se produciría de inmediato, con la debida antelación a la vista.

El Tribunal centró especialmente su atención en el análisis del carácter de los cargos por los que fueron juzgados los interesados. La gravedad de los delitos imputados requería no sólo la debida asistencia letrada, sino que su participación en la vista pudiera darse en las mejores condiciones, tratándose de un momento que era crucial en el procedimiento. Deberían, por tanto, haber dispuesto de todos los medios necesarios para afrontar su defensa, intervenir en el interrogatorio y concertar una defensa realmente eficaz. En principio, los reclamantes no se encontraban en el estado físico y moral requerido en el momento en que se inició la vista.

El traslado tardío a Madrid había debilitado la posición de los reclamantes.

El voto particular de la mayoría disintió del razonamiento expuesto, y no compartió la conclusión del Tribunal, por entender que si bien el traslado fue lamentable, la defensa no se había perturbado de modo sensible, y ésta no había resultado viciada, porque los reclamantes pudieran exponer sus argumentos sin ninguna restricción; por consiguiente, la inmediatez del traslado no impidió, a su juicio, la preparación de la defensa.

---

(21 ) Véase sentencia de 25 de junio de 1987, *Publ. Cour. Eur. des D. H., série A*, n. 119, pár. 31, pág. 37, y pár. 61 de esta sentencia.

LA SUSTITUCIÓN DEL PRESIDENTE Y DE UN MAGISTRADO  
Y SU INCIDENCIA NEGATIVA EN EL PROCESO

Las sustituciones indicadas se efectuaron sin la oportuna advertencia a los reclamantes y a sus letrados. Esta carencia de información no permitió a los asesores saber de antemano si contarían o no con la presidencia de los magistrados La Concha o Pérez Lemaur en calidad de Presidente, y con la presencia de los magistrados Barnuevo o Infante.

El Presidente se había ausentado precipitadamente de Madrid el 12 de enero de 1982, en razón de la enfermedad de un familiar, siendo sustituido por Pérez Lemaur, por ser éste el magistrado más antiguo de la Sala. también el magistrado Infante, que ya no pertenecía a la primera Sección, fue sustituido por Bermúdez de la Fuente (22).

Es de tener en cuenta, como lo hizo el Tribunal, que el Presidente había intervenido ya en el procedimiento el 18 de diciembre de 1981.

El Tribunal estimó que la sustitución sorprendió a las partes, y era legítimo temer que el nuevo Presidente conociese mal el asunto, cuya complejidad era manifiesta. El sumario era de enorme importancia para el proceso: contaba con 1.600 páginas. Contrastaba, además, que el juez Barnuevo permaneciera en su función durante todo el procedimiento, mientras el magistrado Pérez Lemaur, como Presidente, no había siquiera participado en la reunión preparatoria.

Las pruebas aportadas no se examinaron al completo durante la vista y las deliberaciones tuvieron lugar de inmediato y al día siguiente de la vista, porque la Audiencia Nacional tuvo que pronunciarse en los tres días siguientes (23).

CELEBRACIÓN DE LA VISTA DE 12 DE ENERO DE 1982 Y LA ADMINISTRACIÓN  
DE PRUEBAS Y EMPLEO DE LA FÓRMULA «POR REPRODUCIDA»

La complejidad del asunto contrastaba, a juicio de la Comisión, con la brevedad de los debates (un día), comenzando y finalizando el 12 de enero mismo, en presencia de los acusados, que comparecieron en una jaula

---

(22) Véase pár. 24 de esta sentencia.

(23) *Ibid.*, párs. 25, 29, 41 y 72.

de cristal, permaneciendo, como medida de seguridad, esposados casi todo el tiempo que duró la vista.

Los reclamantes adujeron la pasividad del ministerio público, que sólo propuso la interpelación de tres testigos de cargo (hermana, cuñado y empleada del señor Bultó). En realidad, sólo el cuñado pudo ser interrogado, por no haberse trasladado los otros dos testigos a Madrid. El fiscal solicitó que se tomasen en consideración las declaraciones que éstos habían efectuado a la policía al día siguiente del atentado. El fiscal y el acusador privado aprobaron con carácter definitivo sus conclusiones provisionales (24).

La tesis del Gobierno explicaba que la duración de una audiencia ha de depender de tres causas: la naturaleza del asunto, de sus circunstancias y de la actitud de las partes, y que, por consiguiente, sólo ha de emplearse el tiempo que sea necesario para la administración de las pruebas y las alegaciones.

La brevedad de la vista se explicaba por el empleo de la fórmula «por reproducida». Por ello, se procedió sin la lectura del sumario, y porque los debates eran únicamente la fase final de un procedimiento, concluida la instrucción y la adopción de las conclusiones provisionales.

El Tribunal comprobó si existía relación causal entre la duración de la audiencia y la administración de las pruebas, como pretendían los reclamantes. Era evidente el nexo directo entre la brevedad de la audiencia y la presentación de las pruebas en el mismo. El Tribunal reconoció que la legislación nacional puede confiar cierta iniciativa a las partes en esta materia. No por eso eximió de responsabilidad al tribunal de primera instancia, que debía procurar, incluso de «oficio», todas las pruebas pertinentes para dilucidar la verdad (25).

En este procedimiento penal la administración de pruebas se hallaba relacionada claramente con el *derecho a la presunción de inocencia*.

Conforme a esta presunción de derecho, a la acusación le corresponde la

(24) *Ibid.*, párs. 26, 27 y 73.

(25) Véase el *voto particular disidente* de los jueces BINDSCHIEDLER - ROBERT, THÖRVILHJAMSSON, GOLCÜKLU, MATSCHER, WALSH, RUSSO, VALTICOS y TORRES BOURSAULT, en el que difieren de la valoración de la fórmula por reproducida, especialmente porque consideraron que los reclamantes podían haber impugnado en la vista las piezas de convicción, porque el libre acceso del público a la Sala demostraba la publicidad del procedimiento y, por último, porque los interesados habían deliberadamente renunciado a su lectura. Concluyendo la no infracción del art. 6.1.

carga de la prueba, aportando todas las piezas de convicción necesarias para fundamentar la declaración de culpabilidad. La duda ha de beneficiar al acusado. La acusación debe indicar con claridad los cargos que se imputan al acusado, para que éste prepare de forma coherente su defensa con la acusación. Los magistrados no pueden partir de la idea preconcebida de que el detenido ha cometido el acto que se le imputa (26).

A juicio del Gobierno español, este objetivo se contemplaba en otra fase del procedimiento (fase intermedia), en la que se facultaba a las partes para aportar sus conclusiones provisionales. El Tribunal examinó el contenido de las conclusiones y observó que el ministerio fiscal no se había limitado a la aportación de las pruebas, sino que había procedido incluso a la calificación de los hechos, sin clarificar con suficiente detalle en qué elementos precisos se fundaba. Esta actuación, a juicio del Tribunal, dificultó claramente la labor de la defensa.

En estas circunstancias, ¿se había observado el necesario equilibrio entre las partes conforme al principio de igualdad de medios?

#### EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE MEDIOS

El principio implica que las partes en una acción civil o en un procedimiento penal deben disponer de la posibilidad razonable de exponer su causa ante el Tribunal en condiciones tales que no se les sitúe en una posición de desventaja respecto de la parte contraria. La interpretación del Tribunal en el asunto BÖNISCH, en el que un experto disfrutó de un papel preponderante en el proceso, comparado con la posición con la que se había concedido a un testigo. Este último, de hecho, no pudo contrarrestar la influencia del experto desde el inicio del procedimiento. En base a un informe suyo se iniciaron las acciones penales contra el acusado, se le autorizó a interrogar a los testigos, al propio acusado e incluso se le permitió hacer comentarios sobre las declaraciones hechas. Era, pues, evidente la posición desfavorable del testigo confirmada por el Tribunal que invocó el principio de «equilibrio» contenido en el art. 6 y que prescribe el respeto debido a la igualdad de medios, entendiendo que el párrafo tercero

---

(26) Véase pár. 77 de esta sentencia y sentencia de 10 de febrero de 1983 en el asunto ALBERT y LE COMPTE, *Publ. Cour. Eur. des D. H., série A*, n. 58, pár. 34, pág. 19.

del art. 6 sólo supone un aspecto particular de la noción de un proceso equitativo (27).

El Tribunal concluye que el pár. 3 mencionado «obliga a los Estados contratantes a adoptar medidas positivas, que consisten principalmente en informar al acusado, en un plazo breve, de la naturaleza y del motivo de la acusación que se le formula, para garantizarle el derecho a la defensa, por sí solo o con la asistencia letrada, y a permitirle interrogar o que interroguen a los testigos de la defensa en igualdad de condiciones que los de cargo» (28).

El Tribunal afirmó, a su vez, que el referido hecho no sólo exige el equilibrio mencionado entre la acusación y la defensa, sino que precisa, además, que el interrogatorio de testigos revista carácter contradictorio. Esta interpretación se fundamenta en el propio tenor del párrafo tercero, que faculta al acusado, como se señaló recientemente en el asunto COLOZZA (29), a participar en la vista y le confiere el derecho a que su causa sea examinada en su presencia por un Tribunal. Los órganos de control exigen, además, que «los elementos de prueba sean aportados en principio en presencia del acusado en vista pública para proceder a su examen contradictorio».

En el presente asunto era, pues, preciso clarificar si las condiciones señaladas se habían observado tanto en el interrogatorio como en la aportación de las pruebas.

Es cierto que los acusados negaron en el interrogatorio ante el juez instructor y en la vista ante la Audiencia Nacional de 12 de enero de 1982 las declaraciones de participación en el asesinato depositadas ante la policía, así como las restantes pruebas «limitándose a negar su responsabilidad» (30).

Del interrogatorio de los testigos se observa que sólo un testigo de cargo se personó en la vista pública ante la Audiencia Nacional, y que no reconoció a los acusados frente a los diez testigos de descargo, que declararon acerca de los malos tratos y la inocencia de los interesados. Por ello, el Ministerio Fiscal pidió que se tuvieran en cuenta las declaraciones efectuadas ante la policía. No obstante, el Tribunal no se manifestó contrario al procedimiento en relación con el interrogatorio, ya que se celebró en vista

---

(27) Véase sentencia de 6 de mayo de 1985, *Publ. Cour. Eur. des D. H., série A*, n. 92, pár. 32, pág. 15.

(28) Pár. 78 de esta sentencia.

(29) Véase sentencia de 12 de febrero de 1985, *Publ. Cour. Eur. des D. H., série A*, n. 89, párs. 27 y 32, págs. 14 y 16, respectivamente, y pár. 78, cit.

(30) Véase al respecto el *voto particular*, cit. nota 24.

pública y con carácter contradictorio, siendo, en consecuencia, conforme al artículo, párrafos 1 y 3 (d) conjugados.

Por lo que respecta a la administración de pruebas, el Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse sobre la fórmula «por reproducida» y su incidencia en el procedimiento. Entendió que cualquier renuncia (el Gobierno argumentó la renuncia de las partes a la lectura del sumario) al ejercicio de un derecho garantizado por la Convención ha de ser ante todo inequívoca. En este caso, la fórmula «por reproducida» sustrajo al ministerio público una parte considerable de las pruebas. De la renuncia de la defensa a la lectura pública de elementos del sumario no puede deducirse conllevó el consentimiento para no rebatir las piezas de convicción, máxime en la medida en que la acusación se fundaba en tales elementos, y muy especialmente en las declaraciones de algunos de los testigos, como se puede demostrar por las alegaciones de la defensa en los procedimientos ante la Audiencia Nacional y el Tribunal Constitucional (31).

Seguidamente el Tribunal procedió a esclarecer si las pruebas se habían obtenido de conformidad con el artículo 6, y para ello examinó el carácter contradictorio del procedimiento penal.

Según señala el Preámbulo del Código Penal (reformado el 4 de diciembre de 1978), el carácter contradictorio es la piedra angular de la vista y del juicio, por ello se faculta al acusado —asistido de su letrado— a intervenir en los actos que le conciernan (32).

El juez de instrucción debe elaborar el sumario con el control directo del fiscal competente (art. 306), recabando de oficio las pruebas pertinentes y aportando las que estime oportunas entre las que hayan sido facilitadas por aquél (art. 315). Ahora bien, en el presente procedimiento no se respetó la participación debida de los acusados en la fase de instrucción: «Las lagunas observadas en esa fase del proceso no se compensaron con las suficientes garantías en el procedimiento de instrucción» (33).

Esta carencia se debía a que los acusados no pudieron tomar parte en el inicio de la instrucción, ya que sólo participaron después de su arresto (14 de octubre de 1980).

---

(31) Asunto *COLOZZA*, cit. nota 27, párr. 28, pág. 14, y párrs. 30; 32 y 82 de esta sentencia.

(32) Artículos 118 y 502 de la Ley número 53/1978 amplían dicho carácter contradictorio. Véase párr. 78 de esta sentencia.

(33) *Ibíd.*, párrs. 25 y 79 de esta sentencia.

Se había cumplido la condición de designar a su letrado (22 de diciembre de 1980), pero el juez instructor sólo levantó acta de la designación, del de Barberá, un mes antes de finalizar la instrucción, el 20 de enero de 1981. (Los otros dos acusados, Messegué y Jabardo, designaron a sus letrados con posterioridad al cierre de la instrucción el 21 de febrero de 1981.)

De este modo, resultaba evidente que se denegó a los interesados la participación en la fase de instrucción. La brevedad del tiempo transcurrido desde la designación de los letrados hasta la finalización de las instrucciones les impidió formular aportaciones a los efectos de prueba con el debido conocimiento de la causa. Dos consideraciones fueron determinantes, la primera se basaba en las dificultades prácticas, ya que los letrados se encontraban en Barcelona y el juez instructor en Madrid; y, la segunda se refería a la actuación de la comisión rogatoria, que fue la que procedió en el caso, ya que el juez instructor había enviado a Barcelona el 12 de enero de 1981 una comisión rogatoria para completar la investigación. En cuanto a las piezas de convicción, según la Comisión europea, el principal testigo indirecto (cuya declaración fue una de las piezas determinantes), debería haber sido interrogado en la vista para garantizar el carácter contradictorio. Si bien eximió al Gobierno de responsabilidad, por la incapacidad policial de localizarlo y arrestarlo con anterioridad a la vista. Su testimonio hubiera sido fundamental, como lo admitió el propio Tribunal Supremo (sentencia de 27 de diciembre de 1982) (34).

Por otra parte, el Tribunal comprobó que el juez central de instrucción no interrogó debidamente al interesado para confirmar la identificación de los acusados y contrastar sus declaraciones sucesivas. Había de deducirse que a los acusados no se les ofreció la oportunidad de cuestionar un testimonio que fue capital para su convicción, y cabía agregar que dicho testimonio fue obtenido sin su presencia, siendo posteriormente considerado «reproducido» en la vista.

Otra de las piezas importantes de convicción fueron las declaraciones de los acusados. Estas podían ser cuestionadas a la luz del art. 6, por el modo en que se prestaron. Primero, porque los acusados no contaron inicialmente con el oportuno asesoramiento legal; segundo, porque las efectuaron tras un largo período de privación de libertad y por su carácter secreto. Tercero, porque no figuraron siquiera como anexo a la denuncia policial y, en cambio se utilizaron posteriormente en la parte central del interrogatorio

---

(34) *Ibíd.*, pág. 31 de esta sentencia.

de los acusados, tanto por parte de los jueces de instrucción en Barcelona como por parte de la acusación particular en la vista oral del 12 de enero de 1982; pese a que la defensa alegaba que la policía las obtuvo mediante tortura. Cuarto, porque posteriormente en la fase de instrucción ante el juez instructor de Barcelona, sólo contaron con asesoramiento legal después de haber sido inculcados, pese a que no habían renunciado a su asistencia letrada. De hecho, Barberá fue asistido a partir del 20 de enero de 1981 y, por su parte, Messegué y Jabardo fueron asistidos una vez concluida la instrucción (el 21 de febrero). Quinto, porque las declaraciones sucesivas de los acusados eran manifiestamente contradictorias, y pese a ello el juez central de instrucción no procedió a interrogar personalmente a los interesados, que se encontraban en la misma localidad (35).

Es lógico que el Tribunal pudiera manifestar sus reservas respecto a dichas declaraciones.

Por otra parte, la defensa no pudo rebatir con la debida eficacia los restantes elementos de prueba (objetos y documentos descubiertos en posesión de los acusados), porque no fueron presentados durante las vistas, pese a la solicitud de la defensa y posterior protesta elevada a las distintas jurisdicciones (Audiencia Nacional, Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional) (36).

El Tribunal concluyó que el procedimiento, estimado en su conjunto, no cumplió las exigencias de un juicio equitativo y público, habiéndose infringido el art. 6.1 por el traslado tardío de los reclamantes de Barcelona a Madrid, por el cambio imprevisto de la composición de la Sala, por el inicio de los debates, por su brevedad y especialmente por la circunstancia en que las piezas de convicción importante no fueron todas presentadas y discutidas en la vista de forma adecuada, en presencia de los acusados y públicamente (37).

Por último, en relación con la reclamación relativa al pár. 2 del mismo artículo, se estimó denegada la presunción de inocencia. Los acusados argumentaron que la condena se había fundado en base a las declaraciones

---

(35) *Ibíd.*, párs. 21, 22, 39 y 84. Respecto de la comisión rogatoria y su actuación, véase párs. 11, 15, 20, 21 y 84 *in fine* de esta sentencia.

(36) *Ibíd.*, párs. 25, 30, 32 y 88 de esta sentencia.

(37) La decisión fue aprobada por 10 votos frente a 8, véanse los votos particulares de los jueces citados en la nota 24 y el *voto concordante* de los jueces LAGERGREN, PETTITI y MACDONALD.

efectuadas a la policía, y que la Audiencia Nacional había sido parcial. El Tribunal no estimó esta pretensión, pues comprobó que dicha instancia dispuso de otros elementos de prueba y no sólo de las declaraciones a la policía. Declaró en consecuencia: «La presunción de inocencia se desconoce si una decisión judicial refleja el sentimiento de que es culpable el acusado sin que previamente se haya establecido legalmente su culpabilidad. En este caso, no se deduce del sumario que la Audiencia Nacional o el Presidente hubiesen adoptado decisiones o actitudes que revelarán dicho sentimiento, en el procedimiento y particularmente en la vista». La interpretación del Tribunal parece lógica si se tiene en cuenta la propia actuación de los interesados en el procedimiento que no profundizaron en exceso en la cuestión de hostilidad del Presidente, limitándose a mencionarla sin probarla (38).

---

(38) Esta decisión fue adoptada por unanimidad, véase pár. 93, punto 6. La cuestión relativa a la aplicación del art. 50 no fue objeto de decisión en esta sentencia, si bien el Tribunal reservó esta cuestión, solicitando a los reclamantes que presentarían por escrito sus observaciones complementarias o bien que pusieran en conocimiento del Tribunal cualquier eventual acuerdo que pudiera mediar entre ellos y el gobierno español. Véanse párs. 92 y 93 de esta sentencia.

