

en hacer lo necesario para conseguir un fin determinado y a la administración, actividad directiva pero medial e instrumental, con una vertiente económica muy acusada. Todas ellas, utilizadas indistintamente como sinónimas en los Estatutos de Autonomía, son el contenido de potestades públicas, cuyo ejercicio se lleva a cabo habitualmente por actuaciones singulares en sí mismas, aun cuando puedan afectar a una pluralidad de personas, sin que importe tanto la vestidura formal como la sustancia de lo que se hace.

En ella ha de encuadrarse la declaración de que un concreto espacio natural merece la protección prevista constitucionalmente, que se regula en la Ley. Esa declaración consiste, ante todo, en comprobar las características concretas de un terreno determinado para calificarlo en su caso como una de las cuatro modalidades de los espacios naturales protegidos, mediante la subsunción de las circunstancias de hecho en la norma configuradora del concepto jurídico. Consiste, pues, en la aplicación de ésta, individualizándola y, por tanto, es un acto materialmente administrativo, acto de ejecución en suma. En tal sentido parece correcto el principio del cual parte la Ley, donde se dice al respecto que la declaración y gestión de los Parques, Reservas Naturales, Monumentos Naturales y Paisajes Protegidos corresponderá a las Comunidades Autónomas en cuyo ámbito territorial se encuentren (art. 21.1). Esa competencia es absoluta e inderogable por razón del objeto, el espacio natural, cualesquiera que fueren sus características. En consecuencia, no pueden ser despojadas de ella sus titulares, desplazándola al Estado, en virtud de la situación (zona marítimo-terrestre), de la supraterritorialidad (espacios que rebasen los bordes de una Comunidad) o del interés general, que no es monopolio de ninguna Administración pública (Parques Nacionales). La Sentencia restituye *in integrum* a sus legítimos propietarios esa competencia confiscada en los dos primeros casos, pero se detiene con timidez ante el último, sin atreverse a negársela al Estado, a quien tampoco se despoja totalmente de la gestión de tales Parques, aunque se le vede la exclusividad, exigiendo la coparticipación de las Comunidades Autónomas.

5. En definitiva, y para no hacer más largo el cuento, estoy conforme con la parte dispositiva de la Sentencia, aun cuando me sepa a poco y me resulte insuficiente, como lo estoy con los razonamientos que han conlucido a ella, por su coherencia con el punto de arranque y el rumbo elegidos.

Madrid, a veintiocho de junio de mil novecientos noventa y cinco.—Firmado.—Rafael de Mendizábal Allende.—Rubricado.

**18445** *Sala Segunda. Sentencia 103/1995, de 3 de julio de 1995. Recurso de amparo 2.268/1990. Contra Sentencia del Juzgado de lo Penal número 5 de Barcelona, en procedimiento abreviado por delito de robo con intimidación, confirmada en apelación por la de la Audiencia Provincial de Barcelona. Vulneración de los derechos a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva: denegación inmotivada de la suspensión del juicio oral sin la práctica de ninguna prueba de cargo contra el acusado.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don José Gabaldón López, Presidente; don Fernando García-Mon y González-Reguer, don Rafael

de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Carles Viver Pi-Sunyer y don Tomás S. Vives Antón, Magistrados, ha pronunciado

## EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 2.268/1990, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Raúl Martínez Ostenero, en nombre y representación de don Tomás Corbacho Pinel, asistido del Letrado don Ernesto Luis Fernández Díaz, contra las Sentencias de 16 de mayo y 17 de julio de 1990, dictadas, respectivamente, por el Juez de lo Penal número 5 y la Audiencia Provincial de Barcelona, ha comparecido el Fiscal y ha sido Ponente don Rafael de Mendizábal Allende, quien expresa el parecer de la Sala.

#### I. Antecedentes

1. Don Tomás Corbacho Pinel, mediante escrito recibido en este Tribunal el 28 de septiembre de 1990, solicita el nombramiento de Procurador y Letrado de oficio para interponer demanda de amparo contra las Sentencias de las cuales se hace mérito en el encabezamiento de ésta, demanda que se formuló el 4 de marzo de 1991. En ella se nos dice que en el Juzgado de lo Penal o de Instrucción número 5 de Barcelona se instruyó procedimiento abreviado número 46/1990 por un delito de robo con intimidación, donde se convocó ante el Instructor rueda de reconocimiento en la cual el perjudicado (víctima del robo), identificó al luego acusado como autor del hecho y se recibió declaración a este último, que negó su participación, practicándose también, como prueba anticipada y a petición de la defensa del procesado, prueba pericial médica sobre su salud mental y drogodependencia. A su vez, el Fiscal y la defensa solicitaron que declarara en el juicio oral como testigo el perjudicado, prueba testifical admitida por el Juez de lo Penal correspondiente. El 15 de mayo de 1990 se abrió dicho juicio, al que no compareció tal testigo, solicitando por ello la defensa en dicho acto la suspensión del acto, con nueva citación de aquél, a lo cual no accedió el Juez, negativa que suscitó la protesta formal de la parte, consignada en acta. El Fiscal renunció al testigo y dio por reproducida la prueba documental, con lectura de los folios 8 y 18 de las diligencias, donde aparecen recogidas las declaraciones del perjudicado en la fase de instrucción. El Juez dictó Sentencia el 16 de mayo, condenando al acusado como autor responsable de un delito de robo con intimidación a la pena de cuatro años, dos meses y un día de prisión menor, más las accesorias, así como al pago de las costas y a una indemnización de daños y perjuicios. Formulada apelación contra aquélla por el condenado, invocando la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó Sentencia el 17 de julio del mismo año, notificada el 5 de septiembre siguiente, desestimando íntegramente el recurso y confirmando la Sentencia impugnada.

El ahora demandante pide que este Tribunal le otorgue amparo, anulando la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial, súplica cuyo fundamento pone en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia que consagra el art. 24.2 C.E. vulneración que se ha producido por cuanto ambas Sentencias condenaron al acusado sin que se practicase la prueba testifical propuesta por su defensa y por el Fiscal, y admitida antes de la celebración del juicio. Sin ella el resto de la prueba es insuficiente para acreditar su culpabilidad, porque tan

sólo se cuenta con el informe médico forense, las declaraciones del propio encausado —que negó en todo momento su participación en el hecho enjuiciado— y la lectura de la declaración del perjudicado pero no practicada en el acto del juicio, pese a que la defensa solicitó la suspensión de la vista para poderla practicar en dicho acto.

2. La Sección Primera (Sala Primera) en providencia de 11 de abril de 1991 acordó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 88 de la LOTC y antes de decidir sobre la admisión a trámite del recurso, que se pidiera al Juez de lo Penal número 5 de Barcelona testimonio del acta del juicio oral correspondiente al procedimiento abreviado número 46/1990, concediéndole al efecto un plazo de diez días. Una vez cumplimentado el requerimiento, la Sección, en otra de 16 de septiembre, acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 de nuestra Ley Orgánica, ordenó al Juez de lo Penal número 5 de Barcelona el emplazamiento de quienes fueron parte en el proceso para que dentro de los diez días siguientes pudieran comparecer en este proceso constitucional. Hechos los emplazamientos, la Sección, en una tercera de 18 de octubre, acordó que se diera vista de las actuaciones al demandante y al Fiscal para que dentro del plazo de diez días pudieran formular las alegaciones que a su derecho convinieran.

3. El demandante lo hizo el 12 de noviembre y en ellas reitera la pretensión de su demanda inicial, insinuando en la vulneración del derecho fundamental, consagrado en el art. 24.2 C.E. a la presunción de inocencia, como consecuencia de la ausencia de prueba en la causa y, más concretamente, del testigo (víctima del robo) en el juicio oral, en cuya virtud reitera la súplica de que se dicte Sentencia en los términos recogidos en la demanda.

4. El Fiscal, a su vez, evacuó el trámite el 22 de noviembre. En su opinión, la demanda de amparo alega la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a tal respecto la doctrina consolidada de este Tribunal, desde su STC 32/1981, dice: «Únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar Sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance por contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes» (STC 161/1990). Por el contrario, las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 de la L.E.Crim.), que no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, resolviendo a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al Juzgador.

Ahora bien, el Tribunal ha manifestado que esta regla no puede ser entendida en un sentido tan rígido que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, pues, como excepciones a la expresada regla general este Tribunal reconoce, por una parte, los casos de prueba anticipada (que no son de interés en el presente supuesto) y, de otra, los supuestos en que las diligencias sumariales son reproducidas en el juicio oral en condiciones que permitan a la defensa del acusado some-

terías a contradicción. Así se ha señalado en diversas ocasiones (SSTC 80/1986, 150/1987, 82/1988, 217/1989). Lo que resulta determinante, pues, en ausencia de otros medios de prueba, es que se dé efectiva oportunidad a quien declare en el acto de la vista contradictoriamente con lo manifestado en la fase de investigación, para que explique las diferencias; esto es, que el Tribunal pueda valorar con inmediatez la rectificación producida, teniendo en cuenta los propios datos y razones aportados por los declarantes (STC 161/1990). En el mismo sentido se pronuncia la STC 59/1991, que termina diciendo: «En este caso, inejecutada la testifical, en el acto del juicio solamente se practicó, en relación con los hechos constitutivos del robo con intimidación, el interrogatorio de los procesados, quienes, conviene insistir en ello, negaron la autoría de tales hechos. Se pone de manifiesto así que, al considerarse la Audiencia suficientemente informada, los ahora recurrentes fueron condenados únicamente a partir de las declaraciones vertidas en el sumario por quienes, en el juicio oral, deberían haber sido los testigos de cargo, declaraciones que ni fueron sometidas a contradicción en la vista ni puede decirse que tuvieron, por preverse como de imposible reproducción en el juicio, carácter de prueba preconstituida. No hubo, pues, prueba de cargo de la autoría del robo con intimidación y, con esa carencia, la Audiencia no puede hacer responsables de ese delito a los recurrentes».

En el presente caso el atestado se inició por la denuncia de un único testigo presencial, la víctima del atraco que, en rueda de detenidos ante la policía y con presencia de Letrado, manifestó estar «casi seguro» de que quien había sido detenido quince días después del hecho denunciado era la persona que, junto con otro individuo, le arrebató diversas cosas, usando como medio intimidatorio una navaja. Este testigo, que ratificó después su denuncia y reconvocamiento ante el Juez, fue propuesto como única prueba de cargo para el juicio oral, tanto por el Fiscal como por la defensa, habida cuenta que el acusado negó en todo momento su participación. No existía ningún inconveniente conocido y, desde luego, ninguna razón insuperable para que el testigo dejara de comparecer al acto del juicio; tenía domicilio conocido y lo tenía en Barcelona, calle Aribau número 270. Es más, no consta en las actuaciones que el mencionado testigo fuera citado al acto del juicio. Aparece expedida sin firma la cédula de citación, pero no se constata que ésta se haya practicado.

El testigo no compareció y la defensa pidió la suspensión, pero el Juzgado ordenó la continuación del juicio. En tales circunstancias parece claro que la Sentencia dictada en instancia no pudo valerse de la mínima actividad probatoria de cargo indispensable para que el Juez pudiera condenar al acusado. El recurrente se refiere al derecho a utilizar las pruebas, pero, en todo caso, el derecho que aparece vulnerado es el de presunción de inocencia, y, además, por primera vez en la Sentencia dictada por el Juez. Sin embargo, lo dicho hasta aquí se repite en la segunda instancia, por cuanto, si bien en el recurso de apelación se volvió a solicitar la práctica de la prueba no verificada en la primera instancia por causa no imputable a la defensa, la Sentencia que dicta la Audiencia no alude a este extremo y confirma la condena con la ausencia de pruebas que padeció el Juez. Es por ello por lo que, aunque el recurso no lo diga expresamente, debe considerarse que la lesión del derecho fundamental se dio tanto en la primera como en la segunda instancia, y que a ambas Sentencias debe alcanzarse el amparo que se solicita.

En consecuencia, el Fiscal, invocando los arts. 80 y 86.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en relación con el 372 de la de Enjuiciamiento Civil,

pide que se dicte Sentencia otorgando el amparo por haberse producido lesión del derecho a la presunción de inocencia que prevé el art. 24.2 C.E., fundamento que fue de la apelación. Asimismo, y por otro sí dice que, habiéndose pedido la práctica de esa prueba en el recurso de apelación sin que la Sentencia de la Audiencia Provincial se pronunciara sobre tal extremo, sería conveniente hacer uso de los arts. 88 y 89 LOTC e interesar testimonio del rollo de apelación para comprobar si hubo o no pronunciamiento de la Audiencia sobre la petición de prueba, en el sentido previsto por el art. 795.7 de la L.E.Crim., dando luego vista de nuevo al Ministerio Público para ampliar o modificar, en su caso, las alegaciones.

5. La Sección, en providencia del 2 de diciembre tuvo por recibidos los escritos del demandante y del Fiscal, acordando requerir a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona para que, en el plazo de diez días, remitiera testimonio del rollo de apelación número 95/90 y en otra del 20 de enero de 1992, una vez recibidos dichas actuaciones, concedió un plazo común de diez días al demandante y al Fiscal para que pudieran formular nuevas alegaciones o ampliar las ya hechas, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 de la Ley Orgánica de este Tribunal, con vista de las actuaciones.

6. El Fiscal, el 3 de febrero de 1992, presentó su escrito evacuando tal trámite, donde señala que a la vista de las actuaciones, resulta que, efectivamente, en el recurso de apelación interpuesto por el condenado el 31 de mayo de 1990 contra la Sentencia dictada el 16 por el Juez de lo Penal número 5 de los de Barcelona, se pidió en la tercera alegación que declarara como testigo la víctima del atraco, invocando el derecho a la presunción de inocencia y advirtiendo que esta prueba no se había practicado en el juicio oral, a pesar de haberlo solicitado oportunamente y ser esencial. La Sentencia de apelación no contesta en absoluto al anterior alegato, pero confirma la de instancia. Ya en el escrito de alegaciones se dijo que la Sentencia de apelación, al confirmar la condenatoria de instancia con base en la misma ausencia de prueba que esta última, incurrió también en vulneración del derecho a la presunción de inocencia y, en principio, esta aseveración se confirma ahora. Sin embargo, la falta de contestación por la Sala de apelación a la petición de prueba formulada por la parte recurrente, que con las actuaciones recibidas se acredita en el momento actual, constituye también y de forma previa una violación del derecho a la tutela judicial efectiva, producida precisamente al incumplir la Sala de apelación lo previsto en el art. 795.7 de la L.E.Crim., con la correspondiente indefensión del recurrente, lo que exigiría, en estrictos términos constitucionales, otorgar el amparo para que, anuladas las actuaciones y repuestas al tiempo de recibirse el escrito de apelación ante la Audiencia, ésta resolviera sobre la propuesta. Tal reflexión es previa e indispensable para poder decidir sobre si se conculcó o no el derecho a la presunción de inocencia y, en consecuencia, estima que procede el otorgamiento del amparo por lesión del derecho a la tutela judicial, ya que si ahora se entrara directamente a resolver sobre la presunción de inocencia, podría anticiparse a la respuesta sobre producción de prueba que corresponde hacer al Tribunal de apelación, salvo que el Constitucional estime que la falta de respuesta de la Audiencia fue tácitamente la denegación de la prueba propuesta. En tal caso, el otorgamiento del amparo se basaría en la violación del derecho a la presunción de inocencia.

7. El demandante por su parte, formuló sus nuevas alegaciones el 5 de febrero, reiterando cuanto habían manifestado anteriormente tanto el Consejo General de

la Abogacía en su informe como el Ministerio Fiscal, y suplica que se dicte Sentencia conforme con lo ya solicitado.

8. Por providencia de fecha 29 de junio de 1995, se acordó señalar para la votación y deliberación de esta Sentencia, el día 3 de julio de igual año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. Una de las facetas del elemento objetivo de este proceso, la pretensión, se dirige tan sólo contra la última de las dos Sentencias en tela de juicio, manejando en solitario un fundamento jurídico idéntico, la presunción de inocencia, pero con dos presupuestos de hecho que, si bien coinciden en su meollo, el no haberse practicado una prueba testifical a pesar de haber sido admitida, difieren por las circunstancias de su producción. A su vez, el Fiscal ha introducido en este debate, hasta ahora monotemático, una nueva cuestión a guisa de soporte del amparo, consistente en una tacha formal a la Sentencia por no haber dado respuesta razonada a la petición del recibimiento a prueba en la segunda instancia. Visto así, aun cuando en apariencia y desde una perspectiva formal, el objeto de este amparo —según la escueta demanda— sea la Sentencia que dictó la Audiencia Provincial de Barcelona, protagonista del actual proceso y destinataria de la pretensión, es claro que su ámbito cubre por extensión un espacio mayor y alcanza, si fuere necesario y hasta donde lo fuere, a la Sentencia anterior del Juez penal, con el mismo contenido y a la cual se le imputa una común dolencia, según se ha dicho más arriba, cuya suerte ha de seguir la de aquella que la ratificó en alzada.

En efecto, la apelación consiste en un recurso ordinario, sin motivos de impugnación tasados o tipificados, que da lugar a un nuevo juicio (STC 102/1994), con posibilidad de revisar tanto sus componentes de hecho como los jurídicos. En la segunda instancia cabe completar los elementos de juicio mediante la admisión, en su caso, de las pruebas propuestas y rechazadas en la primera, así como practicar aquellas que, habiendo sido admitidas, no se llevaron a efecto y, por supuesto, resulta no sólo posible sino inexcusable, la valoración del acervo probatorio con la misma libertad de criterio que en el grado precedente. Desde una perspectiva convergente, a los hechos así determinados han de serles aplicadas las normas jurídicas pertinentes, según lo alegado y probado, pero también con el auxilio del principio *iura novit curia*. La selección y la interpretación de la norma ha de hacerse como si fuera la primera vez, *ex novo*. Por la propia lógica del sistema, la segunda decisión ha de prevalecer sobre la anterior, que desaparece por absorción, si se ratifica o por anulación si se revoca (SSTC 120 y 259/1994; ATC 45/1995). El movimiento contrario puede provocar la volatilización conjunta de ambas si adolecieren del mismo mal. Dicho lo cual, ha de entrarse al enjuiciamiento, comenzando por lo más superficial, lo formal, para pasar a lo intrínseco y profundo, como es uso en el razonamiento jurídico.

2. Se nos dice por el Fiscal que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona ha menoscabado el derecho a la tutela judicial efectiva del acusado y apelante ante ella, dejándole indefenso (art. 24.1 C.E.), por no haber dado respuesta a la petición de recibimiento a prueba para practicar la testifical que no lo había sido en el juicio oral. Ello nos retrotrae al principio, que no es otro sino el acceso a la justicia como elemento esencial del contenido de la tutela judicial, consistente en provocar una actividad jurisdiccional que desemboque en la decisión del Juez y esta posibilidad de dirigirse a uno de ellos en busca de protección para hacer valer

el derecho de cada quien, tiene naturaleza constitucional por nacer directamente de la Ley suprema. En definitiva, ha de manifestarse en una respuesta, cualquiera que sea su forma, una de cuyas cualidades ha de ser la necesidad de que todas las resoluciones, salvo las providencias, en todos los grados jurisdiccionales y cualquiera que fuere su contenido sustantivo o procesal, y su sentido, favorable o desfavorable, exterioricen el proceso mental conducente a su parte dispositiva. La estructura de la Sentencia contiene, desde siempre, una parte dedicada a justificar jurídicamente la decisión en que termina la Sentencia, parte dispositiva o fallo que lleva dentro el *imperium* o la *potestas*. La argumentación que precede al solemne pronunciamiento judicial dota a la Sentencia de la *auctoritas* y le proporciona la fuerza de la razón. Ahora bien, la motivación de las Sentencias como exigencia constitucional (art. 120.3 C.E.) que se integra sin violencia conceptual alguna en el derecho a una efectiva tutela judicial, ofrece una doble función. Por una parte, da a conocer las reflexiones que conducen al fallo, como factor de racionalidad en el ejercicio del poder y a la vez facilita su control mediante los recursos que procedan (uno de ellos, éste de amparo). Actúa, en suma, para favorecer un más completo derecho de la defensa en juicio y como un elemento preventivo de la arbitrariedad (ATC 77/1993).

La motivación no consiste ni puede consistir en una mera declaración de conocimiento y menos aún en una manifestación de voluntad que sería una proposición apodictica, sino que éstas —en su caso— han de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o inmediato pero no único, y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, por qué no, puedan conocer el fundamento, la *ratio decidendi* de las resoluciones. Se convierte así en «una garantía esencial del justiciable mediante la cual, sin perjuicio de la libertad del Juez en la interpretación de las normas, se puede comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad» (STC 109/1992, así como la 159/1989, entre otras). Ahora bien, la obligación de motivar, o lo que es lo mismo, lisa y llanamente, de explicar la decisión judicial, no conlleva una simétrica exigencia de extensión, elegancia retórica, rigor lógico o apoyos académicos, que están en función del autor y de las cuestiones controvertidas. La Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 359) pide al respecto nada menos, pero nada más, que claridad y precisión (STC 159/1992). No existe norma alguna en nuestras leyes de enjuiciamiento que imponga a priori una determinada extensión o en cierto modo de razonar. La motivación ha de ser suficiente y este concepto jurídico indeterminado nos lleva de la mano a cada caso concreto, en función de la importancia intrínseca y de las cuestiones que plantee.

Dilucidado esto, conviene abordar inmediatamente después el reproche que se hace a la Sentencia de la Audiencia Provincial, por tener en principio, un carácter fijo, aun cuando contenga también resonancias sustantivas. Se trata de la congruencia como elemento interno de la decisión judicial (art. 359 L.E.C.) y, en este caso, de una de las modalidades de su carencia total o parcial, la incongruencia *ex silentio*, por otro nombre omisiva. A juicio de este Tribunal Constitucional, sólo se menoscaba la plenitud de la tutela judicial cuando el órgano judicial deja sin testar las pretensiones de las partes, sometidas a su conocimiento, siempre que el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como una desestimación tácita (STC 368/1993) aunque en este caso para no incurrir en falta de motivación, ésta deberá inducirse del conjunto de la argumentación. Ahora bien, para que tal tacha sea atendible

en esta sede, debe comprobarse si concurren dos datos esenciales: uno, el efectivo planteamiento del problema y otro la ausencia de respuesta razonada por parte del juzgador (SSTC 5/1990 y 87/1994).

Es inconcuso que se da el primero de tales elementos, cuya existencia nadie discute. Efectivamente, el condenado por el Penal de lo Penal a estar en el escrito donde se formalizaba el recurso de apelación que, habiendo pedido la comparecencia y deposición de la víctima del atraco, sin que se presentara y continuado el juicio oral no obstante su oposición y protesta, consideraba necesaria la práctica de esta prueba testifical y así lo proponía. Aun cuando la Sentencia que puso fin a la segunda instancia guardara silencio acerca de esta cuestión, dando así pábulo a la tacha de haber pecado de incongruencia defectiva, la realidad es otra, ya que la Sala correspondiente de la Audiencia Provincial respondió a la petición, denegándola en el Auto de 17 de julio de 1990 y zanjando así el problema antes de la vista, a su manera, pero en momento procesal oportuno. La Sección Quinta dijo literalmente: «... si bien es cierto que la parte recurrente solicitó dicha prueba en la primera instancia y no se pudo practicar por causas ajenas a su voluntad, tal como la incomparecencia del testigo, lo que determinó que la parte solicitase la suspensión del juicio y protestase al no serle concedida la petición, no hizo constar las preguntas que le habría formulado caso de haber comparecido, lo que determina la imposibilidad de comprobar la relevancia de dicha prueba en la valoración de los hechos...» «... A mayor abundamiento, basta una lectura de los motivos expuestos solicitada no contribuiría a esclarecer la posible concurrencia de alguna de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal argumentada».

Lo transcrito más arriba refleja sin mayor argumentación que hubo respuesta judicial suficientemente razonada, se comparta o no el discurso, en el lugar, tiempo y forma idóneos, haciendo innecesaria su mención en la Sentencia, aunque no hubiera estado de más hacerlo. No hay, pues, incongruencia por razón de ese silencio. No nos corresponde aquí y ahora terciar en la disputa sobre la bondad del Auto analizado, cuyos efectos no inciden en el derecho a la tutela judicial, que la hubo, sino eventualmente en la presunción de inocencia, como factor para desvirtuarla, tema cuyo enjuiciamiento se hará inmediatamente después. En el plano de la legalidad, no traspasado en principio por lo dicho, la Constitución da la última palabra a los Jueces y Tribunales, con independencia de criterio para juzgar, cuya función privativa conlleva con otras operaciones de lógica jurídica, según hemos dicho en muchas ocasiones, alguna tan reciente como expresiva (STC 37/1995), la valoración del acervo probatorio, que presenta dos dimensiones. Primera, la calificación de la validez o licitud de cada prueba practicada, una a una, y en segundo lugar, la ponderación de la eficacia, capacidad persuasiva o fuerza convincente del conjunto, en conciencia pero según las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de su revisión en la vía de amparo si a ello hubiere lugar por estar comprometido un derecho fundamental especialmente protegido, remedio constitucional que, por otra parte, tiene un talante subsidiario.

3. Despejado el camino, queda por analizar el único vicio imputado por el demandante a las dos Sentencias, el quebrantamiento sin base de la presunción de inocencia que, como a todos, le atañe y que guarda relación con la culpabilidad, elemento subjetivo del delito, cuya presencia es inexcusable para la condena. No existe responsabilidad sin culpa o responsabilidad objetiva en el ámbito del *ius puniendi* y de la potestad sancionadora, y ello conlleva la necesidad de determinar la autoría de

la acción o de la omisión sancionable. Ahora bien, un principio complementario, configurado constitucionalmente como garantía, en lo sustantivo y en lo procesal, proclama la presunción de que toda persona acusada de una infracción es inocente mientras no se demuestre lo contrario. Aun cuando no sea una creación *ex nihilo*, ya que inspiraba la entera estructura de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal desde 1881, ha recibido un vigor inusitado por obra y gracia de su inclusión en el art. 24 de la Constitución, cuya interpretación—según indica el art. 10 del mismo texto— ha de hacerse a la luz de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de los demás tratados internacionales sobre la materia ratificados por España, como lo fue en 1979 el de Roma (1950), sin olvidar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York (1966). Su lectura pone de manifiesto que el principio más arriba enunciado sintéticamente ofrece mayor complejidad, si se observa que la presunción de inocencia sólo se destruye cuando un Tribunal independiente, imparcial y establecido por la Ley declara la culpabilidad de una persona tras un proceso celebrado con todas las garantías (art. 6.1 y 2 del Convenio de 1950), al cual se aporte una suficiente prueba de cargo.

El contraste de tal principio constitucional y los elementos probatorios manejados en el juicio oral y en la vista de la apelación, es en definitiva la tarea que nos ha de ocupar en este momento. Y entre las múltiples facetas de ese concepto poliédrico en que consiste la presunción de inocencia hay una, procesal, que consiste en desplazar el *onus probandi* con otros efectos añadidos. En tal sentido hemos dicho ya que la presunción de inocencia comporta en el orden penal *stricto sensu* al menos cuatro exigencias: 1.<sup>a</sup>) la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una *probatio diabolica* de los hechos negativos; 2.<sup>a</sup>) sólo puede entenderse como prueba la practicada en el juicio oral con la intermediación del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de contradicción y publicidad; 3.<sup>a</sup>) de dicha regla general sólo pueden exceptuarse los supuestos de prueba preconstituida y anticipada cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea imposible y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa o la posibilidad de contradicción; 4.<sup>a</sup>) la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración. Son palabras de nuestra STC 76/1990, que recoge la 138/1992.

4. Pues bien, a la luz de esta doctrina constitucional hemos de analizar el acervo probatorio utilizado en el juicio que ahora nos ocupa a fin de comprobar si se dan las dos características exigidas al respecto jurisprudencialmente. Una consiste en que las pruebas utilizadas sean de cargo y tengan un sentido inequívoco en apoyo de la acusación. Dentro de tal concepto, hemos dicho en alguna ocasión (STC 25/1988), se incluye la actividad probatoria que, en relación con un delito concreto en su entera dimensión objetiva y subjetiva, ponga de manifiesto necesariamente la culpabilidad del acusado, con plena convicción. Aquí entra de nuevo en juego la libre valoración de aquel conjunto de elementos por el juzgador y el principio *in dubio pro reo* que le impone la absolución si no llegara al convencimiento más allá de toda duda, principio que precisamente por quedar en el ámbito judicial carece de relevancia constitucional y no puede ser confundido con la presunción de inocencia, aun cuando con ella guarde una cierta relación como criterio auxiliar.

La segunda de las características más arriba indicadas ofrece un doble aspecto cuantitativo y cualitativo y puede

sintetizarse en la necesidad de que se haya producido una mínima actividad probatoria, pero suficiente y además, como se vio, de signo incriminatorio. En tal aspecto conviene traer a colación los distintos medios de prueba manejados en el acto de la vista pública, con su incidencia en la decisión judicial. Así, en primer lugar el inculpaado compareció y fue sometido a interrogatorio cruzado, por lo que a través de esta su declaración pudo explicar cuanto le conviniera con su versión personal, y negar, como así lo hizo, cualquier participación en el atraco del cual era acusado.

En este punto es forzoso un alto en el camino con el fin de poner en mutua y directa relación lo acaecido en el juicio y nuestra doctrina. Este Tribunal Constitucional ha explicado, desde su STC 31/1981, que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas las practicadas en el juicio oral, con posibilidad de debate contradictorio y en presencia del juzgador, para conseguir así, en su caso, la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados mediante el contacto directo con los elementos utilizados. La instrucción previa, reciba el nombre de diligencias, procedimiento abreviado o cualquier otro, tiene una naturaleza análoga, si no idéntica a la del sumario y, como éste, su finalidad consiste en la averiguación del delito y la identificación del delincuente, siendo su función procesal la preparación del juicio oral (art. 299 L.E.Crim.). Ahora bien, lo dicho no significa que las actuaciones sumariales (en sentido amplio) e incluso las policiales carezcan de eficacia probatoria. No cabe negarles tal para desvirtuar la presunción de inocencia si fueron obtenidas con las garantías que la Ley y la Constitución exigen y son reproducidas en el acto de la vista con posibilidad de contradicción por la defensa del acusado (SSTC 6/1988, 82/1988 y 137/1988).

En la línea discursiva expuesta resulta que la víctima del atraco, cuya citación como testigo en tiempo y forma no consta fehacientemente en autos, no acudió al juicio oral, sin que se haya sabido la causa, en ningún caso imputable al acusado y, por tanto, indiferente al respecto. Nadie ha negado que hubiera prestado declaración dos veces con anterioridad, una en las dependencias policiales, donde dijo haber reconocido al acusado «casi» con seguridad como autor del atraco entre quienes componían la rueda formada para el caso y la segunda ante el Juez de Instrucción, ratificando aquella. Es cierto, también, que el Fiscal renunció a esta prueba, pero no menos lo es que la defensa no lo hizo, pidiendo la suspensión del juicio para nueva citación, que le fue negada y, por ello, formuló la correspondiente protesta. Para decirlo con mayor claridad, esta prueba testifical había sido admitida por pertinente, admisión y pertinencia subsistentes en su integridad, no obstante la renuncia del Ministerio Público, cuando se abrió la vista de la apelación. Sobraba, pues, una nueva resolución sobre su pertinencia y, paralelamente, resultaba obligada su práctica.

Desde una perspectiva convergente, no ya formal sino en atención a su importancia intrínseca, conviene traer a primer plano que se trata de del único testigo de cargo, esencial como soporte de la acusación por ser también la víctima, única persona también capaz de dar razón del hecho y de quien lo había cometido. Ni sobre aquél ni sobre su autoría tenía nada que añadir el perito, cuyo dictamen podía, en su caso, resultar útil para perfilar la personalidad del acusado, con independencia de que fuera el autor y para matizar la responsabilidad criminal, en su caso, poniendo de manifiesto la concurrencia, o no, de alguna de las circunstancias modificativas que recoge, como atenuantes, el Código Penal.

El reconocimiento en rueda en el curso del atestado policial y su ratificación en la fase de la instrucción judicial no encajan por sí mismas como prueba preconstituida o anticipada, salvo que fuera imposible material-

mente la comparecencia del testigo en el juicio oral, donde no sólo puede ratificar o rectificar lo dicho antes sino, en el primer caso, dar la razón de ciencia de su testimonio, mediante el interrogatorio cruzado de acusación y defensa, haciéndolo más o menos consistente y persuasivo, con la posibilidad de la prueba complementaria del careo. Como advierte el Fiscal, «no existía ningún inconveniente conocido y, desde luego, ninguna razón insuperable para que el testigo dejara de comparecer». En consecuencia no resulta viable la transformación de lo que es testifical en documental, sin posibilidad de contradicción real o efectiva, sustrayendo, por otra parte, a la Sala sentenciadora la inmediatez de su práctica y, con ello, la posibilidad de ejercer con plenitud la crítica del testimonio para su valoración en el acervo probatorio. No haciéndolo así, el Juez y la Audiencia Provincial, privaron de su único soporte a la acusación, dado que el imputado la negó totalmente y quebraron la presunción de inocencia sin elementos de juicio consistentes, violando así una de las garantías más importantes de cuantas componen el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sin tacha de indefensión (art. 24 C.E.). Es función de este Tribunal Constitucional salvaguardar la integridad de éste y aquélla, cuidando de su *restitutio in integrum* cuando no se respeten, como ha sucedido en este caso, que guarda gran semejanza con el contemplado en nuestra STC 59/1991. En consecuencia, ha de darse amparo a quien lo pide y hasta donde lo pide.

#### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

#### Ha decidido

1.º Reconocer el derecho a la presunción de inocencia del demandante.

2.º Anular las Sentencias dictadas el 16 de mayo y el 17 de julio de 1990 por el Juez de lo Penal número 5 y la Audiencia Provincial (Sección Quinta) de Barcelona, respectivamente.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a tres de julio de mil novecientos noventa y cinco.—José Gabaldón López.—Fernando García-Mon y González-Regueral.—Rafael de Mendizábal Allende.—Julio Diego González Campos.—Carles Viver Pi-Sunyer.—Tomás S. Vives Antón.—Firmados y rubricados.

**18446** Sala Segunda. Sentencia 104/1995, de 3 de julio de 1995. Recurso de amparo 71/1992. Contra desestimación presunta, por silencio administrativo, de la petición formulada al Ayuntamiento de Gijón sobre levantamiento de la suspensión preventiva de funciones del recurrente. Vulneración del derecho a permanecer en los cargos públicos: prolongación indebida de la medida cautelar de suspensión de funciones.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don José Gabaldón López, Presidente; don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Cam-

pos, don Carles Viver Pi-Sunyer y don Tomás S. Vives Antón; Magistrados, ha pronunciado

#### EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 71/92, interpuesto por don José Rodríguez Sáenz, a quien representa el Procurador de los Tribunales don Nicolás Álvarez del Real y con la asistencia de la Letrada doña Natalia Rodríguez Arias, contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la petición que formuló al Ayuntamiento de Gijón el 10 de junio de 1991 sobre levantamiento de la suspensión preventiva de funciones. Han intervenido el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado y el Ayuntamiento de Gijón, representado por el Procurador de los Tribunales don Luis Suárez Migoyo con la asistencia del Abogado don Raúl Bocanegra Sierra, habiendo sido Ponente el Magistrado don Rafael de Mendizábal Allende, quien expresa el parecer de la Sala.

#### I. Antecedentes

1. Don José Rodríguez Sáenz, por escrito registrado el 13 de enero de 1992, interpuso el recurso de amparo del cual se hace mérito en el encabezamiento, donde relata que siendo funcionario del Ayuntamiento de Gijón fue procesado en el sumario núm. 8/85 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de dicha ciudad y su partido, por lo cual el Alcalde, el 31 de octubre de 1989, le suspendió cautelarmente en sus funciones mientras durase el procesamiento, resolución que fue recurrida en reposición y, una vez desestimada ésta, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, que dictó Sentencia desestimatoria el 27 de diciembre de 1990, contra la cual se formuló apelación ante la Sección Novena de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, actualmente pendiente de señalamiento para deliberación y fallo.

La causa penal donde el demandante de amparo fue procesado y cuyo procesamiento determinó su suspensión cautelar de funciones, fue resuelta por Sentencia que la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo dictó el 13 de mayo de 1991, condenándole, junto a otras personas, como autor de un delito de prostitución, a las penas de ocho meses de prisión menor, sesenta mil pesetas de multa, con treinta días de arresto sustitutorio en caso de impago, y seis años y un día de inhabilitación especial para realizar cualquier acto de gestión o administración relacionada con bares y establecimientos hoteleros. Esta Sentencia fue recurrida en casación única y exclusivamente por tres de los condenados, entre ellos quien hoy pide amparo constitucional.

Notificada la Sentencia de la Audiencia Provincial, don José Rodríguez Sáenz solicitó del Ayuntamiento de Gijón el levantamiento de la medida cautelar de suspensión provisional, petición a la que la Corporación municipal dio la llamada por respuesta. Acto seguido, aquél interpuso por la vía especial y sumaria prevista en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, recurso contencioso-administrativo, denunciando la infracción de los arts. 23.2 y 24.1 y 2 de la Constitución. El recurso fue desestimado por Sentencia que dictó el 17 de diciembre de 1991 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del ya citado Tribunal Superior de Justicia, impugnada aquí y ahora.

En la demanda de amparo se dice, con base en la STC 32/1985, que el acto administrativo cuestionado