

627 Sala Primera. Sentencia 217/1989, de 21 de diciembre. Recurso de amparo 1.036/1987. Contra Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona confirmatoria de otra anterior del Juzgado de Instrucción número 2 de Santa Coloma de Farnés dictada en procedimiento oral. Supuesta vulneración del derecho a la presunción de inocencia: valor de la prueba testifical de referencia.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Tomás y Valiente, Presidente, y don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Jesús Leguina Villa, don Luis López Guerra y don Vicente Gimeno Sendra, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1.036/87, promovido por don Antonio Flores Losada y don Luis Cortés Cortés, representados por el Procurador de los Tribunales don Enrique Sorribes Torra y asistidos por el Letrado don Antonio Montesinos Villegas, contra Sentencia de 2 de julio de 1987 de la Audiencia Provincial de Gerona, confirmatoria de la dictada el 12 de noviembre de 1985 por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Santa Coloma de Farnés en el procedimiento oral núm. 91/85. En el proceso de amparo han comparecido el Ministerio Fiscal y ha sido Ponente el Magistrado don Vicente Gimeno Sendra, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Por escrito presentado en el Juzgado de Guardia el 23 de julio de 1987, registrado en este Tribunal el siguiente día, el Procurador de los Tribunales don Enrique Sorribes Torra interpone, en nombre y representación de don Antonio Flores Losada y don Luis Cortés Cortés, recurso de amparo contra Sentencia de 2 de julio de 1987 de la Audiencia Provincial de Gerona, que desestimó el recurso de apelación por ellos interpuesto y confirmó la Sentencia dictada el 12 de noviembre de 1985 por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Santa Coloma de Farnés en el procedimiento oral núm. 91/85.

2. Los hechos a los que se contrae la demanda son, en síntesis, los siguientes:

a) La Sentencia del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Santa Coloma de Farnés de 12 de noviembre de 1985, dictada en el proceso oral núm. 91/85, condenó a los recurrentes en amparo, como autores de un delito de robo con intimidación del art. 501.5.º del C.P., con la concurrencia de la circunstancia agravante de nocturnidad, a la pena de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor, accesorias, a que indemnizasen a Jean Pierre Bloemendal en la cantidad de 625 pesetas y al pago de las costas.

La citada Sentencia contiene el siguiente resultando de hechos probados:

«1. Probado y así se declara que el pasado día 28 de junio de 1985, Luis Cortés Cortés y Antonio Flores Losada, mayores de edad y sin antecedentes penales apreciables, se trasladaron sobre las dos de la madrugada a Lloret de Mar, donde después de dar varias vueltas por la localidad, se acercaron al paseo marítimo, junto a la playa, donde bebieron una botella de whisky que portaban, y, tras ello, sobre las seis de la mañana, se dirigieron a la playa, aprovechando la noche, donde encontraron a Jean Pierre Bloemendal y a Marcel Schuthol, de nacionalidad holandesa, que se encontraban durmiendo, y, después de despertarlos, Antonio Flores Losada golpeó al primero con la citada botella vacía en la cabeza rompiéndola, y exigiéndole *money*, amenazándole con clavarle los vidrios que le quedaron en la mano, apropiándose de 625 pesetas, mientras Luis Cortés Cortés, exigía lo mismo mientras buscaba dinero entre las bolsas y equipajes de ambos súbditos holandeses. Tras ello, se marcharon ambos en el vehículo matrícula B-0615-FJ. Posteriormente, la Policía Municipal, a quien avisó Jean Pierre Bloemendal, y en su compañía, procedió, en un semáforo, a la detención de ambos, no recuperándose el dinero sustraído.»

b) La expresada Sentencia fue apelada ante la Audiencia Provincial de Gerona, invocando la vulneración del derecho a la presunción de inocencia reconocida en el art. 24 C.E., y apoyando el recurso en el hecho de no haberse acreditado en forma alguna en el procedimiento que los apelantes fueran autores del delito por el que habían sido condenados.

c) La Audiencia Provincial de Gerona, en su Sentencia 124/87, de 2 de julio de 1987, desestimó el recurso de apelación interpuesto y confirmó íntegramente la Sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción, al considerar que la autoría de los condenados «resulta inequívoca de sus propias declaraciones y del conjunto probatorio apreciado en conciencia y correctamente por el Juez *a quo*».

3. La representación de los recurrentes considera que las Sentencias impugnadas vulneran el derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 de la Constitución, alegando que del examen de los autos no se refleja prueba alguna de la comisión del delito por el que se condena a los recurrentes, pues, en primer lugar, ninguno de ellos ha admitido en momento alguno haber cometido los hechos que las Sentencias impugnadas declaran probados y no hubo testigo que presenciara los mismos. Y, en segundo lugar, la identificación que las supuestas víctimas del delito hicieron de los recurrentes como autores de los hechos denunciados carecen del todo de credibilidad y valor probatorio alguno, pues, de un lado, las manifestaciones de los denunciados constan únicamente en el atestado de la Policía, sin que los mismos comparecieran al juicio oral, y, de otro, está reñida la fácil identificación que se hace con la expresión de «sin género de dudas», con la oscuridad de la noche en que se dice tienen lugar los hechos, máxime cuando los recurrentes fueron detenidos en el interior de un vehículo y no se les encontró las 625 pesetas que, según la Sentencia, se habían apropiado.

Por lo expuesto, solicita de este Tribunal que anule las Sentencias impugnadas y reconozca el derecho a los recurrentes a que «el Juzgado de Instrucción dicte nueva Sentencia en la que se observen las exigencias derivadas de los arts. 24.1 -derecho a la tutela judicial efectiva- y art. 24.2 -derecho a la presunción de inocencia- de la Constitución». Por «otrosí» pide, al amparo del art. 56 de la LOTC, la suspensión de la ejecución de la Sentencia porque ocasionaría un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad.

4. Por providencia de 19 de agosto de 1987, la Sección de Vacaciones de la Sala Segunda -en la actualidad Sala Primera- acuerda tener por interpuesto el recurso de amparo y a tenor de lo dispuesto en el art. 50 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional conceder un plazo común de diez días al Ministerio Fiscal y solicitantes del amparo, para que dentro de dicho término, aleguen lo que estimen pertinente en relación con la posible existencia del siguiente motivo de inadmisión: carecer la demanda manifestadamente de contenido que justifique una decisión por parte de este Tribunal Constitucional, conforme previene el art. 50.2 b) de la mencionada Ley Orgánica.

5. Después de evacuado el trámite por el Ministerio Fiscal y la representación actora, en sendos escritos presentados el 9 de septiembre de 1987, la Sección, por providencia de 13 de octubre de 1987, acuerda tener por presentados los precedentes escritos y, previo a decidir sobre la admisión o inadmisión del recurso, requerir a la Audiencia Provincial de Gerona y al Juzgado de Instrucción núm. 2 de Santa Coloma de Farnés, para que de conformidad en lo prevenido en el art. 88 de la LOTC, remitan testimonio del rollo de apelación núm. 21/87 y de las diligencias dolosas núm. 91/85. Recibidas las actuaciones solicitadas, la Sección, en providencia de 9 de diciembre de 1987, acuerda admitir a trámite la demanda de amparo, interesando al propio tiempo a los citados órganos judiciales para que emplacen a quienes fueron parte en los mencionados procedimientos para que puedan comparecer en este proceso constitucional. Asimismo, conforme a lo solicitado, acuerda la formación de la correspondiente pieza separada para la sustanciación del incidente de suspensión de la ejecución del acto recurrido.

6. Por providencia de 15 de febrero de 1988, la Sección acuerda tener por recibida la comunicación del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Santa Coloma de Farnés, en la que participa no haber partes personadas distintas de las recurrentes en amparo, así como, en virtud de lo dispuesto en el art. 52.1 de la LOTC, dar vista de las presentes actuaciones y de las remitidas por los órganos judiciales al Ministerio Fiscal y recurrentes en amparo, a fin de que, dentro del plazo de veinte días, formule las alegaciones que estimen pertinentes.

7. En su escrito de alegaciones, presentado el 14 de marzo de 1988, el Ministerio Fiscal después de exponer los hechos y la cuestión planteada en el presente recurso, señala que para determinar si ha existido o no conculcación del derecho a la presunción de inocencia debe tenerse en cuenta, aunque nada se mencione en la demanda sobre ello, que según consta en las actuaciones remitidas a este Tribunal, en el acto de la vista oral compareció el Policía Municipal don Santiago Martínez, quien fue avisado por una de las víctimas momentos después de la comisión de los hechos, y los condujo a la Comisaría para que efectuaran la pertinente denuncia. En el trayecto, los súbditos holandeses reconocieron en la vía pública a los autores del robo, que fueron detenidos por el mencionado Policía Municipal, y conducidos igualmente a Comisaría. Consta en el acta del juicio que el Policía Municipal, interrogado contradictoriamente por el Fiscal y la defensa, manifestó lo siguiente: «Soy Policía Municipal y detuve a los dos acusados. Recuerdo a los dos holandeses que estaban en la playa, uno de ellos estaba lesionado; y los reconocieron a los acusados que los detuvieron en la calle en el momento que el Policía y los holandeses se dirigían a Comisaría». Por ello, dice el Fiscal, en el presente caso nos encontramos ante una prueba indirecta o de referencia, pues aunque el Policía Municipal no presenció los hechos delictivos, y por tanto no puede reconocer a los autores, sí asistió en el momento en que las víctimas reconocieron en la vía a los dos acusados como los autores del robo con

intimidación, y es de esta última circunstancia de la que da fe en el acto del juicio oral con las debidas garantías de publicidad, mediación, oralidad y contradicción. Se trata, por lo tanto, de un testigo de referencia cuya validez está reconocida expresamente en el art. 710 de la L.E.Crim., aunque, a su juicio, dicha prueba de referencia es una prueba indiciaria y, en cuanto tal, le es de aplicación la doctrina de este Tribunal sobre ese tipo de pruebas.

Por lo que respecta al fondo de la cuestión planteada en el presente caso, el Ministerio Fiscal alega, en primer término, que las motivaciones empleadas tanto por el Juzgado de Instrucción como por la Audiencia Provincial para fundamentar el fallo condenatorio no se adecuan a las prescripciones de este Tribunal respecto a la apreciación de la prueba, pues no se encadena a un hecho concreto con valor probatorio suficiente la consecuencia condenatoria. En este sentido manifiesta que el Juzgado de Instrucción funda la condena en la propia declaración de uno de los acusados ante la Comisaría de Policía, que no se halla ratificada en presencia judicial en ningún momento, a pesar de que es doctrina reiterada de este Tribunal que las declaraciones policiales no tienen más valor que el de mera denuncia y no pueden considerarse pruebas de cargo, por lo que el razonamiento del Juez es insuficiente. Por su parte, la Audiencia Provincial, si bien añade la fórmula general del «conjunto probatorio», señala que ha sido correctamente apreciado en conciencia por el Juez *a quo*, por lo que tampoco este razonamiento de confirmación de una sentencia condenatoria parece suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

En segundo término estima, no obstante lo anterior, que existe en autos la citada prueba testifical de referencia que, si hubiese sido mencionada expresamente como fundamentadora de la condena, con un razonamiento que encadenara a la misma la convicción del juzgador, podría bastar para desvirtuar la presunción de inocencia de los recurrentes, lo que, a su juicio, tiene relevancia para determinar el alcance del amparo que debe de otorgarse. Al respecto señala que la doctrina contenida en la importante STC 174/1985, de 17 de diciembre, en un caso de prueba indiciaria, similar al presente, es plenamente aplicable al presente recurso de amparo, por lo que la Sentencia debe otorgar el amparo, declarando nulas las Sentencias impugnadas, y reconociendo el derecho de los solicitantes de amparo a que se dicte nueva Sentencia en que consten de forma expresa los indicios o pruebas de referencia considerados probados, así como el razonamiento que a partir de ellos conducen al Juzgador a apreciar que los recurrentes son o no autores de los hechos sobre los que recae el proceso penal.

En consecuencia a lo expuesto, el Fiscal interesa que se dicte Sentencia otorgando el amparo en los términos señalados anteriormente.

8. Por escrito presentado de 16 de marzo de 1988, la representación de los recurrentes evacua el trámite de alegaciones y da por íntegramente reproducidos los hechos y fundamentos de derecho de la demanda de amparo, que, a su juicio, se confirman por las actuaciones remitidas por el Juzgado y la Audiencia.

9. Por Auto de 23 de diciembre de 1987, dictado en la pieza separada de suspensión, la Sala acordó suspender la ejecución de la Sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Gerona el 2 de julio de 1987 y de la del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Santa Coloma de Farnés de 12 de noviembre de 1985, condicionada a que previamente constituyan cada uno de los recurrentes sendas cauciones a disposición del indicado Juzgado en cualquiera de las formas admitidas por la Ley, en cuantía de 50.000 pesetas.

10. Por providencia de 18 de diciembre de 1989, la Sección acuerda fijar el día 21 del mismo mes y año para la deliberación y fallo de la presente Sentencia.

II. Fundamentos jurídicos

1. La cuestión planteada en el presente recurso de amparo consiste en determinar si en el proceso penal decidido por la Sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Gerona, en fecha 2 de julio de 1987, ha sido violado el derecho a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24.2 de la Constitución, al haber sido condenados los hoy recurrentes de amparo como autores de un delito de robo con intimidación sin la existencia de una actividad probatoria de cargo. Al respecto, aunque en el «suplico» de la demanda se aduce como infringido el derecho a obtener la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la C.E.) dicha referencia se hace sin argumentación ni fundamentación alguna en orden a una eventual lesión de dicho derecho fundamental por parte de las resoluciones judiciales impugnadas, por lo que, en realidad, esta pretendida infracción constitucional se confunde con la del derecho a la presunción de inocencia.

Pero antes de resolver el fondo de la cuestión planteada, es preciso delimitar el alcance y significado de la infracción denunciada, habida cuenta de que el Ministerio Fiscal alega que en el caso de autos existió una prueba indirecta o de referencia que, si hubiese sido mencionada expresamente como fundamentadora de la condena, podría bastar para desvirtuar la presunción de inocencia. Así, los recurrentes consideran que las Sentencias impugnadas infringen el derecho a la presunción de inocencia, porque, en síntesis, no hay en las actuaciones pruebas de su

participación en los hechos por los que se les condena y la identificación de los mismos por parte de los perjudicados no puede ser tenida en cuenta porque se hizo en el atestado policial y no fue ratificada en el juicio, al que no comparecieron los denunciados. Por su parte, el Ministerio Fiscal estima, de un lado, que las Sentencias recurridas infringen el derecho a la presunción de inocencia, pues las motivaciones empleadas tanto por el Juzgado de Instrucción como por la Audiencia Provincial para fundamentar el fallo se basan en la declaración prestada por uno de los acusados en la Comisaría de Policía posteriormente no ratificada en presencia judicial y dicha declaración no puede considerarse prueba de cargo al constar en el atestado policial. De otro lado, y no obstante lo anterior, señala que la declaración en el acto del juicio oral del testigo de referencia —el Policía Municipal que detuvo a los acusados— sería suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia de los solicitantes de amparo, siempre que se hubiera razonado suficiente su valor como fundamento de la Sentencia condenatoria en cuanto prueba indiciaria que es.

2. Centrada así la cuestión planteada y antes de entrar a resolver el caso que nos ocupa, conviene recordar la doctrina constitucional en relación con el derecho a la presunción de inocencia.

Conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, la presunción de inocencia consagrada en el art. 24.2 de la Constitución se asienta sobre dos ideas esenciales: de un lado, el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los Jueces y Tribunales por imperativo del art. 117.3 de la Constitución y, de otro, que la Sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba y que la actividad probatoria sea suficiente para desvirtuarla, para lo cual se hace necesario que la evidencia que origine su resultado lo sea, tanto con respecto a la existencia del hecho punible, como en todo lo atinente a la participación que en él tuvo el acusado, pues la inocencia de la que habla el art. 24 de la Constitución ha de entenderse en el sentido de no autoría, no producción del daño o no participación en él.

Por lo que respecta a la segunda de las exigencias apuntadas, esto es, a los actos o medios de prueba, es doctrina consolidada de este Tribunal desde su STC 31/1981, de 28 de julio, que 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 en contacto directo por los medios aportados a tal fin por las partes. 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, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador.

Ahora bien, lo dicho no comporta en modo alguno que, en orden a la formación de la convicción a la que se orienta la actividad probatoria, haya de negarse toda eficacia a las diligencias policiales y sumariales, practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen en garantía de la libre declaración y defensa de los ciudadanos. Al respecto la doctrina constitucional se asienta sobre las siguientes notas esenciales: a) cuando dichas diligencias sean reproducidas en el acto de la vista en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción, pueden constituir la base probatoria sobre la que los Tribunales formen su convicción y, en definitiva, pueden constituir medios de prueba válidos para desvirtuar la presunción de inocencia (entre otras, SSTC 80/1986, de 17 de junio; 82/1988, de 28 de abril, y 137/1988, de 7 de julio); b) cuando las diligencias o actuaciones sumariales son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, es lícito traerlas al mismo como prueba anticipada o preconstituida (SSTC 80/1986 y 37/1988), aunque no alcanzan a cualquier acto de investigación sumarial, sino tan solo a aquellos con respecto a los cuales se prevé su imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral, siempre y cuando se garantice el ejercicio del principio de contradicción y se solicite su lectura en el juicio oral conforme ha afirmado en reiteradas ocasiones este Tribunal (por todas, STC 62/1985, de 10 de mayo), puesto, que, estando sujeto también el proceso penal al principio de búsqueda de la verdad material, es preciso asegurar que no se pierdan datos o elementos de convicción, utilizando en estos casos la documentación oportuna del acto de investigación llevado a cabo, en todo caso, con observancia de las garantías necesarias para la defensa, y c) no constituyen medios de prueba en sí mismo los atestados de la policía judicial que procesalmente gozan del valor de denuncias (art. 297 L.E.Crim.), por lo que no constituyen un medio sino, en su caso, un «objeto de prueba» (SSTC 31/1981 y 9/1984). Por la misma razón, tampoco son medios de prueba las declaraciones de la policía, vertidas en el atestado, sino que se hace necesario, de conformidad con lo establecido en los arts. 297.2.º y 727 L.E.Crim., que tales

funcionarios presten declaración en el juicio oral, debiendo, en tal caso, ser apreciadas sus manifestaciones como declaraciones testificales.

3. A la luz de la doctrina expuesta, es preciso examinar ahora si en el presente caso ha sido vulnerado o no el derecho a la presunción de inocencia de los recurrentes de amparo, para lo cual es necesario verificar si ha existido o no esa actividad probatoria que pueda estimarse de cargo y contenga elementos incriminatorios respecto de la participación del acusado en los hechos, dado que aunque el órgano jurisdiccional de instancia es soberano en la libre apreciación de la prueba, como antes se dijo, sin que pueda este Tribunal entrar a conocer acerca de la valoración de la prueba efectuada por el Juez o Tribunal ordinario, la función del Tribunal Constitucional cuando se alega la presunción de inocencia consiste, precisamente, en verificar si ha existido esa actividad probatoria suficiente de la que se pueda deducir la culpabilidad del acusado (SSTC 105/1986, de 21 de julio; 169/1986, de 22 de diciembre; 44/1987, de 9 de abril, y 177/1987, de 10 de noviembre, entre otras muchas).

Pues bien, del examen de las actuaciones judiciales remitidas se desprende lo siguiente:

1) Los denunciados Jean Pierre Bloemendal y Marcel Schuthot, ambos de nacionalidad holandesa, sólo prestaron declaración en el atestado policial, en el que se hace constar que los mismos habían reconocido sin ningún género de dudas a los hoy recurrentes como autores del asalto sufrido. Asimismo, en una de las diligencias del atestado se hace constar expresamente la manifestación que ambos denunciados hicieron de que «lo más seguro es que se fueran a Francia lo antes posible después de lo ocurrido... y si permanecían algunos días en España, residirían en el Camping Europa de esta localidad, por si fueran requeridos por la Autoridad Judicial». No obstante esta advertencia y a pesar de que el atestado policial fue remitido al Juzgado de Instrucción el mismo día de su declaración, el Juez no citó a los denunciados para que declararan en el Juzgado y hacerles el pertinente ofrecimiento de acciones.

2) En su escrito de acusación, el Ministerio Fiscal propuso, entre otras pruebas, la declaración testifical de los denunciados, especificando el domicilio en el que debían ser citados cada uno de ellos en Holanda. El Juzgado, por providencia de 18 de julio de 1985, que no fue recurrida, acordó no haber lugar a la prueba testifical de los dos súbditos holandeses.

3) En el acto del juicio oral compareció en calidad de testigo don Santiago Martínez, Policía Municipal que había intervenido en la detención de los acusados, quien declaró, tal como se refleja en el acta del juicio, lo siguiente: «Soy Policía Municipal y detuve a los dos acusados. Recuerda que a los dos holandeses que estaban en la playa, uno de ellos estaba lesionado, y los reconocieron a los acusados que los detuvieron en la calle en el momento que el Policía y los holandeses se dirigían a la Comisaría... Estaban los dos acusados dentro del coche. Los reconoce sin ninguna duda... Cuando detuvo a los acusados, aparentemente, no iban borrachos».

4) En la vista oral comparecieron los dos acusados, hoy recurrentes de amparo, quienes habían declarado anteriormente en Comisaría de Policía y en presencia del Juez Instructor. En el acto del juicio declararon, en síntesis, que no recordaban nada del día de autos porque iban borrachos, ya que habían estado bebiendo durante toda la noche.

4. De lo expuesto, y en aplicación de la doctrina constitucional antes citada, es posible hacer una doble conclusión. En primer término, es evidente que no tienen la consideración de prueba anticipada ni la declaración de los denunciados ni el reconocimiento que, según consta en el atestado policial, hicieron de los hoy recurrentes como autores de la agresión de la que habían sido objeto. En efecto, si bien es cierto que la condición de extranjeros de las víctimas de los hechos denunciados y su previsible ausencia del territorio nacional en el momento de celebrarse el juicio justificaría llevar sus declaraciones, o en su caso el reconocimiento de los acusados, como prueba anticipada o preconstituida, solicitando su lectura en los términos señalados por el art. 730 de la L.E.Crim., conforme ha declarado este Tribunal en un supuesto similar al que nos ocupa -STC 62/1985, de 10 de mayo-, ello no es posible en el presente supuesto, porque el Juez Instructor no citó a los denunciados para que ratificaran su declaración e identificación efectuadas ante la Comisaría de Policía, impidiendo así la posibilidad de preconstituir o anticipar una prueba que podría ser de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, a pesar de que, incluso, en el atestado policial se hacía constar las manifestaciones de los denunciados de que era su intención ausentarse del territorio nacional. En consecuencia, es indudable que las manifestaciones de los recurrentes constan en el atestado policial no constituyen verdaderos actos de prueba susceptibles de ser apreciados por los órganos judiciales.

En segundo término, es igualmente evidente que en el proceso penal seguido contra los hoy recurrentes se llevó a cabo una actividad probatoria, constituida por auténticos actos de prueba, de suerte que los órganos judiciales pudieron formar, atendiendo a su resultado, su convicción sobre los hechos enjuiciados y la participación en los mismos de los acusados. De una parte, en el acto del juicio oral comparecieron los acusados, hoy recurrentes de amparo, quienes anteriormente tam-

bién habían prestado declaración en la Comisaría de Policía y en el Juzgado de Instrucción.

De otra parte, en el acto de la vista oral también compareció en calidad de testigo don Santiago Martínez, agente de la Policía Municipal, quien fue avisado por uno de los denunciados e intervino en la detención de los acusados. Al respecto, como señala el Ministerio Fiscal, aunque el mencionado agente de Policía no presencié los hechos delictivos, si asistió al momento en que las víctimas reconocieron en la calle a los dos acusados como los autores del robo con intimidación siendo de esa concreta circunstancia de la que dio fe en el acto del juicio con las debidas garantías de publicidad, intermediación, oralidad y contradicción. Se trata, en definitiva, de un testigo de referencia, cuya validez está expresamente reconocida en el art. 710 de la L.E.Crim., al establecer que «los testigos expresarán la razón de su dicho y, si fueren de referencia, precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiera comunicado».

De conformidad con lo expuesto, no cabe apreciar en el presente caso ausencia de actividad probatoria ni es posible compartir la argumentación expuesta por la representación de los recurrentes en la demanda de amparo cuando asevera que la condena se funda, exclusivamente, en las declaraciones de los denunciados contenidas en el atestado policial no ratificado en el juicio oral.

5. Ahora bien, la constatación de la existencia de una actividad probatoria suficiente en el proceso penal, en los términos dichos, no agota, sin embargo, la relevancia constitucional de la cuestión planteada, pues es necesario verificar y comprobar si la actividad probatoria desarrollada puede o no estimarse de cargo, esto es, si de la misma es posible deducir la culpabilidad de los hoy recurrentes. Al respecto es preciso hacer una doble consideración. En primer lugar, por lo que se refiere al alcance incriminatorio de las declaraciones prestadas por los acusados tanto en las diligencias policiales y sumariales como en el acto del juicio oral, es indudable, conforme a la doctrina constitucional anteriormente mencionada, que es consustancial a los principios de oralidad, intermediación y libre valoración de la prueba el examinar gestos de los intervinientes en la misma, tales como los de turbación o sorpresa, a través de los cuales pueda el Juez o Tribunal de instancia fundar su íntima convicción acerca de la veracidad o mendacidad de la declaración de los intervinientes en la prueba, con respecto a los cuales el juzgador de instancia es dueño en su valoración, sin que este Tribunal pueda entrar a conocer de ellos, pues, aparte de ser inherentes al principio de oralidad, el Tribunal Constitucional no constituye Tribunal de apelación (SSTC 55/1982, 124/1983, 140/1985, 254/1988).

En este sentido, el razonamiento que en la Sentencia de instancia el Juez hace sobre la participación de los condenados en los hechos, al señalar que la misma se deriva de «la propia declaración del acusado Luis Cortés Cortés, que si bien en el acto del juicio oral dijo no recordar nada, declaró claramente en la Comisaría de Policía y olvidándolo todo al día siguiente ante el Juzgado», no significa que la condena se base en el interrogatorio policial, que no constituye por sí mismo actividad probatoria, sino, antes al contrario, que lo declarado en el juicio oral y en las diligencias policiales y sumariales practicadas con las debidas garantías y formalidades, sometidas a contradicción en la vista oral, permitió al Juzgador contrastar la mayor veracidad de unas y otras. En relación con esta concreta cuestión conviene precisar que de la sola lectura de las distintas declaraciones de los acusados se comprueba la contradicción entre las mismas, pues mientras en la declaración prestada en la Comisaría de Policía en presencia del Abogado, manifestaron que se hallaban bastante ebrios, admitiendo Luis Cortés Cortés la participación en los hechos, imputando la agresión al otro acusado, en las declaraciones ante el Juzgado de Instrucción efectuadas al día siguiente, hicieron constar, tras negar su participación, que no se encontraban borrachos, sino un poco mareados, y finalmente, en la vista del juicio, manifestaron que no recordaban nada de lo ocurrido porque iban muy borrachos y la embriaguez les había durado hasta el día siguiente.

En segundo lugar, la prueba testifical de referencia constituye, desde luego, uno de los actos de prueba que los Tribunales de la jurisdicción penal pueden tomar en consideración en orden a fundar la condena, pues la Ley no excluye su validez y eficacia -excepto para las causas por injuria o calumnia vertidas de palabras: art. 813 L.E.Crim., sino que se requiere que se haga constar tal circunstancia, por lo que exige precisar el origen de la noticia en virtud de la cual comparece en el proceso. Es cierto que la regulación de la Ley responde, como tendencia, al principio de intermediación de la prueba, entendiéndose por tal la utilización del medio de prueba más directo y no los simples relatos sobre éste, pero ello no significa que deban rechazarse en forma absoluta los testimonios de referencias u oídas, porque no siempre es posible obtener y practicar la prueba original y directa, que en muchos supuestos puede devenir imposible, y, en definitiva, la problemática que plantea la prueba de referencia es, como en cualquier otra prueba, el relativo a su veracidad y credibilidad. Es igualmente cierto que, en la generalidad de los casos, la prueba de referencia es poco recomendable -y de ahí el justificado recelo jurisprudencial sobre ella-, pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos y el dar valor a los dichos de personas que no han comparecido en el proceso, y es por

ello por lo que, como criterio general, cuando existan testigos presenciales o que de otra manera hayan percibido directamente el hecho por probar, el órgano judicial debe oírlos directamente en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos el relato de su experiencia e, incluso, cuando los funcionarios de Policía tengan la fundada sospecha de que los testigos presenciales, pueden ausentarse al extranjero, deben trasladarlos inmediatamente ante la autoridad judicial a fin de que, bajo la necesaria contradicción exigida por el art. 448, sean interrogados los testigos en calidad de prueba sumarial anticipada. Pero esta lógica prevención no puede llevar a la conclusión de que la prueba testifical de referencia constituya, en todo caso, una prueba mediata, indirecta o de indicios, o que sólo tenga valor para identificar a la persona que realmente tiene conocimiento directo de los hechos sobre los que declara, pues es obvio que el testimonio de referencia puede tener distintos grados según que el testigo narre lo que personalmente escuchó o percibió *-audito proprio-*, o lo que otra tercera persona le comunicó *-audito alieno-*, y que, en algunos supuestos de percepción propia, la declaración de ciencia prestada por el testigo de referencia puede tener idéntico alcance probatorio respecto de la existencia de los hechos enjuiciados y la culpabilidad de los acusados que la prueba testifical directa.

En el caso que ahora nos ocupa, del examen de las actuaciones judiciales se comprueba, como antes quedó apuntado, que en el juicio oral compareció en calidad de testigo don Santiago Martínez, agente de la Policía Municipal, quien había intervenido en la detención de los acusados. La declaración de este testigo tiene una doble consideración: de un lado, constituye prueba directa e inmediata que los órganos judiciales han podido apreciar sobre el hecho mismo de la detención y circunstancias en que la misma se produjo (lugar, forma, etc.). De otro, es una declaración de referencia tanto en lo relativo a la identificación y reconocimiento que los denunciadores hicieron de los acusados en el momento mismo de la detención, como en lo propio a la agresión sufrida por los denunciadores. Pero esta prueba de referencia no tiene carácter de indiciaria, como señala el Ministerio Fiscal, puesto que la detención de los acusados la practicó la Policía a instancias de los propios denunciadores, quienes identificaron a los acusados como autores del robo con intimidación sufrido. No se trata en este caso de inferir de unos indicios plenamente probados *-la detención-* la participación de

los detenidos en los hechos; pues, precisamente, el hecho mismo de la detención se debe única y exclusivamente a la previa identificación y reconocimiento de los acusados como autores de los hechos. Al respecto, en el acta del juicio oral se hace constar con cierto detalle el contenido de la declaración del mencionado testigo y, en concreto, todo lo referente al motivo de la intervención policial, la localización e identificación de los acusados por parte de los súbditos holandeses atracados, y sobre si los acusados presentaban o no, al tiempo de su detención, síntomas de embriaguez.

6. En consecuencia a todo lo expuesto, ha de concluirse que las Sentencias impugnadas no infringen el derecho a la presunción de inocencia de los recurrentes de amparo, puesto que, no obstante la injustificada omisión por parte del Juez Instructor, en lo referente a la declaración por parte de los perjudicados por el delito, lo que es ciertamente criticable, es claro que en el presente caso ha habido una actividad probatoria, practicada con las debidas garantías procesales y con total respeto a los principios de inmediación, oralidad y contradicción, suficiente para que los órganos judiciales, con arreglo al principio de libre valoración de la prueba, hayan considerado desvirtuada la presunción constitucional de inocencia.

FALLO

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

Ha decidido

Desestimar el recurso de amparo interpuesto por don Antonio Flores Lozada y don Luis Cortés Cortés.

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

Dado en Madrid a veintiuno de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve.-Francisco Tomás y Valiente.-Fernando García-Món y González-Regueral.-Carlos de la Vega Benayas.-Jesús Leguina Villa.-Luis López Guerra.-Vicente Gimeno Sendra.-Firmados y rubricados.

628

Sala Primera. Sentencia 218/1989, de 21 de diciembre. Recurso de amparo 1.069/1987. Contra autos de la Audiencia Provincial de Cádiz desestimando la nulidad de actuaciones practicadas en sumario instruido por el Juzgado de San Roque. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: No resolución de recurso de reforma interpuesto contra auto de procesamiento.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Tomás y Valiente, Presidente; don Fernando García-Món y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Jesús Leguina Villa, don Luis López Guerra y don Vicente Gimeno Sendra, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1.069/1987, promovido por don Antonio Camacho Jiménez, representado por el Procurador de los Tribunales don Juan Carlos Estévez Fernández-Novoa y asistido del Letrado don Manuel Rodríguez-Piñero García, contra autos de 22 de junio y 15 de julio de 1987 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz. En el proceso de amparo ha comparecido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Jesús Leguina Villa, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Por escrito presentado en este Tribunal el 31 de julio de 1987, el Procurador de los Tribunales don Juan Carlos Estévez Fernández-Novoa interpone, en nombre y representación de don Juan Antonio Camacho Jiménez, recurso de amparo contra el auto de 22 de junio de 1987 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz, confirmado por auto de 15 de julio de 1987, que desestimó la nulidad de las actuaciones practicadas en el rollo dimanante del sumario núm. 323/85 del Juzgado de Instrucción de San Roque.

2. La demanda de amparo se contrae, en síntesis, a los siguientes hechos:

a) El Juzgado de Instrucción de San Roque, en el sumario núm. 323/85, dictó auto de procesamiento contra el hoy demandante de amparo como presunto autor de delitos contra la salud pública y contrabando, y tras la pertinente requisitoria por encontrarse en

paradero desconocido lo declaró en rebeldía por auto de 12 de noviembre de 1985. Hallado el procesado, fue puesto a disposición del Juzgado de Instrucción, que el día 12 de febrero de 1986 le notificó el auto de procesamiento y le recibió declaración indagatoria. En esa misma fecha, el Juez dictó auto de conclusión del sumario y emplazó al procesado para que compareciera ante la Sala Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz.

b) Con fecha 14 de febrero de 1986, la representación del procesado interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación contra el auto de procesamiento ante el Juzgado de Instrucción, que no fue admitido a trámite en providencia de igual fecha. Posteriormente, por escrito presentado ante la Sección Tercera de la Audiencia Provincial, el procesado solicitó la nulidad de todo lo actuado desde la providencia de 14 de febrero de 1986. Por auto de 26 de marzo de 1986, la Sala decretó la nulidad de actuaciones y ordenó al Juez instructor la tramitación del recurso de reforma formulado, quien dictó providencia con fecha 29 de abril de 1986, admitiendo a trámite el referido recurso de reforma y subsidiario de apelación.

c) El Juzgado, sin resolver el recurso de reforma interpuesto, dictó el día 8 de septiembre de 1986 auto de conclusión del sumario, remitiendo el mismo a la Audiencia Provincial. Formulado escrito de calificación provisional por el Ministerio Fiscal, se dio traslado de la causa a la representación del hoy recurrente para el mismo trámite, quien solicitó de nuevo la nulidad de actuaciones por no haber resuelto el Juez instructor el recurso de reforma pendiente. La Sala rechazó la declaración de nulidad interesada, en auto de 22 de junio de 1987, posteriormente confirmado por auto de 15 de julio, al considerar, de un lado, que no procedía decretar la nulidad en el trámite de calificación provisional y, de otro, que el recurrente había renunciado tácitamente al recurso de reforma al consentir y no recurrir el auto de conclusión del sumario.

3. La representación del demandante considera que los autos dictados por la Audiencia Provincial vulneran el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24.1 de la Constitución, y le causan indefensión, alegando que la Ley de Enjuiciamiento Criminal reconoce el derecho de todo procesado a interponer el correspondiente recurso contra el auto de procesamiento, por lo que la no resolución del mismo quebranta tal derecho e impide obtener la tutela judicial efectiva. Considera, en este sentido, que el Juzgado de Instrucción, al no resolver el recurso de reforma interpuesto, incumplió lo ordenado por la Audiencia Provincial, por lo que la nulidad de actuaciones debió ser apreciada por la propia Sala, revocando de oficio el auto de conclusión del sumario.