

darse, al llegar a este punto del razonamiento, que nuestra Constitución dice que "corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social" (art. 9.2 C.E.).

2. Tanto el Juzgado de Instrucción núm. 6, como la Audiencia Provincial, ambos de Albacete, tenían que saber de la existencia de numerosas emisoras que, como la recurrente en amparo, se hallaban en una situación de alegalidad, reconocida luego por el legislador, que les da un tratamiento de tolerancia. Si el legislador se comporta así, los Jueces y Tribunales, en este caso, debieron ser más diligentes, cuidadosos y activos en la preservación de los derechos fundamentales de libre expresión y de libre información (art. 20 C.E.), pues el art. 7.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial contiene un mandato claro y rotundo al respecto. No sólo hay que restablecer derechos, sino también preservarlos (arts. 41.3, 49.1 y 54 LOTC).

3. Suscribo los fundamentos jurídicos 2.º y 3.º de la Sentencia de la mayoría. En ellos se sintetiza bien la doctrina constitucional sobre las facultades del Juez de Instrucción en estos asuntos, que no es una máquina que ejecuta las decisiones de otro sin previa valoración propia. Fue una lástima que la «apariencia de legalidad», el «simple automatismo formal» y la «incidencia negativa en los derechos de libertad» se entendieran, en el fundamento jurídico 4.º, sin tener en cuenta el hecho notorio de la existencia de medio centenar de emisoras iguales a la recurrente en amparo, que no fueron clausuradas y que, finalmente, el legislador las bendijo, en el modo que aparece en la disposición transitoria reseñada.

Publíquese este voto en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, a quince de octubre de mil novecientos noventa y siete.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Firmado y rubricado.

**24612** *Sala Primera. Sentencia 172/1997, de 14 de octubre de 1997. Recurso de amparo 4.125/1994. Contra Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid por la que se revoca en apelación la Sentencia absolutoria dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 9 de esa misma ciudad. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: incongruencia omisiva. Voto particular.*

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Alvaro Rodríguez Bereijo, Presidente; don Vicente Gimeno Sendra, don Pedro Cruz Villalón, don Enrique Ruiz Vadillo, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, y don Pablo García Manzano, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 4.125/94, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Juan Luis Navas García, en nombre y representación de don Juan José Huertas López, con la asistencia letrada de don Francisco

Aguado Arroyo, frente a la Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de noviembre de 1994. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Pedro Cruz Villalón, quien expresa el parecer de la Sala.

### I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado por el Procurador de los Tribunales don Juan Luis Navas García, en el Juzgado de Guardia de Madrid el 17 de diciembre de 1994, don Juan José Huertas López interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de noviembre de 1994, por la que se revocaba en apelación la Sentencia absolutoria dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 9 de esa misma ciudad, con fecha de 10 de septiembre de 1994, en procedimiento seguido por delito de robo.

2. El recurso de amparo se basa en los siguientes hechos:

a) Con fecha 10 de septiembre de 1994, el Juzgado de lo Penal núm. 9 de Madrid dictó una Sentencia en la que absolvía al demandante de amparo del delito de robo que le había sido imputado. Dicha absolución venía determinada por las irregularidades apreciadas por el juzgador de instancia en el reconocimiento fotográfico que del mismo había llevado a cabo la víctima de tal delito en sede policial, al habersele mostrado en ese momento tan sólo un cliché fotográfico, en lugar de varios, o del álbum policial correspondiente. Tal irregularidad habría viciado los posteriores reconocimientos y, en consecuencia, les habría privado de valor probatorio «no obstante la posible certidumbre estrictamente moral sobre la participación del inculcado en los hechos».

b) Contra dicha resolución interpuso el Ministerio Fiscal recurso de apelación, que fue estimado por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid en su Sentencia de 15 de noviembre de 1994, condenándose al recurrente, como autor responsable de un delito de robo con intimidación y uso de armas con la circunstancia agravante de reincidencia, a la pena de seis años de prisión menor, accesorias legales e indemnización por importe de 57.000 pesetas. Dicha condena se motivó de la siguiente manera: «A juicio de la Sala, no se han producido irregularidades en la realidad del reconocimiento, intrínsecamente considerado, sino, a lo sumo, la inflexión de la investigación policial en la periferia antecedente a la esencialidad del reconocimiento rotundo y sostenido de Juan José Huertas López, inflexiones que las enseñanzas jurisprudenciales tienen declaradas como toleradas e inhábiles para producir merma en la realidad probatoria». La Sentencia dictada en sede de apelación fue notificada a la representación del recurrente el 22 de noviembre de 1994.

3. Se aduce en la demanda que la Sentencia recurrida ha vulnerado los derechos del actor a la igualdad ante la ley, a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a la presunción de inocencia, respectivamente reconocidos en los arts. 14 y 24.1 y 2 C.E.

La lesión del derecho a la tutela judicial efectiva se hace derivar de la incongruencia omisiva que se reprocha a la Sentencia de la Audiencia Provincial, consistente en no haberse realizado en ella pronunciamiento alguno acerca de la posible concurrencia en el caso de autos de la eximente incompleta del art. 9.1 en relación con el 8.1 del C.P., y ello pese a que en el escrito de conclusiones provisionales de la defensa, posteriormente elevadas a definitivas, no sólo se solicitaba la libre absolución sino también, en forma subsidiaria, la apreciación de la indicada eximente incompleta, articulándose prueba dirigida a verificar tal extremo. Lógicamente la Sen-

tencia de instancia, al ser absolutoria, no se pronunció al respecto, pero, ello no obstante, los elementos para su valoración quedaron planteados y articulados en la prueba practicada en el juicio oral, por lo que, a juicio del recurrente, deberían haber sido tenidos en cuenta por el órgano judicial *ad quem*.

En este mismo orden de cosas, la Audiencia Provincial tampoco habría ofrecido respuesta alguna a los argumentos esgrimidos por la defensa, en su escrito de impugnación, en torno a su pretensión de que la valoración de la prueba es una facultad que corresponde en exclusiva al órgano judicial *a quo*.

La vulneración del derecho del solicitante de amparo a la presunción de inocencia se entiende ocasionada por haberse condenado al recurrente en apelación sin que existiera prueba de cargo alguna practicada con inmediación ante el Tribunal *ad quem*. A este respecto se señala que el recurso de apelación articulado por el Ministerio Fiscal, por motivo de error en la apreciación de la prueba, habría sido utilizado por la Audiencia Provincial para revisar la valoración de la prueba realizada en instancia sin que para ello concurriera la necesaria inmediación. Por otra parte, se afirma en la demanda que la Sala realizó esa nueva valoración de la prueba «con remisión a actuaciones sumariales sin carácter de prueba, lo que ... vacía de valor el propio acto del juicio oral, careciendo éste, a tenor de la Sentencia dictada en apelación, de cualquier valor a efectos probatorios, pudiéndose haber llegado a la misma conclusión sin la práctica del mismo».

Finalmente, por lo que se refiere a la invocada infracción del derecho a la igualdad ante la ley, se fundamenta en la demanda haciéndose valer que «la propia Sección Tercera de la Audiencia Provincial tiene reiteradamente declarado en sus resoluciones que los recursos de apelación deben articularse por los mismos motivos casacionales».

4. Por providencia de 16 de enero de 1994, la Sección Primera tuvo por recibido el precedente escrito y, a tenor de lo dispuesto en el art. 50.5 LOTC, acordó conceder a la representación del solicitante de amparo un plazo de diez días para que aportase las correspondientes copias de dicho escrito de demanda, así como del escrito dirigido por el Ministerio Fiscal al Juzgado de lo Penal, por resultar este último ilegible. Por otra providencia de 29 de mayo de 1994, se tuvieron por recibidas las copias solicitadas y, de conformidad con lo dispuesto en el art. 88 LOTC, se requirió atentamente a los órganos judiciales de instancia y de apelación para que, en el plazo de diez días, remitiesen a este Tribunal testimonio del conjunto de las actuaciones.

5. Por providencia de fecha 11 de septiembre de 1994, la Sección tuvo por recibidas las mencionadas actuaciones, acordó la admisión a trámite de la presente demanda de amparo y, de conformidad con lo establecido en el art. 51 LOTC, requirió atentamente al órgano judicial de instancia para que, en el plazo de diez días, emplazara a cuantos, con excepción del solicitante de amparo, fueron parte en el procedimiento judicial antecedente a fin de que, en ese mismo plazo, pudieran comparecer ante este Tribunal, si ese era su deseo.

6. Por providencia de 6 de noviembre de 1994, la Sección acordó dar vista de las actuaciones al Ministerio Fiscal y al solicitante de amparo a fin de que, en el plazo de veinte días, formularan cuantas alegaciones estimasen convenientes.

La representación del demandante de amparo evacuó dicho trámite mediante escrito presentado en el Juzgado de Guardia el 30 de noviembre de 1994 y registrado en este Tribunal al día siguiente, en el que sustancialmente reproducía las ya expresadas en la demanda de

amparo, añadiendo que el reconocimiento en rueda practicada en el caso de autos no podía entenderse válido dado que no estuvo rodeado de todas las garantías necesarias para ello.

7. Por su parte, el Fiscal ante el Tribunal Constitucional concluía su escrito de alegaciones de fecha 30 de noviembre de 1994 interesando la desestimación del presente recurso de amparo.

A juicio del Ministerio Fiscal no cabe reprochar a la Sentencia recurrida ninguna de las vulneraciones de derechos fundamentales invocadas en la demanda. Así, por lo que se refiere, en primer lugar, a la supuesta infracción del derecho del actor a la igualdad ante la ley que se atribuye a dicha resolución, faltarían los requisitos considerados imprescindibles por la doctrina sentada por este Tribunal para poder apreciarla, ya que el recurrente no ha aportado el término de comparación necesario al efecto de comprobar que la línea jurisprudencial constante que dice haber seguido la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid en otros casos idénticos y de la que se habría, por el contrario, aportado en el caso de autos, fue efectivamente aplicada por ese mismo órgano judicial a supuestos idénticos al de referencia.

Idéntica suerte desestimatoria merece, en opinión del Ministerio Fiscal, el motivo de amparo articulado en torno a una supuesta lesión del derecho del recurrente a la presunción de inocencia. A este respecto, argumenta que la pretensión del demandante de amparo de que existe una asimilación entre apelación y casación, de suerte que en la primera de dichas sedes no le sería posible al órgano judicial *ad quem* realizar una nueva valoración de la prueba practicada en instancia, parte del desconocimiento de que, en la legislación española, la apelación se configura como un *novum iudicium* por el que el Tribunal que conoce del recurso está investido de las mismas facultades que, en su momento, tuvo el órgano judicial inferior, todo ello naturalmente dentro de los límites que rodean a una segunda instancia. Ello quiere decir que, con la única excepción del debido respeto que ha de guardar al principio acusatorio, está perfectamente autorizado para revisar los hechos probados y la calificación jurídica de los mismos. Por consiguiente, habiendo basado el Ministerio Fiscal, en el supuesto de referencia, su recurso de apelación en la existencia de un error en la apreciación de la prueba, la Audiencia Provincial estaba facultada para revisar la valoración de los hechos realizada por el juzgador de instancia sustituyéndola por la propia, máxime cuando, como aquí ha sido el caso, cabe afirmar que se produjo en el proceso prueba suficiente en la que asentar el fallo condenatorio finalmente recaído, sin que la misma haya de entenderse viciada por un pretendidamente irregular reconocimiento fotográfico del actor cuya obvedad, por lo demás, en contra de lo que se afirma en la demanda, no se desprende de las actuaciones.

Finalmente, tampoco considera el Ministerio Fiscal producida la pretendida lesión del derecho del solicitante de amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión, toda vez que la falta de pronunciamiento acerca de la posible concurrencia de la eximente incompleta invocada en instancia fue debida a que tal extremo no fue reiterado por la defensa del recurrente en su escrito de impugnación al recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal ni en la vista oral del mismo, momentos ambos en los que se limitó a pedir que se confirmara la Sentencia absolutoria dictada en instancia. De forma y manera que el fallo condenatorio pronunciado por la Sala se atuvo a los términos del debate procesal ante ella desarrollado, sin que, por ello mismo, quepa reprochar a la resolución recurrida incongruencia omisiva algu-

na por el referido motivo que, en cualquier caso, habría de entenderse tácitamente desestimado.

8. Por providencia de fecha 13 de octubre de 1997, se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 14 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. Alega el demandante de amparo que la Sentencia dictada en sede de apelación, revocatoria de la absoluta pronunciada en la instancia, y por la que fue condenado como autor responsable de un delito de robo con intimidación, ha vulnerado sus derechos fundamentales a la igualdad ante la ley (art. 14 C.E.), a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.). El Ministerio Fiscal, por su parte, rechaza la existencia de tales vulneraciones y, consecuentemente, interesa la denegación del amparo.

2. Ante todo la alegada vulneración del principio de igualdad debe ser descartada, sin mayor esfuerzo argumental, toda vez que ni ha quedado acreditada la real existencia de la línea jurisprudencial que el recurrente afirma seguida por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid en otros casos idénticos, supuestamente basada en una asimilación entre los recursos de apelación y de casación que impediría proceder en aquella sede a una nueva valoración de la prueba, ni el demandante de amparo ha aportado el término de comparación necesario para que este Tribunal pueda apreciar producida dicha vulneración.

3. El recurrente entiende vulnerado su derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.) por dos motivos distintos, que conviene tratar separadamente. De un lado, mantiene que el recurso de apelación presentado por el Ministerio Fiscal por error en la apreciación de la prueba ha sido utilizado por la Audiencia Provincial para revisar la valoración de dicha prueba realizada por el juzgador de instancia, siendo así que, en su opinión, esta facultad tan sólo puede ser ejercida por este último dada su situación de inmediación respecto de la prueba practicada en el acto del juicio oral; de otro lado, afirma que la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid ha basado su fallo condenatorio en ciertas actuaciones sumariales carentes de todo valor probatorio, no susceptibles por tanto de desvirtuar la presunción de inocencia.

4. Con arreglo a nuestra reiterada doctrina, no cabe afirmar que el derecho a la presunción de inocencia que vulnerado cuando el Tribunal de apelación procede a una nueva valoración de la prueba, sustitutiva de la realizada por el Juez *a quo*. A este respecto debe recordarse que tal posibilidad ha sido repetidamente admitida por este Tribunal, quien ha declarado que «el Juez o Tribunal de apelación puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el juez *a quo*, dado que el recurso de apelación otorga plenas facultades al Tribunal *ad quem* para resolver cuantas cuestiones se le planteen» (STC 323/1993, fundamento jurídico 4.º, que cita las SSTC 124/1983, 23/1985, 54/1985, 145/1987, 194/1990). Y ello por cuanto el recurso de apelación «conlleva, con el llamado efecto devolutivo, que el juzgador *ad quem* asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el juez *a quo* no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba» (SSTC 102/1994, fundamento jurídico 3.º; 120/1994, fundamento jurídico 2.º; 272/1994, fundamento jurídico 2.º; 157/1995, fundamento jurídico 4.º, y 176/1995, fun-

damento jurídico 1.º). En fin, el argumento relativo a la alegada falta de inmediación del Tribunal *ad quem* debe también rechazarse de acuerdo con nuestra doctrina toda vez que, como se ha declarado recientemente en un supuesto muy semejante, no se vulnera tal principio cuando en la apelación «no se practicaron nuevas pruebas, para lo que efectivamente hubiera sido necesario respetar los principios de inmediación y contradicción a que alude el recurrente en su demanda de amparo, sino que la Sala hizo suyas las practicadas en instancia, aun cuando su valoración de las mismas resultara distinta de la expresada por el Juez de lo Penal» (STC 43/1997, fundamento jurídico 2.º).

5. Igualmente debe ser rechazado el segundo de los argumentos en los que el recurrente se basa para sostener la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia, cual es el haberse basado la condena en datos obrantes en las diligencias sumariales, carentes de eficacia probatoria. Conviene recordar, para dar respuesta a esta queja, que la falta de eficacia del reconocimiento llevado a cabo por la víctima en rueda ante el Juez de Instrucción y luego ratificado en el juicio oral, venía determinada, según entendió, a diferencia de la Audiencia Provincial, el Juez de lo Penal y sostiene ahora el recurrente, por la circunstancia de que, en sede policial, tras no conseguir la víctima reconocer al autor del atraco entre las fotografías incluidas en varios álbumes, se procedió a mostrarle a la misma un cuchillo de características muy comunes, que dijo identificar como el utilizado en el atraco, así como, a continuación, una única fotografía, en la que finalmente sí identificó al ahora demandante de amparo.

El reconocimiento fotográfico, debemos recordar, no pasa de ser «un medio válido de investigación en manos de la policía» (STC 40/1997, fundamento jurídico 3.º), por lo que, habiendo existido una verdadera actividad probatoria en el juicio oral, se trataría, en principio, de una actividad carente de toda relevancia en relación con la presunción de inocencia. Ahora bien, no es menos cierto que es posible que se produzcan situaciones tales que hagan que la prueba realizada en el juicio oral pueda estar condicionada por la regularidad del reconocimiento fotográfico en su día practicado, como ocurrió en el supuesto contemplado en la STC 36/1995, en el que el testigo no reconoció al acusado en el referido juicio, celebrado cuatro años después de cometerse el delito, aunque sí manifestó que lo había identificado ante la policía a través de este medio. Caso contrario es el de la STC 323/1993, en la que, las irregularidades de dicho reconocimiento, e incluso de una ulterior rueda de reconocimiento, no fueron obstáculo para que este Tribunal, ante el reconocimiento «sin ningún género de dudas» (fundamento jurídico 4.º) realizado en el acto del juicio, descartase una vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

En el presente caso, ha existido prueba de cargo suficiente e indubitada para desvirtuar la presunción de inocencia cual es la ratificación en el juicio oral, mediando todas las garantías exigibles, del reconocimiento en rueda practicado en fase de instrucción, así como el reconocimiento efectivo del acusado en ese acto, realizado en unas condiciones que ponen de manifiesto la solidez del convencimiento de la testigo, que lo reconoció a pesar de que, según se hace constar, se había producido una relativa alteración de su apariencia física. Frente a ello, no existe ningún dato que pueda llevar a considerar que la percepción de la testigo haya estado condicionada por la actuación policial.

6. En cuanto a la queja relativa a una supuesta incongruencia omisiva imputable a la Sentencia dictada en sede de apelación, de la que se deriva, a su juicio,

la consiguiente vulneración del art. 24.1 C.E., debe recordarse que es doctrina constante de este Tribunal, que el derecho fundamental a la tutela judicial obliga a los Jueces y Tribunales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, de tal modo que el incumplimiento de dicha obligación constituye una lesión de aquel derecho fundamental (SSTC 14/84, 177/85, 142/87, 69/92 y 88/92, entre otras). Concretamente, desde la STC 20/1982, se ha venido declarando que el vicio de incongruencia supone un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, siendo así que cuando esa desviación «es de tal naturaleza que supone una completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción y por ende del fundamental derecho de la defensa» (fundamento jurídico 1.º).

Una de sus manifestaciones la constituye la incongruencia omisiva, a cuyo respecto hemos declarado que «para que la queja por incongruencia omisiva sea atendible en el plano constitucional, es preciso constatar la congruencia de dos extremos esenciales, el efectivo planteamiento de la cuestión cuyo conocimiento y decisión se afirma eludido por el Tribunal y la ausencia de respuesta razonada por parte del órgano judicial a ese concreto motivo del recurso (SSTC 13/87, 28/87, 142/87 y 5/90)» (STC 150/1993, fundamento jurídico 3.º). Para apreciarla, ha de comprobarse si la cuestión fue suscitada en el momento procesal oportuno y «si la ausencia de contestación por el órgano judicial ha generado indefensión» (STC 56/1996, fundamento jurídico 4.º), debiendo valorarse, a estos efectos, si razonablemente ha podido interpretarse la falta de respuesta como desestimación tácita (SSTC 4/94, 169/94). Igualmente debe distinguirse entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas, siendo así que «respecto a las primeras, no sería necesaria para la satisfacción del derecho referido una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. Más rigurosa es la exigencia de congruencia respecto a las pretensiones, siendo necesario para poder apreciar una respuesta tácita —y no una mera omisión— que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial pueda deducirse razonablemente no solo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino los motivos fundamentales de la respuesta tácita» (STC 56/1996, fundamento jurídico 4.º).

7. A la luz de esta doctrina habrá de examinarse si es atendible la queja del recurrente respecto del silencio guardado por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial acerca de dos cuestiones sobre las que entiendo que debería haberse pronunciado expresamente, la posible concurrencia de la eximente incompleta de enajenación mental y su alegación relativa a la exclusiva competencia del juzgador de instancia para proceder a la valoración de la prueba ante él practicada. Respecto de la primera debe señalarse que fue alegada en el escrito de conclusiones provisionales, luego elevadas a definitivas, que incluía la correspondiente petición subsidiaria a la de absolución, consistente en que, para el caso de que se le considerase autor de los hechos delictivos, se le aplicase la referida eximente incompleta.

Analizando cada una de estas alegadas omisiones por separado, la relativa a la incompetencia de la Audiencia para valorar la prueba, que el recurrente silencio ya en su escrito de alegaciones, baste señalar para rechazarla que la Sala, al haber corregido los efectos atribuidos

por el juzgador de instancia a las irregularidades que supuestamente habrían rodeado a los reconocimientos practicados en sede judicial, estaba desestimando, de forma implícita pero indubitada, dicha argumentación en forma, pues, compatible con las exigencias del derecho reconocido en el art. 24.1 C.E.

8. Diferente debe ser, sin embargo, nuestra conclusión respecto de la falta de respuesta a la alegación de concurrencia de una eximente incompleta de drogodependencia, cuya apreciación el ahora demandante de amparo solicitó en la instancia de forma subsidiaria a su libre absolución, con arreglo a lo previsto en el art. 8.1 en relación con el art. 9.1 del anterior C.P.

Consta, en efecto, en autos que dicha eximente incompleta fue alegada en el momento procesal oportuno en la primera instancia, no habiendo sido abordada en la Sentencia del Juzgado de lo Penal debido al sentido absolutorio de su fallo. No obstante, al entender la Audiencia que existía prueba de cargo que desvirtuaba la presunción de inocencia y proceder a condenar al, en ese momento, apelado, debió dar respuesta a la referida pretensión.

Ante todo, no cabe admitir la posibilidad de una respuesta desestimatoria implícita, como pone de manifiesto la mera constatación de que no es posible, ante la falta de respuesta expresa, saber si el órgano judicial, antes de fallar, se planteó la posible concurrencia de la atenuante alegada, ni, mucho menos, los motivos que hubieran podido justificar esa hipotética desestimación tácita. Es más, en cualquier caso, una alegación de la trascendencia de la invocada, de la que depende de modo especialmente relevante la extensión de una pena de privación de libertad, debe necesariamente obtener una respuesta expresa en la Sentencia. En estos casos, «el silencio del órgano judicial ha de ser considerado, pues una omisión o falta de respuesta a la pretensión planteada respecto a la cuantía de la pena; cuestión con trascendencia para el fallo, cuya falta de respuesta implica que no se ha satisfecho suficientemente la existencia de tutela judicial» (STC 262/1988, fundamento jurídico 2.º).

De otra parte, la anterior conclusión no puede verse desvirtuada por lo sostenido por el Ministerio Fiscal acerca de que no existió tal incongruencia por cuanto la eximente incompleta en cuestión no fue invocada por el apelado en la segunda instancia. A estos efectos, debe tenerse en cuenta que, en el proceso *a quo*, el Fiscal, en su escrito de recurso, se limitó a combatir la existencia de una irregularidad que viciase los reconocimientos efectuados, en el entendimiento que había sido la apreciación de esta irregularidad la *ratio decidendi* de la resolución combatida, remitiéndose, en lo demás, a las peticiones efectuadas en el juicio oral, remisión que luego reiteró en el acto de la vista. Consecuente con ello, el acusado-apelado, que carecía de gravamen para solicitar en la segunda instancia su condena y simultánea aplicación de la eximente incompleta, se limitó a sostener la existencia de aquellas irregularidades y a negar que su apreciación hubiese sido el único elemento relevante en la adopción del fallo absolutorio, que también estuvo fundado, a su juicio, en la libre valoración de la prueba realizada por el Juez *a quo*.

De este modo, las alegaciones de las partes en la apelación se limitaron a discutir un elemento de la Sentencia, pero sin que ello pudiera suponer que hubiesen restringido al mismo el debate procesal respecto de los propios términos en los que había sido planteado en la instancia; por el contrario debe entenderse que, implícitamente y por remisión, y como no podría ser de otro modo en el ámbito de un proceso penal, el ahora demandante había reiterado todas las cuestiones suscitadas en dicha instancia. Resulta así que la cuestión relativa



a la existencia de una eximente incompleta, debidamente planteada en el momento procesal oportuno, necesariamente debió ser tenida en cuenta por la Audiencia Provincial de forma previa al pronunciamiento de un fallo condenatorio.

9. De todo lo anterior resulta, consiguientemente, la procedencia de la estimación parcial del amparo por la incongruencia omisiva apreciada, lo que implica acordar la devolución del asunto a la jurisdicción ordinaria, a fin de que se pronuncie acerca de la eximente incompleta prevista en el art. 8.1 en relación con el 9.1 del anterior Código Penal, relativa a la drogodependencia del acusado.

### FALLO

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

Ha decidido

Estimar parcialmente el presente recurso de amparo y, en consecuencia:

1.º Declarar el derecho del demandante a la tutela judicial efectiva.

2.º Anular la Sentencia núm. 527 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de noviembre de 1994.

3.º Reponer las actuaciones al momento de emitir dicha Sentencia para que se dicte otra que se pronuncie sobre la concurrencia de la eximente a la que se refiere el fundamento jurídico 9 de esta Sentencia.

4.º Desestimar el recurso de amparo en todo lo demás.

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

Dada en Madrid, a trece de octubre de mil novecientos noventa y siete.—Alvaro Rodríguez Bereijo.—Vicente Gimeno Sendra.—Pedro Cruz Villalón.—Enrique Ruiz Vadillo.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Pablo García Manzano.—Firmados y rubricados.

*Voto particular que formula el Magistrado don Enrique Ruiz Vadillo al que se adhiere el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, a la Sentencia recaída en el recurso de amparo núm. 4.125/94*

Discrepo, respetuosamente, de una parte de la Sentencia anteriormente citada, en lo que concierne al fundamento jurídico 3.º, respecto de la alegada presunción de inocencia en relación con el fallo condenatorio dictado por la Audiencia Provincial conociendo del correspondiente recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, frente a la Sentencia del Juez de lo Penal que absolvía al imputado; demanda de amparo que, a mi modesto entender, debió conducir a estimar el recurso por las razones que de manera breve expongo a continuación:

1. Es evidente, que cada Juez conserva sus facultades de apreciación de la prueba. Como vino a decir la STC 124/1983, fundamento jurídico 1.º, frente a los razonamientos del Juez de Instancia que se consideraron en la Sentencia que allí se contemplaba, impecables desde el punto de vista constitucional, esto es, bajo el enfoque del art. 24.2 C.E., al que no convencieron las pruebas practicadas de la culpabilidad del imputado, dictando Sentencia absolutoria, el Tribunal de apelación también obró de manera ajustada a Derecho condenando, si esa

fue la convicción razonada y razonable obtenida con los mismos elementos probatorios, apreciando en conciencia las pruebas practicadas en el juicio (art. 741 L.E.Crim.). Tal situación, se sigue diciendo, no supone vulneración del principio de presunción de inocencia sino discrepancia en la valoración de la actividad probatoria por parte de dos órganos judiciales igualmente libres para valorar la prueba con el resultado de que entre ambas valoraciones ha de imponerse la del Tribunal superior.

2. A mi juicio, esta importante doctrina de la que partimos, ha de ser objeto de aplicación en función de las circunstancias concurrentes, proyectadas siempre a las especificidades del proceso penal, que son comunes a la Sentencia citada y a la que es objeto de este voto particular. En efecto, no hay ningún inconveniente, o por lo menos los existentes son válidamente salvables, en que otro tipo de pruebas, siempre bajo la exigencia de los principios que son comunes a la actividad probatoria, especialmente en el proceso penal, se valoren de distinta manera por uno u otro Juez, según las apreciaciones —que habrán siempre de razonarse— (art. 120.3 C.E.) que cada uno extraiga de ellas. Pero respecto de la testifical no cabe decir lo mismo. Como consecuencia del principio de oralidad (un sector importante de la doctrina científica ha denominado a la inmediación «compañero de viaje» de la oralidad) surge en la fase probatoria la exigencia de inmediatividad —todo se tiene que probar en el juicio oral y sólo en él, salvo excepciones muy cualificadas que no son del caso—. En presencia del juzgador y únicamente con inmediatividad y contradicción se puede obtener la convicción de culpabilidad y fundamentar la Sentencia. Solo muy excepcionalmente, y los supuestos no concurren en este caso, puede el Juez o Tribunal fundamentar su decisión en pruebas practicadas extramuros del juicio oral. Nos remitimos a la doctrina constante y reiterada de este Tribunal.

Pues bien, no me parece procedente —dicho sea con todo respeto para las opiniones distintas o contrarias— y tal vez mi apreciación sea equivocada, que el Juez de apelación sustituya en los términos que lo hizo, como luego se verá, la absolución de un imputado —cuando se trate de una duda razonable del Juez de instancia, motivadamente expuesta— por la condena del mismo sin otro elemento de juicio que la lectura ni siquiera exteriorizada en público del folio en que constaba la declaración de la testigo víctima, sin haberla visto ni oído, es decir, sin haber presenciado de manera directa sus manifestaciones.

Como es tan sabido en el proceso penal, la convicción de que el hecho denunciado no se produjo, de que, habiéndose producido, el imputado no participó en él y la duda sobre cualquiera de estas circunstancias (principio *in dubio pro reo*) conducen al mismo resultado: A la absolución.

3. El art. 795 en su regla 3.ª, de la L.E.Crim. limita los supuestos de proposición de práctica de diligencias de prueba, en el recurso de apelación, a las que no pudieran proponerse en la primera instancia, a las propuestas que le fueron indebidamente denegadas siempre que fuese formulada en su momento la oportuna reserva, y a las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables exponiendo las razones por las que la falta de aquellas diligencias de prueba ha producido indefensión.

Por consiguiente, parece —aunque pudiera admitirse otra interpretación, en el sentido de que esta regla cede, en aras de principios esenciales, cuando se trata de sustituir la absolución por la condena—, pero ésta es una apreciación muy personal, que el Juez de la apelación

salvo que se esté en presencia de algunos de estos supuestos habrá de valorar la prueba —también la testifical— sobre la base de lo que conste en el acta del juicio oral y nada más, aunque en el entendimiento —todo ello obvio es repetirlo, en la modesta manera de entender el problema— de que tendrán que hacerse efectivos al operar así, todos los principios en que se inspira el proceso penal.

Creo que si un Juez ha absuelto por haber nacido en él una duda respecto de la participación del imputado en el hecho delictivo que se juzga, por cualquier circunstancia como pudieron ser las posibles irregularidades que concurrieron en el oportuno reconocimiento y por las intransferibles sensaciones percibidas en una declaración —lo que dijo, lo que calló, el gesto, la palidez del rostro, los titubeos, etc... del testigo-víctima, única prueba de cargo, otro Juez en grado de apelación sólo podrá sustituir la absolución por la condena en función de la deficiente argumentación del primero, de un inequívoco error en la apreciación de la prueba, de la irracionalidad, de la falta de lógica o de la arbitrariedad del razonamiento (dichas sean estas palabras con un sentido técnico carente de cualquier apreciación peyorativa), pero no en el puro voluntarismo, pese a haber actuado todos ellos dentro de la más absoluta rectitud lo que, evidentemente, no pongo en duda.

4. En este caso, como ya se anticipó, el tema se centra en las condiciones en que la identificación del presunto autor del hecho delictivo, se produjeron. La diligencia de reconocimiento que se regula en los arts. 369 y 370 L.E.Crim., no es otra cosa que la práctica de una prueba testifical en la que el testigo es, generalmente, víctima. Esta diligencia ofrece unas características tales que si desde el primer momento no se actúa con toda regularidad y exactitud los efectos pueden ser realmente perversos. Quien identifica sin garantías, en un primer momento, más adelante identificará a quien identificó, no tal vez a quien es el verdadero autor del delito.

La cadena, en este sentido, puede ser infernal.

5. Antes de proseguir es importante hacer una breve consideración sobre un punto que siendo, a los efectos que aquí interesan, complementario, me parece conveniente destacar. Las posiciones del acusador y del acusado son especialmente diferentes en el proceso penal por imperativo de la naturaleza de las cosas y del propio sistema jurídico vigente. Aquel no tiene derecho a ser informado de la posición del acusado como éste lo tiene a conocer la del acusador, a éste se le puede negar el derecho al recurso que sólo es obligatorio establecer en materia penal para el condenado (véase art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), el reproche a los Jueces por parcialidad objetiva alcanza una distinta significación en uno y otro, no existe a favor del acusado una especie de presunción de inocencia invertida alegable en el recurso de casación basándose en que hubo, a juicio del acusador, prueba de cargo, etcétera (véase STC 41/1997). En cuanto afecta a este supuesto, el Juez de apelación en el orden penal está situado siempre en una posición diferente según sea la naturaleza absolutoria o condenatoria de la parte dispositiva de la Sentencia recurrida.

6. Si el Ministerio Fiscal no podía proponer que la testigo volviera a declarar, en los términos ya examinados, la condena por él solicitada sólo pudo ser viable, como también se anticipó, si se hubiera acreditado que el proceso intelectual del Juez de primera instancia había sufrido un grave error (por ejemplo, condenar a quien nadie reconoció como partícipe) en cualquiera de sus manifestaciones. Las actas dan fe de lo que ocurre en el juicio oral pero lo hacen, en general, de manera extrac-

tada y no pueden reflejar porque es imposible el estado de ánimo del declarante (por eso es esencial que cuanto antes se tomen en video con soporte de imagen y sonido todas las actuaciones de los juicios orales, que se acompañarían como actas si hubiera efectivamente recurso y, se bórrarían, en otro caso).

7. Aquí está la razón de ser de mi muy respetuosa discrepancia.

Es evidente que también el Juez de apelación puede valorar la prueba —toda la prueba— coincidiendo o no con la apreciación del Juez de primera instancia, pero tratándose de prueba testifical que por esencia exige inmediación y paralelamente contradicción real o potencial, solo puede llevarse a cabo una nueva y distinta valoración si se cumplen las exigencias que de manera reiterada —y haciendo aplicación de los principios constitucionales— se vienen exigiendo. La presunción de inocencia que, en este caso, obviamente, no quedó destruida en la primera instancia —en la forma anteriormente recogida en este voto particular— tampoco se destruyó en la segunda, porque la prueba, tal como la contempló el Tribunal *ad quem*, no servía para construir la condena. No es necesario insistir en que nos estamos refiriendo a la transformación de la absolución en condena. El problema sería distinto si las posiciones fueran inversas.

Por ello creo que debió estimarse el recurso de amparo en la primera de sus pretensiones y anulando la Sentencia de apelación con lo que se hubiera mantenido la absolución declarada por el Juez de primera instancia.

Es cuanto debía expresar, con el mayor de los respetos y con la muy alta consideración que me merecen todos mis compañeros, en este voto particular.

Madrid, a veinte de octubre de mil novecientos noventa y siete.—Enrique Ruiz Vadillo.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Firmados y rubricados.

**24613** Sala Primera. Sentencia 173/1997, de 14 de octubre de 1997. Recurso de amparo 1.377/1995. Contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Lleida en apelación contra la del Juzgado de lo Penal núm. 2 de la misma ciudad en procedimiento abreviado por delito de contrabando. Vulneración del derecho a la presunción de inocencia; no acreditación de un elemento del tipo penal aplicado.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Alvaro Rodríguez Bereijo, Presidente, don Vicente Gimeno Sendra, don Pedro Cruz Villalón, don Enrique Ruiz Vadillo, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera y don Pablo García Manzano, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1.377/95, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Juan Carlos Estévez Fernández-Novoa, en nombre y representación de don Lluís Corominas Padulles, actuando bajo la dirección del Letrado don Joaquín Carbonell Tabeni, contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Lleida el 27 de marzo de 1995, en el rollo de apelación núm. 251/94. Esta Sentencia estima el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal