

Gobierno de cuantía inferior a 10.000.000 de pesetas»; y que actuó con absoluta buena fe, previo desembolso de la sanción impugnada. Alegó igualmente que si el Juzgado incompetente hubiera declarado diligentemente su falta de competencia habría podido personarse en tiempo ante la Sala.

Sin duda el hecho de que la demandante había satisfecho el importe de la sanción impugnada (como lo demuestra el que pidiera en su demanda contencioso-administrativa que se condenara a la Administración a su devolución) evidencia que no tenía interés alguno en demorar una resolución de fondo, interés que sólo sería apreciable si se tratase de obtener y prolongar la suspensión de la ejecución del acto impugnado; por otra parte la demandante había acudido a un órgano jurisdiccional con sede en el territorio de la Comunidad Autónoma a cuya Administración demandaba, lo que permite excluir que pretendiera dificultar la adecuada defensa de ésta buscando un fuero lejos del alcance de sus servicios jurídicos. Como se dice en el fundamento jurídico 6 de la STC 22/1985, «normalmente quien acude al recurso contencioso-administrativo intenta eliminar con la mayor rapidez posible del mundo del derecho un acto del poder que considera anti-jurídico. Si yerra al dirigirse al órgano competente, su error alargará inevitablemente el tiempo necesario para que el Juez restaure el orden jurídico que él estima violentado y, en consecuencia, si fue negligente o contumaz, lo fue contra su interés».

4. Así las cosas la cuestión que se plantea es si resulta o no proporcionado que el indudable error de la demandante, pero sin la concurrencia de mala fe ni de intencionalidad dilatoria, conduzca a la inadmisibilidad del recurso, pese a la clara dicción del art. 7.3 LJCA, que establece que la declaración de incompetencia supone la remisión de las actuaciones al órgano competente para que ante él siga el curso del proceso, lo que con referencia al art. 8.3 LJCA de 1956 fue interpretado en la STC 78/1991 (FJ 4) como expresivo de una regla necesaria que ha de aplicarse en todo caso y no sólo en los de información incorrecta al recurrente en fase de instrucción de recursos. «La no indicación de un plazo para interponer *ex novo* el recurso y, por el contrario, la expresión "para que siga" el curso de los Autos –sigue diciendo el FJ 4 de la STC 78/1991–, permiten interpretar que el plazo dentro del cual se interpuso el recurso ante la Sala que se declara incompetente es el que rige la temporaneidad de la interposición. Esta es, si no la única interpretación posible del citado art. 8.3, si la más conveniente para la más amplia intelección del derecho a la tutela judicial. Esencial para el respeto a este derecho fundamental es una interpretación de las normas que rigen el acceso a los Tribunales del modo más favorable para la acción (principio *pro actione*) y no de tal manera que la obtención de una resolución sobre el fondo (que debe entenderse como el modo normal de finalización de un proceso y de cumplimiento de la tutela judicial) sea dificultada u obstaculizada con interpretaciones rigoristas o indebidamente restrictivas de aquellas normas procesales».

Esto es precisamente lo ocurrido en el presente caso. El error del demandante al recurrir ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo no pudo determinar la extemporaneidad apreciada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria interpretando el artículo 46 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa sin ponerlo en conexión debidamente con el art. 7.3 en su dicción literal. Una tal interpretación de esta norma, como señaló la STC 78/1991, ha llevado a la Sala a hacerle decir lo que evidentemente no dice. Y esta interpretación, lejos de ser la más favorable al ejercicio del derecho fundamental del art. 24.1 CE, ha supuesto un impedimento indebido para obtener la tutela judicial (FJ 4). La Sala debió seguir el curso de las actuaciones sin

cuestionarse el cumplimiento del plazo de interposición, que fue respetado por el recurrente al presentar su demanda errónea, pero temporáneamente, ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Santander. Al no hacerlo así vulneró el derecho a la tutela judicial de la demandante de amparo, por lo que la Sentencia impugnada debe ser anulada y el amparo otorgado.

FALLO

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

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por la compañía Aries Pultrusión, S.L. y, en su virtud:

1.º Reconocer que se ha vulnerado el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva en su aspecto de acceso a la jurisdicción.

2.º Restablecerla en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de los Autos dictados por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria los días 30 de julio y 25 de septiembre de 2002 en el procedimiento ordinario núm. 454-2002, retro trayendo las actuaciones al momento oportuno para que pueda desarrollarse el proceso con respecto al derecho fundamental que aquí se estima vulnerado.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado»

Dada en Madrid, a seis de junio de dos mil cinco.–Guillermo Jiménez Sánchez.–Elisa Pérez Vera.–Eugeni Gay Montalvo.–Ramón Rodríguez Arribas.–Pascual Sala Sánchez.–Firmado y rubricado.

11735 *Sala Segunda. Sentencia 148/2005, de 6 de junio de 2005. Recurso de amparo 6498-2002. Promovido por don Hassan Barrojo frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, por la que se revocó parcialmente la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 16 de esa misma ciudad, en procedimiento seguido contra el actor por delito de robo.*

Supuesta vulneración del derecho a la presunción de inocencia, y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: condena penal fundada en testimonio preconstituido (STC 217/1989); falta de motivación de la extensión o cuantía de la pena de prisión impuesta al condenado (STC 193/1996).

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente; doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 6498-2002, promovido por don Hassan Barrojo, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Celia Fernández Redondo y asistido por el Abogado don José Antonio de la Orden Arri-

bas, contra la Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de octubre de 2002, por la que se revocó parcialmente la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 16 de esa misma ciudad, con fecha de 14 de agosto de 2002, en procedimiento seguido contra el actor por delito de robo. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Eugeni Gay Montalvo, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 18 de noviembre de 2002 el Sr. Barrojo manifestó su intención de interponer recurso de amparo contra la Sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona con fecha de 7 de octubre de 2002, así como contra el Auto de aclaración de la misma, de fecha 23 de octubre de 2002, a cuyo efecto solicitaba que le fueran designados Abogado y Procurador del turno de oficio. Abierto el correspondiente trámite, y una vez producidas las mencionadas designaciones, la demanda de amparo fue formalizada por escrito presentado en este Tribunal el día 24 de febrero de 2003.

2. La demanda de amparo se basa esencialmente en los siguientes hechos:

a) Por Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 16 de Barcelona, de 14 de agosto de 2002, el demandante de amparo fue condenado, como autor responsable de un delito de robo con intimidación agravado por el uso de armas, a la pena de tres años y seis meses de prisión y, como autor responsable de un delito de resistencia a la autoridad, a la pena de seis meses de prisión.

b) Presentado recurso de apelación contra la anterior resolución fue parcialmente estimado por Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de octubre de 2002, notificada a la representación del actor el día 16 de ese mismo mes y año, en el sentido de rebajarse la condena por robo a dos años de prisión, al no apreciarse que concurriera la agravante de uso de armas por haber sido utilizadas con posterioridad al hecho de la sustracción.

c) Contra la anterior resolución presentó el demandante de amparo una petición de aclaración, por entender que la Sentencia dictada en apelación había incurrido en un error material al aplicarle en su grado máximo la pena correspondiente al tipo privilegiado de robo con intimidación previsto en el art. 242.3 CP, sin ofrecer explicación alguna de las razones conducentes a tal exasperación punitiva. Por Auto de 23 de octubre de 2002, notificado a la representación del recurrente el día 28 de ese mismo mes y año, la Sala declaró que no había lugar a realizar ninguna aclaración, dado que no consideraba que la solicitada se refiriera a la existencia, en la mencionada Sentencia, de un error material.

3. Se aduce en la demanda que la resolución dictada en apelación ha vulnerado el derecho del demandante de amparo a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24.1 CE. Se reprocha, además, a ambas Sentencias la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

En apoyo de la existencia de la primera de dichas pretendidas vulneraciones se argumenta que el órgano judicial de apelación no ofreció razón alguna para explicar por qué, una vez descartada motivadamente la apreciación de la agravante de uso de armas y situada la calificación de los hechos, por lo tanto, en el tipo privilegiado del art. 242.3 CP, procedió a imponer al recurrente en su grado máximo la pena prevista en dicho tipo penal, sin motivación alguna de esa determinación del grado de la pena impuesta, según exige el art. 66.1 CP, y sin haber tenido en cuenta que el condenado carecía de antecedentes penales.

Por lo que se refiere a la queja relativa a la vulneración del derecho del actor a la presunción de inocencia se alega que la única prueba de cargo existente en el proceso en relación con el delito de robo con intimidación consistió en la declaración prestada en el sumario por la supuesta víctima del mismo; declaración que, no habiendo sido ratificada en el acto del juicio oral, fue indebidamente valorada como prueba preconstituida al no haber estado rodeada de las garantías procesales exigibles para ello.

4. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda, de fecha 6 de noviembre de 2003, se acordó, antes de entrar a resolver sobre la admisibilidad del recurso, dirigir atenta comunicación a los órganos judiciales de instancia y de apelación a fin de que, a la mayor brevedad posible, remitieran testimonio del conjunto de las actuaciones practicadas ante ellos. Una vez recibidas las actuaciones solicitadas de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, la Sección Tercera acordó, por providencia de fecha 29 de enero de 2004, dar vista de las mismas al demandante de amparo y al Ministerio Fiscal para que, en el plazo común de diez días, formularan cuantas alegaciones estimasen pertinentes en relación con la carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda (art. 50.1.c LOTC).

5. El Ministerio Fiscal formuló sus alegaciones mediante escrito de fecha 12 de febrero de 2004, en el que concluía interesando la inadmisión a trámite de la demanda por carencia manifiesta de contenido constitucional.

A juicio del Ministerio Fiscal no cabía admitir el motivo de amparo consistente en una pretendida falta de tutela judicial efectiva, por no haberse expresado en la Sentencia dictada en apelación las razones que condujeron al órgano judicial a imponer en su grado máximo la pena correspondiente al tipo atenuado de robo, ya que, de conformidad con la doctrina constitucional relativa a la exigencia de motivación de la individualización de la pena, el control de este Tribunal quedaría reducido a la comprobación de la relación existente entre la norma aplicada y el contenido del fallo (STC 139/2000, FJ 4), pero sólo en los casos en los que la pena impuesta excediere del mínimo legalmente previsto (STC 20/2003, FFJJ 4-6) o cuando, deduciéndose de los hechos probados los elementos necesarios para la imposición de la pena, la sanción impuesta no resultase racional (SSTC 47/1998 y 139/2000), no pudiendo incluirse el presente supuesto en el segundo de tales casos ya que, con independencia del alcance que cupiera otorgar al art. 67, precepto del Código penal aplicable, la Sentencia de la Audiencia expresó suficientemente los motivos tomados en consideración para aplicar la pena prevista en el tipo atenuado de robo en función de la menor entidad de la violencia empleada por el actor para su comisión.

Tampoco consideraba el Ministerio Fiscal que tuviera contenido la queja relativa a la lesión del derecho del actor a la presunción de inocencia, toda vez que, en su opinión, hubo en el proceso prueba de cargo suficiente en la que basar el fallo condenatorio, constituida, no sólo por la declaración prestada en el acto del juicio oral por los policías que procedieron a su detención cuando el demandante todavía forcejeaba con la víctima, sino por la prueba preconstituida consistente en la declaración sumarial de esta última, plenamente válida a efectos probatorios al haber tenido lugar a presencia judicial y en forma contradictoria.

La representación del actor, por su parte, formuló sus alegaciones por escrito también de 12 de febrero de 2004, en el que, sustancialmente, se remitía a las ya expuestas en la demanda de amparo.

6. Por providencia de 27 de mayo de 2004, la Sala Segunda acordó admitir a trámite la presente demanda

de amparo, así como, de conformidad con lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica de este Tribunal, dirigir atenta comunicación al Juzgado de lo Penal núm. 16 de Barcelona a fin de que, en un plazo no superior a diez días, procediera al emplazamiento de quienes, a excepción del demandante de amparo, hubiesen sido parte en el procedimiento para que, en un plazo también de diez días, pudieran comparecer en el presente recurso si ese fuera su deseo.

7. Por diligencia de ordenación del Secretario de Justicia de la Sala Segunda, de fecha 22 de julio de 2004, se acordó dar vista de las actuaciones al recurrente y al Ministerio Fiscal para que, en un plazo común de veinte días, presentasen cuantas alegaciones estimaran pertinentes, de conformidad con lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC.

El Ministerio Fiscal evacuó el trámite por escrito registrado en este Tribunal con fecha de 28 de septiembre de 2004, en el que concluía interesando el otorgamiento del amparo solicitado por considerar vulnerado el derecho del actor a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

Comenzaba el Ministerio Fiscal sus alegaciones rechazando que pudiera reprocharse a las Sentencias recurridas la vulneración del derecho del actor a la presunción de inocencia, dado que, conforme ya había señalado en su anterior escrito de fecha 12 de febrero de 2004, entendía que se había practicado en el proceso prueba de cargo suficiente para fundamentar la condena, constituida por la declaración de la víctima del robo, que si bien había sido prestada en fase sumarial, reunía a su entender todos los requisitos de carácter material (imposibilidad de su reproducción en el acto del juicio), subjetivo (necesidad de intervención judicial), objetivo (garantía de la observancia del principio contradictorio mediante la designación de Abogado para la defensa del imputado) y formal (introducción de la declaración en la vista del juicio mediante la lectura del acta en la que se documentó) para adquirir plena validez probatoria, habiendo declarado además, en el acto del juicio oral, los agentes de policía que procedieron a la detención del demandante de amparo cuando huía tras forcejear con la víctima que había intentado detenerle, quienes declararon en dicho momento que, a su presencia, la persona que había sido objeto del atraco reconoció al recurrente como autor del mismo. A la vista de este bagaje probatorio resultaba, en su opinión, lógico concluir que el demandante de amparo tomó parte en la ejecución de los hechos enjuiciados.

Por lo que se refiere al otro motivo de amparo invocado en la demanda, relativo a la insuficiente motivación de la Sentencia de apelación en lo tocante a la individualización en concreto de la pena impuesta al demandante de amparo por el delito de robo, modificaba el Ministerio Fiscal la conclusión anteriormente expuesta en su escrito de fecha 12 de febrero de 2004, en el sentido de reconocer que, de acuerdo con lo declarado por este Tribunal en la STC 20/2003, FJ 6, para que el ejercicio del arbitrio judicial legalmente acordado en materia de determinación de la pena resulte constitucionalmente legítimo debe estar convenientemente motivado, y que, si bien es cierto que en la STC citada parecía restringirse tal exigencia a los casos en los que la pena impuesta fuera superior a la solicitada por las acusaciones, también lo sería que en el presente caso existían razones que abonaban la aplicación de ese mismo criterio, ya que, habiendo sido condenado el recurrente en instancia como autor de un delito de robo agravado a la pena de tres años y seis meses de prisión, la Audiencia estimó que no era ese el delito cometido, ni tampoco el descrito en el tipo básico de robo, sino el contemplado en el tipo atenuado contenido en el art. 242.3 CP, cuyo marco penal oscilaba entre uno y dos años de prisión, no habiendo, sin embargo, ofrecido explicación alguna de las razones que le llevaron a optar

por el límite máximo de dicho marco penal, lo que supondría una infracción, no sólo de lo dispuesto en el art. 66.1 CP, sino del propio art. 24.1 CE, que impone al órgano judicial que justifique en tal caso el uso del arbitrio que le es reconocido por la Ley a fin de evitar que, por ausencia de justificación, dicho ejercicio pudiera tildarse de arbitrario. Por ello concluía el Ministerio Fiscal interesando la anulación de la Sentencia de apelación y la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de su pronunciamiento, a fin de que el Tribunal procediera a dictar otra en la que la pena impuesta resultase justificada conforme a las exigencias del derecho fundamental que se declara vulnerado.

8. La representación del demandante de amparo presentó sus alegaciones por escrito de fecha 23 de septiembre de 2004, en el que se ratificaba en las ya formuladas en la demanda de amparo y en su anterior escrito de fecha 12 de febrero de 2004, reiterando que la declaración prestada en fase sumarial por el denunciante fue introducida en el juicio oral sin que, en ningún momento de las actuaciones judiciales, hubiera podido tener intervención alguna la defensa del actor mediante la formulación al declarante de las preguntas que hubiese estimado pertinente.

9. Por providencia de 2 de junio de 2005, se señaló para deliberación y votación de esta Sentencia el día seis del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo se dirige contra una Sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona por la que, en apelación, se impuso al recurrente, como autor responsable de un delito de robo con intimidación sin concurrencia de circunstancias agravantes, la pena de dos años de prisión por aplicación del tipo privilegiado de robo contemplado en el art. 242.3 del Código penal (CP), así como contra el Auto de aclaración dictado por la Sala tras la petición del condenado de que le fueran expuestas las razones por las que dicha pena le había sido impuesta en su grado máximo, no obstante haberse declarado la ausencia de circunstancias agravantes de la responsabilidad penal.

Considera el demandante de amparo que ambas resoluciones han vulnerado sus derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a la presunción de inocencia, al no haber motivado el órgano judicial de apelación la individualización de la pena impuesta en concreto y al haberse valorado como prueba de cargo la declaración prestada por el denunciante en fase sumarial, pese a no haber sido ratificada en el acto del juicio oral con las debidas garantías de inmediatez y de contradicción.

El Ministerio Fiscal no considera producida esta última vulneración de derechos fundamentales, al apreciar que hubo en el proceso prueba de cargo suficiente, toda vez que la mencionada declaración de la víctima del robo reunía todos los requisitos para ser valorada como prueba preconstituída, viniendo por otra parte avalada su verosimilitud por la declaración prestada en el acto del juicio oral por los agentes policiales que procedieron a la detención del actor momentos después de producidos los hechos enjuiciados. Sí estima, en cambio, vulnerado el derecho del actor a la tutela judicial efectiva sin indefensión por falta de motivación suficiente de la Sentencia dictada en apelación en lo tocante a la extensión de la pena de prisión que le fue impuesta en concreto por dicha resolución.

2. Un criterio lógico de ordenación impone que comencemos el examen de los motivos de amparo invocados en el presente recurso por el relativo a la pretendida lesión del derecho del actor a la presunción de inocencia, dado que su eventual estimación conduciría a la

anulación de la condena y, en consecuencia, haría innecesario un pronunciamiento de este Tribunal acerca de la segunda de las vulneraciones de derechos fundamentales invocadas en la demanda.

Alega el recurrente a este respecto que dicha condena se habría basado exclusivamente en la declaración inculpativa prestada en fase sumarial por la víctima del robo, sin que concurrieran las debidas garantías que posibilitaran su contradicción; de manera que, a su entender, dicha declaración habría sido indebidamente elevada por los órganos judiciales de instancia y de apelación a la categoría de prueba preconstituida. Para examinar la relevancia de esta queja procede ante todo recordar la reiterada doctrina de este Tribunal, consolidada desde la STC 31/1981, de 28 de julio, según la cual únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal, en el momento de dictar Sentencia, las practicadas en el acto del juicio oral bajo la vigencia de los principios de igualdad de armas, contradicción, inmediación y publicidad, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolle 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 con los medios aportados a tal fin por las partes. Según esa misma doctrina las diligencias sumariales, por el contrario, son meros actos de investigación, encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente, que no constituyen por sí mismos auténticas pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos transcurran 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 atribuida al juzgador.

Bien es cierto que, como también ha tenido ocasión de señalar este Tribunal en múltiples ocasiones, esta doctrina general tiene como excepciones los actos de instrucción constitutivos de prueba sumarial anticipada y preconstituida, siempre y cuando dichos actos de prueba se hayan obtenido con la estricta observancia de los siguientes requisitos: a) material: que versen sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral; b) subjetivo: que sean intervenidos por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, como es el Juez de Instrucción, sin perjuicio de que, por especiales razones de urgencia, también esté habilitada la policía judicial para recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito; c) objetivo: que se garantice la contradicción, para lo cual, siempre que sea factible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial a fin de que pueda interrogar al testigo; d) formal: que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral, así como que su objeto sea introducido en dicho juicio público mediante la lectura de documentos, la cual ha de posibilitar someter su contenido a la confrontación de las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral (SSTC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 3; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3; 36/1995, de 6 de febrero, FJ 2; 200/1996, de 3 de diciembre, FJ 2; 40/1997, de 27 de febrero, FJ 2; 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 49/1998, de 2 de marzo, FJ 2; 115/1998, de 1 de junio, FJ 2; 97/1999, de 31 de mayo, FJ 5; 72/2001, de 26 de marzo, FJ 3; 141/2001, de 18 de junio, FJ 4; 209/2001, de 22 de octubre, FJ 4; 12/2002, de 28 de enero, FJ 4).

Procede asimismo recordar que este Tribunal tiene señalado que, si bien, como ha quedado dicho anteriormente, en principio la prueba testifical debe practicarse en el juicio oral, pues de sus propias características no deriva, ni su carácter irreplicable, ni su imposibilidad genérica de ser practicada en el mismo, no obstante, excepcio-

nalmente, puede ser incorporada al proceso como prueba anticipada si, dadas las circunstancias del caso, existe una imposibilidad real de que sea practicada en el juicio oral; así, por ejemplo, en los supuestos de imposibilidad del testigo de acudir al juicio oral por fallecimiento (SSTC 10/1992, de 10 de enero, FJ 4; 41/1991, de 25 de febrero; 209/2001, de 22 de octubre, FJ 4). Más concretamente, este Tribunal ha declarado que, aun cuando la residencia fuera del territorio nacional constituye una dificultad para la comparecencia en el juicio, no puede ser equiparada con «la imposibilidad de citación o de articular fórmulas para trasladar directamente al proceso las declaraciones de la víctima del delito» (SSTC 35/1995, de 6 de febrero, FJ 3; 209/2001, de 22 de octubre, FJ 5).

Finalmente no ha de olvidarse la garantía de contradicción que, conforme también ha quedado expuesto anteriormente, exige este Tribunal para que pueda otorgarse a las declaraciones inculpativas de naturaleza sumarial la categoría de prueba preconstituida, reproducible en el acto del juicio; ni que la ausencia de dicha garantía constituye un vicio de origen que impide aceptar como prueba de cargo la lectura en dicho acto de tales declaraciones (SSTC 40/1997, de 27 de febrero, FJ 5; 97/1999, de 31 de mayo, FJ 5; 141/2001, de 18 de junio, FJ 5; 12/2002, de 28 de enero, FJ 4). El rechazo de la virtualidad probatoria de las mismas, que tiene su fundamento directo en la interdicción de indefensión del art. 24.1 CE, viene corroborado, en aplicación de lo dispuesto en el art. 10.2 CE, por lo establecido en el art. 6.3 d) del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, que reconoce a todo acusado el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él, habiendo señalado al respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en una interpretación conjunta de este derecho con la exigencia de que el proceso penal se realice públicamente (art. 6.1 CEDH) que, por regla general, estos derechos imponen acordar para el acusado una ocasión adecuada y suficiente para contestar un testimonio de cargo y para interrogar a su autor, en el momento de la declaración o más tarde (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, asunto *Kostovski*; de 27 de septiembre de 1990, asunto *Windisch*; de 19 de diciembre de 1990, asunto *Delta*; de 19 de febrero de 1991, asunto *Isgró*; de 26 de abril de 1991, asunto *Asch*; de 28 de agosto de 1992, asunto *Artner*; de 20 de septiembre de 1993, asunto *Saidi*). Como el mencionado Tribunal ha declarado más recientemente (STEDH de 27 de febrero de 2001, asunto *Luca*), «los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario» (*vid.* a este respecto, por todas, SSTC 209/2001, de 22 de octubre, FJ 4, y 94/2002, de 22 de abril, FJ 3). De igual manera la STEDH de 22 de julio de 2003, *Gabarrí Moreno contra España*.

3. A la hora de aplicar la anterior doctrina al caso de autos lo primero que ha de destacarse es que, según se desprende de las actuaciones obrantes en poder de este Tribunal, la declaración de la víctima del robo inculpativa al recurrente como autor del mismo se produjo desde un principio con carácter de prueba preconstituida, dada la condición de extranjero no residente en España del testigo. Así se hizo constar, expresamente, en la citación remitida al denunciante para comparecer ante el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Barcelona «para realizar prueba preconstituida». Procede asimismo señalar que dicha declaración ante el Instructor, efectuada con fecha de 27 de julio de 2002, se produjo a presencia del Letrado que había asumido la defensa del demandante de amparo, constando en el acta en la que se documentó que dicho Letrado había formulado al declarante cuantas preguntas estimó conve-

nientes. De manera que ninguna duda cabe acerca de que la indicada declaración tuvo lugar con la debida garantía de contradicción, habiendo sido, por otra parte, introducida en el acto del juicio oral a instancia del Ministerio Fiscal y de la defensa –según consta en el acta correspondiente– mediante lectura de la misma, sin que por el Letrado del recurrente se formulara al respecto objeción alguna.

A todas estas circunstancias favorecedoras de la validez de la mencionada prueba preconstituida para desvirtuar la presunción de inocencia inicialmente obrante a favor del demandante de amparo ha de añadirse el aval aportado a ese testimonio de cargo por el prestado en el acto del juicio oral, con todas las garantías, por tres de los agentes policiales que procedieron a detener al recurrente, quienes declararon que dicha detención se produjo cuando, provisto de una navaja, huía tras haber forcejeado con la víctima del robo, siendo en dicho momento reconocido por el denunciante, a presencia policial, como la persona que le había sustraído la cartera. Sin olvidar que el propio recurrente reconoció encontrarse presente en el lugar de los hechos e, incluso, admitió haber hablado con la víctima del robo, no siendo considerada creíble por los órganos judiciales de instancia y de apelación la explicación ofrecida para justificar tales extremos. A la vista de todo este bagaje probatorio ha de concluirse que no cabe apreciar en las resoluciones recurridas vulneración alguna del derecho del actor a no ser condenado sin que se haya practicado en el proceso prueba de cargo suficiente.

4. La desestimación del anterior motivo de amparo ha de ser seguida del examen del segundo de los invocados en la demanda, relativo a una pretendida falta de motivación de la pena impuesta en concreto al recurrente por la Sentencia dictada en apelación.

A tal respecto hemos de comenzar por señalar que el texto del art. 66.1 CP vigente en el momento en que tuvieron lugar los hechos enjuiciados establecía que, en la aplicación de la pena, los Jueces y Tribunales, cuando no concurrieren circunstancias atenuantes o agravantes, o cuando concurren unas y otras, habrán de individualizar la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la Sentencia. De lo que se trata, pues, una vez llegados a este punto, es de comprobar si, efectivamente, el Tribunal *ad quem* razonó, en forma que pueda considerarse suficiente, su decisión de imponer al actor la pena máxima que correspondía al tipo penal en el que consideró subsumibles los hechos que se le atribuían.

Del examen de las actuaciones se desprende que, en el caso de autos, el órgano judicial de apelación modificó la Sentencia dictada en instancia en el doble sentido de, por una parte, no apreciar en el delito de robo con intimidación, cuya autoría se atribuyó al demandante de amparo, la agravante de uso de armas y de, por otra parte, estimar aplicable a los hechos enjuiciados el tipo privilegiado de robo contemplado en el art. 242.3 CP, a cuyo tenor «en atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho, podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo». De manera que, siendo la pena prevista en el art. 242.1 CP la de prisión de dos a cinco años, el grado inferior de la misma o marco penal propio del art. 242.3 venía constituido, según acertadamente se expone en la Sentencia dictada en apelación, por una pena de prisión de uno a dos años. Pues bien: la opción acogida por el mencionado órgano judicial en este caso fue la de imponerla en su grado máximo (dos años), sin que para ello emitiera explicación alguna acerca de por qué consideraba que esa duración era la adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, limitándose a declarar que esa pena

«se fijará en su grado inferior, de uno a dos años, que se individualiza, conforme a las pautas del art. 66.1 del CP, en su mitad superior, es decir, en dos años de prisión».

La simple mención por la Sentencia dictada en apelación de las pautas contenidas en el mencionado art. 66.1 CP no puede, sin embargo, considerarse motivación suficiente de la imposición del grado máximo de la pena prevista en el art. 242.3 CP. Se trata, por el contrario, de un simple recurso estilístico que aquí aparece vacío de contenido, como queda demostrado con tan sólo observar que, en otro apartado de esa misma Sentencia (concretamente en el quinto de sus fundamentos de derecho), se afirma, en forma contradictoria con lo anterior, expresamente lo siguiente: «debe apreciarse la concurrencia de menor entidad de la violencia y unas circunstancias del hecho que no pueden tildarse de graves».

Cierto es que este último razonamiento fue el que condujo al órgano judicial de apelación a subsumir la conducta en el tipo privilegiado de robo con intimidación contenido en el precepto acabado de citar, pero no es menos cierto que ello no representaba un obstáculo para que, una vez subsumidos los hechos en dicho tipo penal específicamente atenuado, el órgano judicial tomase de nuevo en consideración la menor gravedad de los hechos enjuiciados al efecto de graduar la pena correspondiente a esa nueva calificación jurídica. No lo hizo así la Audiencia, sino que, por el contrario, decidió imponer esa pena en el tope máximo de su segunda mitad (dos años), no obstante haber descartado previamente uno de los dos criterios (el de la mayor o menor gravedad del hecho) presentes en el art. 66.1 CP para justificar tal decisión desde el punto de vista objetivo; decisión ésta que ha de calificarse de palmariamente contradictoria, dado que no resulta lógicamente asumible afirmar a un mismo tiempo, sin ulteriores consideraciones o matizaciones, que un hecho no es grave y que, en cambio, sí que lo es en orden a la exasperación de la pena hasta el límite máximo del marco penal legalmente establecido para ese hecho menos grave.

Por otra parte tampoco hay en la Sentencia dictada en apelación alusión alguna al otro criterio, de carácter subjetivo o personal por el que, a tenor de lo dispuesto en el art. 66.1 CP –en la versión vigente en el momento en que tuvieron lugar los hechos enjuiciados–, podría justificarse tal exasperación, esto es, a las circunstancias personales del delincuente, quien, según se expone en la demanda, carecía de antecedentes penales. La ausencia de toda referencia a esos elementos objetivos y subjetivos, cuya valoración exige el citado precepto para medir el tiempo exacto de privación de libertad que los Jueces y Tribunales de la jurisdicción penal están autorizados a imponer por un hecho legalmente descrito como delito, conduce necesariamente a concluir que no se ha cumplido en este caso con el requisito, asimismo contenido en dicha norma penal, de razonar en la Sentencia los motivos determinantes de tal decisión en función de los indicados parámetros de valoración. Por consiguiente ha de concluirse que la imposición en concreto de una pena de prisión de dos años por un hecho que el propio órgano judicial había considerado no grave, y a un delincuente que carecía de antecedentes penales y respecto de cuyas circunstancias personales nada se dice, carece de motivación suficiente en el sentido requerido, no ya sólo por el art. 66.1 CP –en su versión anterior a la reforma operada en dicho precepto por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros–, sino por la propia doctrina sentada por este Tribunal en relación con la motivación exigible cuando se trata de Sentencias penales condenatorias, respecto de las cuales hemos venido requiriendo un canon más riguroso de motivación (por todas, SSTC 5/2002, de 14 de enero, FJ 2; 209/2002, de 11 de noviembre, FFJJ 3 y 4; 20/2003, de 10 de febrero, FFJJ 5 y 6) al exigir que en ellas, no sólo

se cumpla con la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica de los mismos, sino también con la obligación de fundamentar la pena finalmente impuesta en concreto (vid. a este respecto, entre otras: SSTC 193/1996, de 26 de noviembre, FJ 3; 43/1997, de 25 de enero, FJ 2; 47/1998, de 2 de marzo, FJ 6; y 108/2001, de 23 de abril, FJ3).

5. La conclusión obtenida acerca de la existencia, en la Sentencia dictada en apelación, de un déficit de motivación en lo tocante a la determinación en concreto de la pena impuesta al demandante de amparo, y de la consiguiente lesión de su derecho a la tutela judicial efectiva, conlleva la declaración de la nulidad de dicha resolución y la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de su dictado a fin de que la Sala proceda a motivar debidamente la extensión temporal de dicha pena con arreglo a los criterios de valoración anteriormente mencionados.

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 la demanda de amparo presentada por don Hassan Barrojo y, en su virtud:

1.º Declarar vulnerado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de derecho a una resolución judicial suficientemente motivada en lo tocante a la medida de la pena de prisión impuesta en concreto.

2.º Restablecerlo en su derecho y, a tal fin, anular la Sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona con fecha de 7 de octubre de 2002, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al del dictado de dicha resolución para que por la Sala se determine la pena correspondiente en concreto al delito atribuido al demandante de amparo, motivando expresamente la extensión de la misma en función de la mayor o menor gravedad del hecho y de las circunstancias personales del autor.

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

Dada en Madrid, a seis de junio de dos mil cinco.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Elisa Pérez Vera.—Eugení Gay Montalvo.—Ramón Rodríguez Arribas.—Pascual Sala Sánchez.—Firmado y rubricado.

11736 *Sala Segunda. Sentencia 149/2005, de 6 de junio de 2005. Recurso de amparo 734-2003. Promovido por don Andrés Mármol Castro frente a la Sentencia de un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Córdoba que desestimó su demanda contra el Ayuntamiento por sanción urbanística.*

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: sentencia cuya motivación se limita a referencias legales y jurisprudenciales, pero carece de la necesaria referencia a datos fácticos.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente; doña Elisa Pérez Vera, don Eugení Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 734-2003, interpuesto por don Andrés Mármol Castro, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Dolores Jaraba Rivera, contra el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 1 de Córdoba, que inadmite el incidente de nulidad de actuaciones promovido contra la Sentencia de 3 de diciembre de 2002 que resolvía el recurso contencioso-administrativo 784-2001. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Pascual Sala Sánchez, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 10 de febrero de 2003 se interpone en tiempo y forma demanda de amparo núm. 734-2003, promovida por Andrés Mármol Castro, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Dolores Jaraba Rivera, contra el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Córdoba que inadmite el incidente de nulidad de actuaciones promovido contra la Sentencia de 3 de diciembre de 2002 que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución del Tesorero del Excmo. Ayuntamiento de Córdoba, de 21 de mayo de 2001, recaída en el expediente por sanción urbanística ISU918000598N, núm. 769/91, en relación con el expediente de apremio 1995/2159-230.

2. Los hechos de los que trae su causa el presente recurso de amparo son, sucintamente expuestos, los que siguen:

a) La Unidad de Disciplina Urbanística de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Córdoba inició un expediente sancionador contra el recurrente el 14 de octubre de 1991, imponiéndole finalmente una multa por infracción urbanística por importe de 1.404.000 pesetas. El recurrente presentó un escrito el posterior día 31 alegando que la multa impuesta era superior al coste de la construcción ilegal, por lo que interesaba su aminoración, pretensión que fue desestimada mediante el Decreto 7301/1991, de 14 de noviembre. La sanción fue notificada, en vía voluntaria y ejecutiva, los días 21 de diciembre de 1991 y 2 de marzo de 1995, respectivamente.

El 5 de julio de 1995 se interpuso recurso de reposición contra la providencia de apremio de 2 de marzo de 1995, alegando que no fue debidamente notificada la liquidación de la sanción para su abono, en su caso, en período voluntario. El posterior 22 de septiembre presentó aval a fin de suspender el apremio contra el patrimonio familiar.

Posteriormente, el 3 de julio de 1997, se solicitó la devolución del aval prestado como garantía de la suspensión del expediente de apremio en que se incluía la sanción. El Ayuntamiento de Córdoba acordó, mediante Decreto de 21 de septiembre de 2000, notificado el día siguiente, anular la providencia de apremio y título ejecutivo de la sanción y reponer a fase voluntaria de cobro.

Se interesa, mediante escritos de 25 de octubre de 2000 y 20 de abril de 2001, la anulación de la sanción urbanística, por considerar que ha caducado el expediente sancionador y ha prescrito la sanción, así como la devolución del aval que garantizaba la deuda del expediente de apremio. La Resolución del Ayuntamiento de Córdoba de 21 de mayo de 2001 desestima tales pretensiones, entendiendo que no se han producido, ni la caducidad del procedimiento, ni la prescripción de la sanción, y defendiendo la vigencia del aval en su día presentado, al amparo de los arts. 14.2 de la Ley de haciendas locales y 75.1 del