

que se dicte una nueva respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

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

Dada en Madrid, a veintisiete de marzo de dos mil seis.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Elisa Pérez Vera.—Eugeni Gay Montalvo.—Ramón Rodríguez Arribas.—Pascual Sala Sánchez.—Firmado y rubricado.

**7889** *Sala Segunda. Sentencia 92/2006, de 27 de marzo de 2006. Recurso de amparo 4492-2003. Promovido por don Rafael Chamero Pacha frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que confirmó su condena por varios delitos de robo con intimidación.*

*Vulneración del derecho a la presunción de inocencia: condena penal fundada en pruebas sobre un elemento fáctico del delito, como el uso de arma peligrosa, que no constan en el acta del juicio oral.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, don Vicente Conde Martín de Hijas, 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. 4492-2003, promovido por don Rafael Chamero Pacha, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Paloma Rabadán Chaves y asistido por el Letrado don Elios Lorda Cervera, contra la Sentencia de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de mayo de 2003 por la que se revocó parcialmente la Sentencia dictada por el Juez de lo Penal núm. 4 de Barcelona, con fecha de 9 de enero de 2003, en el procedimiento seguido contra el recurrente por varios delitos de robo. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez, quien expresa el parecer de la Sala.

#### I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal con fecha de 7 de julio de 2003 la Procuradora de los Tribunales doña Paloma Rabadán Chaves, en nombre y representación de don Rafael Chamero Pacha, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales de las que se hace mérito en el encabezamiento de esta Sentencia.

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

a) Con fecha de 9 de enero de 2003 el Juez de lo Penal núm. 4 de Barcelona dictó una Sentencia en la que condenaba al ahora demandante de amparo, como autor responsable de a) dos delitos de robo con intimidación agravados por el uso de arma peligrosa, b) un delito de robo con intimidación sin uso de arma peligrosa y c) un delito intentado de robo con intimidación con uso de

arma peligrosa, concurriendo en todos los casos la agravante de disfraz, a las siguientes penas: 1) tres años de prisión por cada uno de los delitos enunciados bajo la letra a), 2) dos años y seis meses de prisión por el delito al que se hace referencia en la letra b) y 3) dos años y tres meses de prisión por el delito que se contempla en la letra c), con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de distintas cantidades en concepto de indemnización y al de las costas procesales.

b) Contra dicha Sentencia presentó el señor Chamero Pacha recurso de apelación, en el cual, entre otros motivos, denunciaba la indebida aplicación de la agravante de disfraz, así como la indebida agravación impuesta por motivo del uso de arma peligrosa en relación con uno de los delitos de robo con intimidación por los que había sido condenado en instancia, concretamente el cometido el 26 de febrero de 2002 en la sucursal de la Caixa Penedés de la calle Comte Borrell 202-204 de Barcelona. Dicho recurso fue estimado parcialmente por Sentencia de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de mayo de 2003, notificada a la representación procesal del recurrente el día 13 de junio de 2003, en el sentido de declarar no concurrente la agravante de disfraz respecto del delito relacionado en la letra c), con la consiguiente rebaja de la pena por dicho delito a la de prisión por tiempo de un año y nueve meses en lugar de los dos años y tres meses impuestos por la Sentencia de instancia, manteniéndose en lo restante los pronunciamientos de la resolución recurrida.

3. Se aduce en la demanda que las Sentencias recurridas han vulnerado los derechos del solicitante de amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías, respectivamente reconocidos en los apartados 1 y 2 del art. 24 CE.

En apoyo conjunto de ambas pretendidas vulneraciones de derechos fundamentales se argumenta que el órgano judicial de instancia no concedió valor alguno al contenido del acta del juicio oral y sí lo hizo, en cambio, a la declaración prestada en comisaría por un testigo presencial de uno de los robos por los que el recurrente resultó condenado en lo tocante al uso de arma peligrosa para su comisión. En consecuencia el Juzgador *a quo* consideró probado que en dicho robo «amedrentó con un cuchillo que llevaba en la mano» al referido testigo y a otras personas presentes en el lugar de los hechos no obstante no haber prestado dicho testigo declaración alguna en el acta del juicio oral acerca de si efectivamente el actor había hecho uso de la mencionada arma, ni haber sido interrogado contradictoriamente en tal momento en relación con la referida circunstancia, de manera que la apreciación de la misma como agravante habría lesionado los derechos anteriormente indicados.

Planteada esta cuestión como uno de los motivos del recurso de apelación presentado contra la Sentencia de instancia fue desestimada por la Audiencia Provincial, por entender la Sala que, pese a no constar en el acta del juicio oral que el testigo en cuestión hubiera declarado que el recurrente hizo uso de un cuchillo en el acto del robo, ello no obstaba para considerar acreditado tal hecho, ya que el acta únicamente había recogido de modo fragmentario lo declarado en la vista. El demandante de amparo considera que este razonamiento es muy peligroso, toda vez que el acta del juicio oral constituye una garantía de lo que se practica en el plenario, debiendo estarse a lo que dice y a lo que no dice (cita a este respecto las SSTC 161/1990 y 140/1991). Por consiguiente, si en el acta del juicio oral nada se hizo constar sobre el uso por su parte de un cuchillo en uno de los robos por los que resultó condenado, ello equivaldría a la falta de prueba de dicho uso, dado que, a tenor de la jurisprudencia constitucional, únicamente constituyen auténticas pruebas las

practicadas en el acto del juicio oral en condiciones de oralidad, intermediación y contradicción, no teniendo el atestado policial, según esa misma jurisprudencia, más valor que el de una simple denuncia.

Se queja también el actor de que no le fuera aplicada la eximente de drogadicción prevista en el art. 20.1 CP, sino únicamente la atenuante contemplada en el art. 21.2, y de que, ante el motivo de apelación planteado por esta razón con abundancia de datos que acreditaban que no era un consumidor meramente esporádico de drogas (como así lo había concluido el juzgador de instancia) sino un auténtico adicto a las drogas, no hubo respuesta por parte del Tribunal *ad quem*, lo que supuso una nueva vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva sin indemnización.

4. Por providencia de fecha 3 de febrero de 2005 la Sala Segunda acordó conocer del presente recurso de amparo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 11.2 de la Ley Orgánica de este Tribunal, así como, de acuerdo con lo establecido en su art. 51, dirigir atenta comunicación a los órganos judiciales de instancia y de apelación a fin de que, en un plazo no superior a diez días, remitieran testimonio del conjunto de las actuaciones ante ellos practicadas, interesando al propio tiempo el emplazamiento, a excepción del recurrente, igualmente en un plazo máximo de diez días, de quienes fueron parte en el procedimiento a fin de que pudieran comparecer en este proceso constitucional, si ese fuera su deseo.

5. Por diligencia de ordenación del Secretario de la Sala Segunda de 22 de diciembre de 2005 se acordó dar vista de las actuaciones recibidas al demandante de amparo y al Ministerio público a fin de que, en un plazo común de veinte días, pudiesen presentar cuantas alegaciones estimaran convenientes, de conformidad con lo dispuesto en el art. 52.1 de la Ley Orgánica de este Tribunal.

6. El Fiscal presentó sus alegaciones mediante escrito de fecha 26 de enero de 2006 en el que concluye proponiendo que no se conceda el amparo solicitado.

Desde un punto de vista formal señala que es el derecho a la presunción de inocencia el que en este caso ha de considerarse vulnerado, no obstante no haber sido expresamente mencionado en la demanda, ya que de lo que en definitiva se queja el recurrente es de la inexistencia de prueba de cargo suficiente para fundamentar la aplicación de un tipo penal agravado. Ese ha de ser, pues, a su juicio el encuadramiento jurídico del que habrá de partirse para abordar el examen de la indicada queja, siendo esta conversión perfectamente lícita conforme a reiterada doctrina constitucional (por todas, STC 29/2005, FJ 3), más atenta a controlar si efectivamente se han producido vulneraciones de derechos fundamentales que a controlar la correcta calificación jurídica que de las mismas se haya formulado en la demanda de amparo.

Desde esta perspectiva considera el Ministerio público que ninguna vulneración del derecho del actor a la presunción de inocencia cabe reprochar a las resoluciones recurridas, ya que, si bien es cierto que en el acto del juicio oral no se recoge alusión alguna al uso por su parte de un cuchillo para perpetrar uno de los robos por los que fue condenado, ello no significa que dicho extremo no fuera mencionado en ese momento por el testigo presencial de ese hecho, puesto que, ni en el acto del juicio se recogen todas las incidencias que tienen lugar en el mismo, sino que, de conformidad con lo establecido en el art. 743 LECrim, en ella únicamente se exige que el Secretario del Tribunal haga «constar sucintamente cuanto importante hubiere ocurrido», ni dicho documento goza de literosuficiencia respecto de los medios de prueba practicados en el juicio oral. De manera que de tal omisión no cabría deducir que no se hubiera practicado en el

acto del juicio prueba de cargo suficiente acerca de la utilización del arma de referencia, especialmente a la vista de que en los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia se afirma en forma expresa que la utilización del cuchillo quedó acreditada por la declaración prestada por un testigo presencial, declaración que, no obstante no precisar el juzgador *a quo* en qué momento del proceso tuvo lugar, «nada impide considerar que se produjo durante la celebración del juicio», tal y como así se habría determinado en la Sentencia dictada en apelación al no otorgar la Sala virtualidad probatoria alguna a la declaración que ese mismo testigo había efectuado en dependencias policiales. Concluir cosa distinta supondría, en opinión del Fiscal, adentrarse en el contenido de la valoración probatoria realizada por los órganos judiciales, tarea que no le está permitido realizar a este Tribunal.

Por lo que se refiere a la pretendida vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, que en la demanda se estima cometida por razón de no haberle sido aplicada al recurrente la eximente de drogadicción prevista en el art. 20.1 CP, sino únicamente la atenuante del art. 21.2, así como por la falta de respuesta por parte del Tribunal *ad quem* en relación con el motivo de apelación planteado en este sentido con abundancia de datos que acreditarían que no era un consumidor meramente esporádico de drogas (como había concluido el juzgador de instancia), sino un auténtico adicto a las drogas, el Ministerio público es de la opinión de que, si lo que bajo la alegación se plantea es la existencia de una incongruencia omisiva en la Sentencia dictada en apelación, tal motivo sería inadmisibles por no haber interpuesto el actor el incidente de nulidad de actuaciones que resulta preceptivo. Lo que sin embargo cree el Fiscal es que esta queja no se basa en una falta de respuesta por parte de dicha resolución, sino en una discrepancia por parte del recurrente respecto de la conclusión obtenida por la Audiencia Provincial en el ejercicio de su facultad de libre valoración de las pruebas, valoración que, por ser de la exclusiva competencia de los órganos de la jurisdicción penal, no puede revisarse en la vía del amparo constitucional.

7. Por escrito presentado en el Juzgado de guardia el 25 de enero de 2005, registrado en este Tribunal el día 27 de ese mismo mes y año, la representación del recurrente manifestó que se ratificaba en las alegaciones ya formuladas en la demanda de amparo.

8. Mediante providencia de 23 de marzo de 2006 se acordó señalar para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 27 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo tiene por objeto la impugnación de dos Sentencias sucesivamente dictadas por el Juez de lo Penal núm. 4 de Barcelona y por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de esa misma ciudad en las que el demandante de amparo fue condenado a distintas penas en tanto que autor penalmente responsable de dos delitos de robo con intimidación agravados por el uso de arma peligrosa, un delito de robo con intimidación sin uso de arma peligrosa y un delito intentado de robo con intimidación con uso de arma peligrosa.

No discute el recurrente su autoría respecto de dichos delitos, sino que lo que reprocha a las resoluciones recurridas es haber vulnerado sus derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías al haberle aplicado la indebida agravación resultante del uso de arma peligrosa en uno de los delitos de robo con intimidación por los que fue condenado, concretamente el cometido el 26 de febrero de 2002 en la sucursal de la Caixa Penedés de la calle Comte Borrell 202-204 de Barcelona, no obstante no haberse practicado prueba de cargo

suficiente en el proceso respecto de la efectiva utilización de un arma en su comisión. En consecuencia rechaza la aplicación del mencionado tipo agravado de robo, afirmando que, según se desprende del silencio que a este respecto se observa en el acta del juicio oral, la cuestión del uso por su parte de un cuchillo para cometer el referido delito no fue introducida en el plenario por el principal testigo de cargo ni, en consecuencia, pudo ser entonces sometida al necesario debate contradictorio. Estima además producida una nueva vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva por razón de la falta de respuesta por parte del órgano judicial de apelación al motivo planteado en el recurso respecto de la falta de aplicación de la eximente de drogadicción.

El Ministerio público considera, por su parte, que la primera de las referidas quejas debe encuadrarse en el marco del derecho a la presunción de inocencia, pues lo que en definitiva reprocha el actor a las resoluciones recurridas es haberle condenado en función de un tipo penal agravado sin que la efectiva concurrencia de uno de sus elementos constitutivos hubiese quedado debidamente acreditada en el proceso. A partir de este enfoque no estima producida en el caso vulneración alguna del mencionado derecho que pudiera derivarse de la falta de constancia en el acta del juicio oral de toda referencia al indicado elemento agravatorio, consistente en la utilización de un cuchillo en uno de los robos por los que resultó condenado, ya que, en su opinión, del hecho de que nada se diga en el acta acerca de este extremo no cabe deducir que no fuera mencionado por el testigo y sometido a debate en el juicio oral, toda vez que el acta no refleja todo lo ocurrido en éste. En cuanto a la pretendida vulneración del derecho del actor a la tutela judicial efectiva por la falta de respuesta del Tribunal *ad quem* al motivo de apelación relativo a la no apreciación de la eximente de drogadicción, entiende el Fiscal que, si lo que con ello quiere significar el recurrente es que la Sentencia de apelación incurrió en incongruencia omisiva, tal alegación resulta inadmisibles, al no haberse agotado todos los recursos utilizables para buscar la reparación de su derecho dentro de la vía judicial ordinaria, en concreto, dada la falta de interposición del incidente de nulidad de actuaciones que en tales casos resulta preceptivo; y que, si lo que en verdad pretende es discutir la valoración efectuada por el órgano judicial de apelación, el motivo resulta asimismo inadmisibles en la medida en que tal valoración no puede ser revisada en esta vía de amparo constitucional.

2. Del contenido de las alegaciones formuladas en la demanda en relación con la primera de las quejas anteriormente enunciadas se desprende que con ellas se denuncia fundamentalmente que la condena que fue impuesta al recurrente por uno de los delitos de robo, en aplicación del tipo penal agravado previsto en el art. 242.2 del Código penal (CP), no se basó en prueba de cargo suficiente de que en la comisión de dicho delito se hubiera hecho uso de un arma peligrosa. Tal fundamento nos conduce a compartir el criterio del Ministerio público sobre la correcta ubicación en la que hemos de situar nuestro examen de este motivo, que no es la que corresponde a los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías invocados en la demanda, sino la propia del derecho a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24.2 CE, sin que el hecho de que el demandante no haya aducido expresa y formalmente su vulneración suponga obstáculo alguno para analizar la cuestión planteada desde esta perspectiva, toda vez que, como hemos reiterado de manera constante, «no se exige tanto que la invocación del derecho supuestamente vulnerado haya de llevarse a cabo mediante la concreta identificación del precepto constitucional donde se proclama, ni tampoco mencionando su *nomen iuris*, cuanto que se acote sufi-

cientemente el contenido del derecho constitucional violado, permitiendo así un pronunciamiento del Tribunal sobre la infracción aducida» (por todas, STC 154/2001, de 2 de julio, con abundante cita de la jurisprudencia anterior).

Situada, pues, la cuestión en el ámbito del derecho a la presunción de inocencia, hemos de comenzar por recordar que, de acuerdo con la doctrina mantenida en forma constante por este Tribunal a partir de la STC 31/1981, de 28 de julio, 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, tal y como establece el art. 741 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím), pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, ha de desarrollarse ante el mismo Juez o Tribunal que debe dictar Sentencia; por el contrario las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 LECrím) que no constituyen en sí mismos 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. Sólo cuando las diligencias o actuaciones sumariales son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral es posible traerlas al mismo como prueba anticipada o preconstituida, puesto que, estando sujeto también el proceso penal al principio de búsqueda de la verdad material, resulta preciso asegurar que no se pierden datos o elementos de convicción. De esta manera la prueba preconstituida o anticipada poseerá virtualidad para destruir la presunción de inocencia siempre y cuando se haya practicado con observancia de las garantías establecidas en la Constitución y en el ordenamiento procesal y haya sido incorporada al juicio oral mediante su lectura, de tal manera que se permita a la defensa del acusado someterla a contradicción, no bastando con la utilización de simples fórmulas de estilo como la consistente en darla por reproducida.

A ello debe añadirse que, según hemos declarado en distintas ocasiones, «en ningún caso el derecho a la presunción de inocencia tolera que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado, sea con una presunción *iuris tantum* sea con una presunción *iuris et de iure*» (por todas, STC 87/2001, de 2 de abril, FJ 8). Como recientemente hemos afirmado en la STC 8/2006, de 16 de enero, FJ 2, «no cabe condenar a una persona sin que tanto el elemento objetivo como el elemento subjetivo del delito cuya comisión se le atribuye hayan quedado suficientemente probados, por más que la prueba de este último sea dificultosa y que, en la mayoría de los casos, no quepa contar para ello más que con la existencia de prueba indiciaria. Pues si bien «el objeto de la prueba han de ser los hechos y no normas o elementos de derecho» (STC 51/1985, de 10 de abril, FJ 9), y la presunción de inocencia «es una presunción que versa sobre los hechos, pues sólo los hechos pueden ser objeto de prueba» (SSTC 150/1989, de 25 de septiembre, FJ 2.b; 120/1998, de 15 de junio, FJ 6), y no sobre su calificación jurídica (STC 273/1993, de 27 de septiembre, FJ 3), ello no obstante, en la medida en que la actividad probatoria que requiere el art. 24.2 CE ha de ponerse en relación con el delito objeto de condena, resulta necesario que la prueba de cargo se refiera al sustrato fáctico de todos los «elementos objetivos del delito y a los elementos subjetivos del tipo en cuanto sean determinantes de la culpabilidad» (SSTC 127/1990, de 5 de julio, FJ 4; 93/1994, de 21 de marzo, FJ 2; 87/2001, de 2 de abril, FJ 8). De manera que únicamente cabe considerar prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia «aquella enca-

minada a fijar el hecho incriminado que en tal aspecto constituye el delito, así como las circunstancias concurrentes en el mismo ... por una parte, y, por ... otra, la participación del acusado, incluso la relación de causalidad, con las demás características subjetivas, y la imputabilidad» (SSTC 33/2000, de 14 de febrero, FJ 4; 171/2000, de 26 de junio, FJ 3).

Conviene finalmente señalar que, según también recordábamos en la STC 8/2006, de 16 de enero, el control que nos compete respecto de la verificación de la existencia de prueba de cargo suficiente para acreditar la efectiva concurrencia de todos y cada uno de los elementos del delito de que se trate no consiste en cuestionar «la específica función judicial de calificación y subsunción de los hechos probados en las normas jurídicas aplicables», sino en verificar «que la actividad probatoria se ha practicado con las garantías necesarias para su adecuada valoración», en «comprobar, cuando así se nos solicita, que el órgano de enjuiciamiento expone las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada», y en «supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante». De manera que «sólo cabrá constatar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el *iter* discursivo que conduce de la prueba al hecho probado» (por todas, SSTC 120/1999, de 28 de junio, FJ 2, y 249/2000, de 30 de octubre, FJ 3).

3. A efectos del enjuiciamiento del presente caso hemos, ante todo, de comprobar si se produjo en él prueba de cargo suficiente para acreditar la presencia de todos y cada uno de los elementos del delito de robo agravado por razón de la utilización de arma peligrosa previsto en el art. 242.2 CP, esto es, tanto del hecho básico del robo (que el recurrente no niega haber cometido) como del hecho-circunstancia (uso de arma peligrosa) que determinó la apreciación por los órganos judiciales de la concurrencia del mencionado tipo agravado.

En el relato de hechos probados de la Sentencia dictada en instancia por el Juez de lo Penal núm. 4 de Barcelona se afirmaba textualmente lo siguiente en relación con el delito en cuestión: «c) Sobre las 10:30 horas del día 26 de febrero de 2002, Rafael Chamero Pacha, acompañado de otro individuo no identificado, se introdujo en la oficina de la Caixa de Penedés sita en la calle Borrell núm. 202-204 de esta ciudad, y tapándose la cara con una media una vez en el interior amedrentó con un cuchillo que llevaba en la mano a Jorge López Carreño y a los presentes solicitando a los empleados cuanto dinero hubiera en la Caja, apoderándose de la cantidad de 807,10 euros y 34.465 pesetas que la entidad perjudicada reclama». El juzgador de instancia consideró que tales hechos habían quedado plenamente acreditados «por la apreciación en conciencia del conjunto de la prueba practicada y, especialmente, por la prueba testifical practicada en el acto del juicio oral», manifestando en concreto, en el primero de los fundamentos jurídicos de su Sentencia, que, «en cuanto al uso de arma peligrosa a los efectos de integrar el subtipo agravado, el testigo Jorge López Carreño depuso que el acusado exhibió el cuchillo exigiéndoles el dinero y dadas las circunstancias de los hechos es obvio que dicho instrumento aumentó el temor y angustia del testigo y de los allí presentes hacia su vida y hacia su integridad física quedando por tanto acreditada dicha circunstancia».

El acta del juicio oral celebrado en instancia no refleja sin embargo que, en la declaración prestada en dicho

momento, el indicado testigo se refiriera a la utilización por el recurrente de un cuchillo para perpetrar el robo de referencia. Así se reconoce, por lo demás, en el tercero de los fundamentos de Derecho de la Sentencia dictada en apelación, al admitirse que «es cierto que en el acta del juicio oral nada consta a este respecto, pues en la declaración de este testigo no se refiere la exhibición de cuchillo o arma alguna por parte de los autores del robo». Sin embargo la Audiencia concluyó que «ello no significa, en absoluto, que no lo hubiera así declarado en el juicio oral, pese a que el acta no recogiera tal manifestación, pues este mismo testigo en Comisaría, al identificar fotográficamente al acusado Rafael Chamero Pacha como uno de los autores del robo, manifestó que éste era el portador de un cuchillo grande»; a lo que añadía que las actas del juicio oral carecen de valor documental, porque «transcriben de un modo fragmentario e incompleto las vicisitudes del acto del juicio».

Dicho último razonamiento de la Sala no se compadece, sin embargo, con la doctrina sentada por este Tribunal acerca del valor que ha de otorgarse al contenido del acta del juicio oral. De esa doctrina cabe extraer la funcionalidad de dicho instrumento para posibilitar la verificación de la existencia de prueba de cargo suficiente para fundamentar una condena penal, dado que el control del cumplimiento de las garantías requeridas para la integración del resultado de las diligencias de investigación en la actividad probatoria sólo puede hacerse a través de la correspondiente acta, levantada por el Secretario judicial que, conforme a los arts. 280 y 281 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), ha de documentar fehacientemente el acto y contenido del juicio oral. Y en orden a la actividad probatoria desarrollada en el juicio oral ha de estarse a lo que el acta dice y a lo que no dice, por lo que no cabe afirmar que se haya practicado un determinado medio de prueba en virtud del hecho de que se haya hecho alguna alusión a su contenido si la reproducción mediante su lectura no queda reflejada en el acta del juicio, único instrumento previsto para su constancia externa y fehaciente (SSTC 161/1990, de 19 de octubre, FJ 3; 118/1991, de 23 de mayo, FJ 3; 140/1991, de 20 de junio, FJ 3; 82/1992, de 28 de mayo, FJ 3; 307/1993, de 25 de octubre, FJ 2; 32/1995, de 6 de febrero, FJ 6). En definitiva, el acta del juicio oral es un documento fehaciente que resulta imprescindible para llevar a cabo el control externo que nos compete al efecto de concluir si hubo o no en el proceso prueba de cargo suficiente y practicada con las debidas garantías de oralidad, contradicción e intermediación.

4. Aplicada la anterior doctrina al presente caso forzosamente ha de concluirse que en el acto del juicio oral no se practicó prueba suficiente respecto de la utilización por el recurrente de un arma peligrosa (concretamente, de un cuchillo) para perpetrar uno de los robos por los que fue condenado, puesto que el único testigo presencial convocado a la vista oral no fue interrogado por el Ministerio público acerca de dicho extremo ni, a tenor del contenido de su declaración según aparece en el acta, dicho testigo hizo alusión alguna al hecho de que el recurrente hubiese utilizado o exhibido un arma peligrosa, habiéndose limitado a afirmar que amedrentó a una de las empleadas de la entidad bancaria sin especificar el medio del que para ello se había valido. Ciertamente es que en las actuaciones obra una diligencia de reconocimiento fotográfico, practicada por la policía, en la que se hace constar que el referido testigo reconoció al recurrente como la persona que llevaba un cuchillo. Pero dicha declaración sumarial no pudo ser objeto de contradicción por parte de la defensa del actor, dado que no asistió a la misma. En consecuencia, de acuerdo con nuestra doctrina, no puede concederse eficacia probatoria de cargo a lo declarado por el testigo en ese momento previo al acto del juicio oral.

Ha de recordarse al respecto que este Tribunal ha venido afirmando en forma constante que las diligencias sumariales son meros actos de investigación, que en sí mismos no constituyen pruebas de cargo, y que, si bien hemos reconocido que esta regla no puede ser entendida en un sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, para que tales diligencias puedan ser valoradas como prueba hemos exigido que hayan podido ser sometidas a contradicción con anterioridad al juicio oral o en el transcurso del mismo. Pues bien, no consta en este caso que la afirmación hecha por el testigo ante la policía en el sentido de que el demandante de amparo había exhibido un cuchillo en el momento del atraco haya sido sometida a la debida contradicción, puesto que nada se dice a este respecto en el acta del juicio oral.

Frente a ello no cabe oponer que el testigo sí se refirió a este extremo en dicho momento, y que si no se hizo constar así en el acta fue porque en ella no queda reflejado sino en forma fragmentaria lo que en verdad acontece en el juicio oral, ya que tal razonamiento conduce a la formulación de una mera suposición (en tanto que afirmación no contrastada en forma objetiva) de que en verdad se practicó prueba de cargo suficiente, suposición esta que resulta de todo punto incompatible con el derecho a la presunción de inocencia. Dicho de otra manera: lo que no se dice en el acta del juicio que en ese momento se produjo es como si no se hubiese producido, aun cuando en verdad se produjera, no pudiendo en cualquier caso presumirse *in malam partem* dicha producción.

La conclusión que de todo ello se desprende resulta evidente: no hubo en el proceso prueba de cargo suficiente de que, en uno de los robos atribuidos al demandante de amparo, éste hubiese hecho uso de un arma peligrosa, de manera que, al faltar la base probatoria necesaria para fundamentar su condena por un delito de robo agravado por la presencia de dicha circunstancia, ha de concluirse que las resoluciones recurridas vulneraron por este motivo el derecho del actor a la presunción de inocencia.

5. Ahora bien, la apreciación de que en el caso resulta vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2, *in fine*, CE) no nos exime de examinar el otro motivo de amparo invocado en la demanda, consistente en la vulneración del derecho del actor a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), que se afirma ocasionada por no haber dado respuesta el Tribunal *ad quem* a uno de los motivos planteados en su recurso de apelación contra la Sentencia de instancia, relativo a la falta de apreciación por el Juez *a quo* de la circunstancia eximente prevista en el art. 20.1 CP, ya que su eventual estimación, como se advierte en el siguiente fundamento jurídico, podría conducir a una declaración de nulidad de las resoluciones recurridas más amplia que la efectuada por razón de la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia en virtud de las consideraciones anteriormente expuestas.

Se plantea el Fiscal si con esta alegación de falta de respuesta por el órgano judicial de apelación pretende el recurrente reprochar a la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial un vicio de incongruencia omisiva, en cuyo caso tal motivo de amparo habría de ser inadmitido por falta de agotamiento de todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial ordinaria al no haber interpuesto el recurrente el incidente de nulidad de actuaciones que resulta preceptivo en tales casos o si, por el contrario, lo que quiere significar el demandante de amparo es que la respuesta dada por dicho órgano judicial a la cuestión planteada no le ha parecido satisfactoria. Hemos de inclinarnos por esto último a la vista del cuarto fundamento de Derecho de la Sentencia de apelación, ya que su lec-

tura permite fácilmente comprobar que ofrece una respuesta más que suficiente a las alegaciones presentadas en el indicado sentido, respuesta que, por otra parte, no puede ser calificada de irrazonable, arbitraria o incurra en error patente. No cabe, en consecuencia, considerar producida por este motivo lesión alguna del derecho del actor a la tutela judicial efectiva.

6. La apreciación de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2, *in fine*, CE) ha de conducir a la anulación de las resoluciones recurridas, si bien exclusivamente en lo tocante a la calificación de los hechos de referencia como delito de robo agravado por la circunstancia de haber hecho uso el autor de un arma peligrosa en el caso del cometido, concretamente, el 26 de febrero de 2002 en la sucursal de la Caixa Penedés de la calle Comte Borrell 202-204 de Barcelona, lo que deja subsistente la calificación de esos mismos hechos a título de un delito de robo no agravado por tal circunstancia o tipo básico de robo (art. 242.1 CP) puesto que el propio demandante de amparo ha reconocido haber realizado la conducta subsumible en este último tipo penal.

### 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 parcialmente el amparo solicitado por don Rafael Chamero Pacha, y en consecuencia:

1.º Declarar que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) del recurrente.

2.º Restablecerlo en la integridad de su derecho, y a tal fin declarar, en los términos indicados en el fundamento jurídico 6, la nulidad parcial de la Sentencia dictada en apelación por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, retrotrayendo las actuaciones para que por la Audiencia Provincial se pronuncie nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

3.º Desestimar el recurso en todo lo demás.

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

Dada en Madrid, a veintisiete de marzo de dos mil seis.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Elisa Pérez Vera.—Eugeni Gay Montalvo.—Ramón Rodríguez Arribas.—Pascual Sala Sánchez.—Firmado y rubricado.

### 7890

*Sala Primera. Sentencia 93/2006, de 27 de marzo de 2006. Recurso de amparo 4963-2003. Promovido por don Juan Rogelio Dapena Lojo en relación con el Auto de un Juzgado de Instrucción de Valencia que denegó la incoación de un habeas corpus en relación con la detención de su hijo por un supuesto delito de agresión sexual.*

*Vulneración del derecho a la libertad personal: inadmisión a trámite de una petición de habeas corpus por razones de fondo (STC 86/1996).*

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Javier Delgado Barrio, don Roberto García-