

## **Sentencia Tribunal Supremo núm. 139/2000 (Sala de lo Penal), de 31 enero**

Jurisdicción: Penal

Recurso de Casación núm. 2949/1998.

**PRESUNCION DE INOCENCIA: Declaraciones de testigos: testigos de referencia: supuestos de validez de su declaración;** Declaraciones de la víctima: existencia de prueba: lectura de declaraciones de víctima del delito al hallarse los testigos en el extranjero; prueba preconstituida: requisitos para su validez.

*El TS declara no haber lugar al recurso de casación, por infracción de precepto constitucional interpuesto por el acusado Antonio D. C. y José Antonio R. S. contra la Sentencia de la Audiencia de Málaga de 27-4-1998 que les condenó como autores de un delito de robo con intimidación en las personas.*

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**-El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Torremolinos instruyó procedimiento abreviado con el núm. 92/1996 y una vez concluso fue elevado a la Audiencia Provincial de Málaga que, con fecha 27 de abril de 1998, dictó Sentencia que contiene los siguientes:

*HECHOS PROBADOS:*

«Del conjunto de prueba practicada y obrante en autos apreciada en conciencia, se establece como probado y así se declara, que los acusados Antonio D. Ch. y José Antonio R. S., mayores de edad y sin antecedentes penales, sobre las 3.30 horas del día 8 de julio de 1996, puestos de común acuerdo y guiados por ánimo de enriquecimiento injusto, se acercaron a los ciudadanos suecos Bengt Daniel Christoffer M. y Nicklas N. y tras amedrentarles consiguieron que les entregaran la cartera que llevaban, conteniendo un total de ambos, de 10.000 ptas., siendo detenidos en las inmediaciones del lugar por agentes de policía que les ocuparon en su poder un total de 4.000 ptas. No queda acreditado que los acusados exhibieran a los citados destornillador o arma alguna».

**SEGUNDO.**-La Sentencia de Instancia dictó el siguiente pronunciamiento: «Que debemos condenar y condenamos a los acusados Antonio D. Ch. y José Antonio R. S. como autores criminalmente responsables de un delito de robo con intimidación ya definido, sin concurrir circunstancias modificativas de responsabilidad criminal...».

**TERCERO.**-Notificada la Sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de preceptos constitucionales e infracción de ley.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS**

**PRIMERO.**- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho de presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución.

Se dice que no existe prueba de cargo suficiente que acredite que este recurrente hubiera cometido el delito de que se le acusa y en concreto se afirma que los Policías que

prestaron declaración en el acto del juicio oral eran **testigos de referencia** y **no habían presenciado la comisión de hecho delictivo alguno y respecto al reconocimiento efectuado por las víctimas se dice que no fue ratificado en el acto del juicio oral ya que no fueron citados como testigos por el Ministerio Fiscal**. El motivo no puede ser estimado.

Es doctrina del Tribunal Constitucional (cfr. Sentencias 303/1993, de 25 de octubre, 79/1994, de 14 de marzo y 261/1994, de 3 de octubre) que **la prueba testifical de referencia**, prevista en el art. 710 LECrim, **constituye uno de los actos de prueba que, si bien con carácter excepcional, los Tribunales de la jurisdicción penal pueden tomar en consideración a la hora de fundar una condena**. Ahora bien, añade dicha doctrina jurisprudencial, que la eficacia de la prueba testifical indirecta tiene **carácter excepcional**, en cuanto que se encuentra subordinada al requisito de que su **utilización** en el proceso resulte **inevitable y necesaria**. Que la prueba testifical de referencia sea un medio probatorio de valoración constitucionalmente permitida no significa, como se indicaba en la STC 303/1993, que, sin más, pueda erigirse en suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, ya que, como se señalaba en la STC 217/1989, la declaración del testigo de referencia no puede sustituir la del testigo principal; antes al contrario, cuando existan testigos presenciales, el órgano judicial debe oírlos directamente, en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos el relato de su experiencia.

Por lo tanto, la necesidad de favorecer la inmediación, como principio rector del proceso en la obtención de las pruebas impone inexcusablemente que el recurso al testimonio referencial quede limitado a aquellas **situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo o principal**.

También tiene declarado ese Tribunal que **la prueba testifical indirecta nunca puede llegar a desplazar o a sustituir totalmente la prueba testifical directa, salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada al juicio oral**. Así, en la STC 217/1989 se dice que «cuando existan testigos presenciales el órgano judicial debe oírlos directamente en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos el relato de su experiencia e, incluso, cuando los funcionarios de Policía tengan la fundada sospecha de que los testigos presenciales puedan ausentarse al extranjero, deben trasladarlos inmediatamente ante la autoridad judicial a fin de que, bajo la necesaria contradicción exigida por el art. 448, sean interrogados los testigos en calidad de prueba sumarial anticipada» (fundamento jurídico 5º).

Y en la Sentencia del Tribunal Constitucional 217/1989, de 21 de diciembre, se expresa que **el testimonio de referencia puede tener distintos grados según que el testigo narre lo que personalmente escuchó o percibió -«audito pro reo»-, o lo que otra tercera persona le comunicó -«audito alieno»-, y que, en algunos supuestos de percepción propia, la declaración de ciencia prestada por el testigo de referencia puede tener idéntico alcance probatorio respecto de la existencia de los hechos enjuiciados y la culpabilidad de los acusados que la prueba testifical directa**.

Centrándonos en el caso objeto de enjuiciamiento, independientemente de que los dos policías municipales que depusieron testimonio en el acto del juicio oral manifestaron haber presenciado directamente cómo los dos súbditos ingleses reconocieron en la calle a los acusados como los autores de los hechos, lo cierto es que **las declaraciones prestadas**

**por los mismos perjudicados y el reconocimiento en rueda practicado se revistieron de las garantías que exige la ley para otorgarles la consideración de pruebas preconstituidas, y así expresamente se consignó en las propias declaraciones ante la necesidad de marcharse al país de su residencia, declaraciones e identificación de sus agresores que realizaron a presencia judicial y con asistencia del Letrado de los acusados quien pudo interrogarles sobre todos aquellos extremos que consideró conveniente.**

**El artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que «podrán leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral».**

El Tribunal Constitucional, en Sentencia 137/1988, de 7 de julio, afirma que **«las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 de la LECrim) y que, como se advierte en la STC 101/1985 , no constituyen en sí mismas pruebas de cargo. 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, en los términos señalados en el artículo 730 de la Ley Procesal Penal, conforme ha declarado ya este Tribunal en la STC 62/1985, de 10 de mayo. Esta posibilidad está justificada por el hecho de que, estando sujeto también el proceso penal al principio de búsqueda de la verdad material, es preciso asegurar que no se pierdan datos o elementos de convicción, utilizando en estos casos la documentación oportuna del acto de investigación, llevado a cabo, en todo caso, con observancia de las garantías necesarias para la defensa».**

El mismo Tribunal Constitucional, en Sentencia 323/1993, de 8 de noviembre, expresa que **«este Tribunal ha señalado reiteradamente que la valoración del material probatorio aportado al proceso es facultad que pertenece a la potestad jurisdiccional, que corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales (SSTC 88/1986, 98/1989 y 98/1990, por todas), sin que quepa hablarse de falta de tutela judicial efectiva cuando el procedimiento probatorio que llevó al juzgador a la convicción de culpabilidad del hoy recurrente tuvo lugar en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolló ante el Tribunal que dictó Sentencia. De otra parte, cuando las diligencias o actuaciones sumariales son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, o cuando por uno u otros motivos los testigos que han depuesto durante las diligencias de instrucción no pueden comparecer en el acto de la vista, si tales declaraciones figuran en autos vertidas con las debidas garantías es lícito traerlas al mismo como prueba anticipada o preconstituida, en tanto que prueba documentada, siempre y cuando se haya posibilitado el ejercicio del principio de contradicción en los términos señalados por el art. 730 LECrim, esto es, solicitando la lectura en el juicio oral conforme ha afirmado en reiteradas ocasiones este Tribunal (SSTC 62/1985, 25/1988, 201/1989, 51/1990, 154/1990 y 41/1991). No admitir la prueba practicada con las debidas garantías supondría hacer depender el ejercicio del "ius puniendi" del Estado del azar o de la malquerencia de las partes, pudiendo dejarse sin efecto lo actuado sumarialmente. Un sistema que pondere adecuadamente tanto la necesidad social de protección de bienes jurídicos esenciales, como el haz de garantías frente a posibles abusos de los ciudadanos, con independencia de su posición, ha de estar en condiciones de hacer valer la seriedad de lo actuado por los órganos**

**encargados de la represión penal; siempre que lo actuado lo haya sido con pleno respeto a aquellas garantías** (SSTC 107/1985, 181/1989 y 41/1991). Ahora bien, de lo expuesto se desprende claramente que las declaraciones testificales hechas con anterioridad al juicio oral han de haberse conseguido con escrupuloso respeto a las normas procesales y garantías constitucionales consiguientes».

Y en las Sentencias del mismo Tribunal 36/1995, de 6 de febrero y 303/1993, de 25 de octubre, se declara la aptitud de la prueba sumarial preconstituida y anticipada «para fundamentar una sentencia de condena siempre y cuando se observe el **cumplimiento de determinados requisitos materiales** (su **imposibilidad de reproducción en el momento del juicio oral**: art. 730 LECrim), **subjetivos** (la **necesaria intervención del Juez de Instrucción**), **objetivos** (la **posibilidad de contradicción**, para lo cual se le debe proveer de abogado al imputado -cfr. arts. 448.1º y 333.1º-) y **formales** (la **introducción en el juicio oral a través de la lectura de documentos** requerida por el art. 730)».

En igual sentido se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala como son exponentes las Sentencias de 4 de marzo y 25 de noviembre de 1991; 30 de junio de 1994; 26 de septiembre, 20 de octubre y 19 de diciembre de 1995; 28 de septiembre de; 3 y 30 de junio y 22 de julio de 1999.

**El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Sentencia de 19 de febrero de 1991, caso Isgr, no consideró violación del Convenio el que sean tenidas en cuenta unas declaraciones sumariales cuando el testigo se encuentra ilocalizable pese a las gestiones realizadas en su busca. El Tribunal tuvo en cuenta que dichas declaraciones habían sido realizadas ante un magistrado cuya imparcialidad no había sido puesta en duda, así como que junto a tales declaraciones existían otros testimonios diferentes.**

Como antes se ha dejado expuesto, en el caso que examinamos en el presente recurso concurren cuantos presupuestos y garantías requiere la doctrina jurisprudencial para otorgar validez probatoria a las declaraciones de las víctimas quienes reconocieron, sin género de duda, a los acusados como las personas que les conminaron para que les entregaran el dinero que portaban y como se puede comprobar con el examen del acta del juicio oral, en dicho acto se procedió a la lectura que autoriza el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que ha permitido la incorporación y confrontación en el acto del juicio oral de las declaraciones y reconocimientos efectuados, pasando a formar parte del material probatorio y constituyéndose elemento válido y legítimo de prueba de cargo que contrarresta el derecho de presunción de inocencia invocado.

**FALLAMOS:** Debemos desestimar y desestimamos los recursos de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley interpuestos por Antonio D. Ch. y José Antonio R. S., contra Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de fecha 27 de abril de 1998, en causa seguida por delito de robo.