

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 27-2-2007, nº161/2007, rec.11007/2006.

RESUMEN

El Tribunal Supremo, considerando diversas sentencias del Tribunal Supremo, estima que la prueba testifical de referencia constituye uno de los actos de prueba que los Tribunales pueden tener en consideración en orden a fundar su condena, pues la Ley no excluye su validez y eficacia, pero no puede desplazar o sustituir totalmente a 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.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Juzgado de Instrucción [...] de Ayamonte, instruyó Sumario [...] contra Alberto , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Huelva [...] que, [...] dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

" Alberto el día 8 de diciembre de 2005, entre las 19 y 20 horas, en las proximidades de la calle Galeón de Isla Cristina (Huelva), se aproximó a la menor Gloria , de siete años de edad, a la que agarró por los brazos y le dijo que no se resistiera pues sería peor para ella, tras lo cual, al verla atemorizada, comenzó a tocarla por todo el cuerpo y en especial en la vagina.- No volvió la menor a casa directamente sino que se acercó al negocio que regenta su hermana Clara y, una vez en la casa mostró un comportamiento extraño mirando a la calle y no queriendo entrar a ducharse y finalmente relató a la madre que Alberto le había tocado.- En ocasiones anteriores, había intentado Alberto que la menor le diera un beso negándose ella, incluso estando en compañía de la madre.- El acusado padece un retraso mental leve y trastorno de personalidad con rasgos que denotan limitado control de impulsos y baja tolerancia a la frustración que en general limitan su inteligencia y voluntad pero, en relación con los actos de naturaleza sexual, muestra elevado nivel de comprensión y rechazo ante cualquier tipo de abuso.- Ha sido condenado en catorce ocasiones, entre ellas una por agresión sexual en sentencia de 19 de septiembre de 1.996 , que pudo haber sido cancelada, y una por robo con fuerza en las cosas, dictada en 22 de septiembre de 2.003, suspendida el 29 de diciembre de 2.003 por dos años que se cumplieron por tanto el 29 de diciembre de 2.005." (sic)

Segundo.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"FALLO.- En virtud de lo expuesto, el Tribunal ha decidido CONDENAR a Alberto , como autor responsable de un delito contra la libertad sexual anteriormente definido, con la circunstancia atenuante analógica de anomalía psíquica [...]

Tercero.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Precepto Constitucional y de Ley, por la representación de Alberto [...]

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

PRIMERO.- El recurrente ha sido condenado como autor de un delito de agresión sexual a una menor de trece años con la concurrencia de la atenuante analógica de anomalía psíquica a la pena de cuatro años de prisión. Contra la sentencia interpone recurso de casación, alegando en el primer motivo vulneración de la presunción de inocencia. Su alegato se basa especialmente en que, estableciendo los hechos probados que el acusado sujetó a la menor por los brazos y tras decirle que no se resistiera pues sería peor para ella, comenzó a tocarla por todo el cuerpo y en especial en la vagina, **la víctima, una niña de siete años, nunca ha declarado sobre los hechos ante la autoridad policial o judicial y no ha comparecido al juicio oral, por lo que tampoco el Tribunal ha podido oír su versión de lo sucedido. Tampoco ha sido posible obtener su versión ante el psicólogo que la atendió. Solamente han declarado sobre los hechos la madre y un tío de la menor, a los cuales, según se manifiesta, les contó que el acusado la había tocado.** De todo ello deduce el recurrente la inexistencia de prueba de cargo.

La cuestión se plantea en la sentencia en términos similares a como lo hace el recurrente, aunque se llegue a conclusiones diferentes. **Se trata, pues, de la validez de la declaración de los testigos de referencia como prueba de cargo.**

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que es contrario al artículo 6 del Convenio , la sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral (Caso Delta contra Francia, 19 de diciembre de 1990; Caso Isgro contra Italia, 10 de febrero de 1991), por lo que, como premisa inicial, la cuestión no se centra realmente en las posibilidades de valorar tal prueba como elemento de cargo, sino en la legitimidad de la causa de su utilización en lugar del testigo directo. La testifical de referencia será, pues, prueba válida cuando sea legítima la sustitución del testigo directo, lo que ocurre en casos de imposibilidad o extrema dificultad de conseguir su presencia en el acto del juicio oral.

Con carácter general, **ha señalado el Tribunal Constitucional, STC 217/1989, STC 303/1993, 79/1994 y 35/1995, que la prueba testifical de referencia constituye, desde luego, uno de los actos de prueba que los Tribunales de la Jurisdicción Penal pueden tener en consideración en orden a fundar su condena, pues la Ley no excluye su validez y eficacia, pero no puede desplazar o sustituir totalmente a 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.** Producida la prueba corresponderá a la libre valoración de los Tribunales la determinación de su convicción o credibilidad, pues en el fondo su problemática no es distinta a las demás pruebas.

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de esta Sala al declarar la validez de los testigos de referencia cuando se haya acreditado la imposibilidad de acudir al testimonio del testigo directo (STS de 12 de julio de 1996 y STS de 10 de febrero de 1997). **Esta clase de prueba, por lo tanto, no es rechazable de plano, porque, no excluida su validez por la Ley salvo en los casos referidos, no siempre es posible obtener la prueba original y directa.**

En el caso, se ha acreditado la imposibilidad de acudir a la testifical del testigo directo, la víctima de los hechos, habida cuenta de su negativa a declarar acerca de los hechos. Según relata su madre, la menor se niega a hablar de la cuestión, lo cual ha sido ratificado por el psicólogo que intentó el reconocimiento profesional, habiendo constatado la negativa radical de la niña a manifestar cualquier cosa sobre el particular de que se trata. [...]

Por lo tanto, como consecuencia de lo dicho, en el caso hemos de estimar que la concurrencia de la víctima de los hechos al juicio oral para declarar como testigo resultaba imposible o extremadamente difícil, lo que permitiría acudir a los testigos de referencia.

SEGUNDO.- Hemos dicho respecto al derecho a **la presunción de inocencia que se trata de un derecho fundamental que implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad** con arreglo a la Ley (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). **Esto supone que es preciso que se haya practicado una mínima y suficiente prueba de cargo, cuya iniciativa corresponde a la acusación, que desvirtúe esa presunción inicial, permitiendo establecer la realidad de los hechos y la participación del acusado más allá de cualquier duda que pueda considerarse razonable.** Es evidente, en este sentido, que, tras la exhaustiva valoración de las pruebas, las dudas que subsistan acerca de los hechos deben resolverse optando por la alternativa más favorable al acusado.

Tal como señalaba el Tribunal Constitucional en la STC núm. 111/1999, de 14 de junio, "entre otros contenidos, que hemos recordado en el ATC 214/1998 , este derecho no permite una condena sin pruebas, lo que hace referencia a la presunción de inocencia en su dimensión de regla de juicio y supone que cuando el Estado ejercita el «ius puniendi» a través de un proceso, debe estar en condiciones de acreditar públicamente que la condena se ha impuesto tras la demostración razonada de que el acusado ha cometido realmente el concreto delito que se le atribuía, a fin de evitar toda sospecha de actuación arbitraria".

La presunción de inocencia puede resultar enervada por la declaración de testigos de referencia. El artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza esta clase de testimonio, si bien exigiendo al testigo que precise el origen de la noticia. Y solo queda excluido expresamente en el artículo 813 de la misma ley en las causas por injuria o calumnia vertidas de palabra. Esta posibilidad ha sido aceptada por la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala, aunque con algunas reservas derivadas de su propia naturaleza, pues el recurso al testigo de referencia imposibilita a la defensa el interrogatorio directo al testigo de cargo e impide al Tribunal la inmediación sobre la declaración de éste.

Es claro que la fiabilidad o la credibilidad del testigo directo se proyecta sobre el hecho que relata al Tribunal y que según dice ha presenciado. Esto permite tener por acreditado ese hecho, dentro de los límites de la valoración del testimonio, si el Tribunal considera suficientemente fiable la declaración del testigo dentro del conjunto de

evidencias disponibles. Por el contrario, **en el caso del testigo de referencia su fiabilidad se proyecta solamente sobre su afirmación respecto a haber oído de otro el relato acerca de un determinado hecho, pero nada aporta respecto a la realidad de este último, que es precisamente el que interesa a efectos del enjuiciamiento. De esta forma, el Tribunal puede tener por acreditado que el testigo de referencia dice la verdad cuando afirma que tal suceso le ha sido relatado por un tercero. Pero no puede ignorar que dicho testigo no responde con su palabra, diríamos con su fiabilidad, de la misma realidad de aquel hecho. Ni tampoco de la credibilidad de quien se lo ha relatado. Y esto dificulta la declaración como hecho probado de aquel hecho relatado al testigo que depone ante el Tribunal, cuando solo se puede operar sobre la base del testimonio de referencia, hasta el extremo de hacer siempre aconsejable, y necesario en ocasiones, algún elemento de corroboración (STS núm. 24/2003, de 17 de enero) que refuerce objetivamente la versión inculpatoria.** En este sentido, la STC núm. 68/2002, de 21 de marzo, citando la STC 303/1993, señala que **"aunque «sea un medio probatorio admisible (con la sola excepción del proceso por injurias y calumnias verbales: art. 813 LECrim) y de valoración constitucionalmente permitida que, junto con otras pruebas, pueda servir de fundamento a una Sentencia de condena, no significa que, por sí sola, pueda erigirse, en cualquier caso, en suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia»"**.

Exigencia que no es preciso llevar en todos los casos a la necesidad de la constatación de otra prueba de cargo diferente, pero, cuando se trata de prueba única, implica la existencia de algún elemento objetivo y externo de corroboración.

TERCERO.- Según se dice en la sentencia, el día de los hechos, la menor no volvió directamente a casa después de ocurridos, [...], presentó un comportamiento extraño, mirando a la calle, no queriendo entrar a ducharse y relatando finalmente que el acusado la había tocado. En alguna ocasión anterior, estando en compañía de la madre, el acusado, que presenta un retraso mental leve asociado a trastorno de la personalidad, le había pedido que le diera un beso. Otros datos de interés son que, según la madre y la hermana, la menor rehuía al acusado; que el mismo día de los hechos el Médico forense reconoció a la menor apreciando leucorragia y eritema; y que la menor sentía temor frente al acusado.

[...] otros elementos relevantes, no recogidos en la fundamentación de la sentencia impugnada, pero que no han sido cuestionados. El informe del médico forense, emitido el día 8 de diciembre, recoge una exploración física normal [...] En el juicio oral afirma no haber visto signos de violencia en los brazos de la niña ni en región perigenital.

El psicólogo que trató de reconocer a la menor informó en el sumario que no fue posible obtener un relato de hechos de la menor, siendo la madre quien lo cuenta. [...]

El tío de la menor, afirma que la niña le dijo que Alberto le había tocado los brazos, las piernas y el "totito".

La hermana de la menor, afirma que ésta le dijo que el tal Alberto le había tocado las tetitas y el "totito".

[...] no existe ningún testigo acerca, no ya de los hechos denunciados, sino de la presencia del acusado en las inmediaciones de la menor en momentos cercanos temporalmente a los hechos denunciados, sin que por otra parte se haya podido precisar el lugar exacto en que ocurrieron.

En consecuencia, la prueba de cargo, constituida por testimonios de referencia sin corroboraciones externas que los refuercen, y de muy escasa precisión acerca de aspectos periféricos que pudieran permitir su comprobación, así como la existencia de explicaciones alternativas razonables a las reacciones de la menor, no es suficiente para demostrar la realidad de los hechos denunciados más allá de toda duda razonable, lo que determina la estimación del motivo y la absolución del acusado, dejando sin efecto las medidas cautelares acordadas contra el mismo.

No es preciso el examen de los demás motivos del recurso.

FALLO

Que debemos DECLARAR y DECLARAMOS HABER LUGAR al recurso de Casación por infracción de Precepto Constitucional y de Ley, interpuesto por la representación de Alberto, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huelva (Sección Segunda) [...] procediendo a dictar segunda sentencia conforme a Derecho. [...]

Que DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS al acusado Alberto del delito de agresión sexual dejando sin efecto cuantas medidas se hubieran acordado contra el mismo. [...]