

Roj: **STS 4667/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:4667**Id Cendoj: **28079120012015100671**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **29/10/2015**Nº de Recurso: **10413/2015**Nº de Resolución: **642/2015**Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**Ponente: **PERFECTO AGUSTIN ANDRES IBAÑEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Octubre de dos mil quince.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto por infracción de precepto constitucional, e infracción de ley, contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 19 de marzo de 2015. Han intervenido el Ministerio Fiscal y, como recurrente, Gines, representado por el procurador Sr. Blázquez Mendoza. Ha sido ponente el magistrado Perfecto Andres Ibañez.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 30 de Barcelona, instruyó diligencias de sumario ordinario con el número 2/2013, por delito de agresión sexual, contra Gines y, concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, cuya Sección Octava, dictó sentencia en fecha diecinueve de marzo de 2015, en el rollo número 21/2013, con los siguientes hechos probados: *"Declaramos probado que en la tarde del día 13 de junio de 2013, hallándose el acusado Gines en el desempeño de su trabajo en el interior del establecimiento "New Park", sito en el nº 43 de las Ramblas de la ciudad de Barcelona, a las 16:40 horas, aprovechando que Claudia, súbdita norteamericana y cliente del establecimiento, tenía necesidad de acudir al aseo, la acompañó hasta el lavabo, con el pretexto de abrirla la puerta, puesto que el lavabo estaba cerrado con una llave que solo tenían los empleados del local, momento y situación que aprovechó el acusado, una vez ya dentro del recinto propio del lavabo, para empujar a Claudia contra la pared del aseo de caballeros, y manteniéndola en aquella posición, a pesar de los esfuerzos realizados por la mujer por zafarse del hombre, éste comenzó a besarla por la cara y el cuello, al tiempo que introducía una mano por debajo de la falda e intentaba llevar la mano de la joven hasta la zona de los genitales del acusado, llegando éste a tocar la zona vaginal de la mujer y a introducir dos dedos en su vagina. Como el acusado no cesase en su propósito de satisfacción sexual, en un momento en que éste bajó la cabeza hacia la zona vaginal de la mujer, fue aprovechado por ésta para estirarle del pelo, darle una patada y huir del lugar, logrando salir del aseo de caballeros e ir a refugiarse en el de señoras, donde se encerró hasta que comprobó que el acusado había abandonado el recinto de los lavabos"*.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: *"Condenar y condenamos al acusado Gines, como autor penal y civilmente responsable de un delito consumado de violación, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de SEIS (6) ANOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, en su caso, durante el tiempo de la condena, y a que indemnice a Claudia en la cantidad de SEIS MIL (6.000) EUROS por los perjuicios*



y daños morales y derivados de la agresión padecida, así como también le condenamos al pago de las costas procesales causadas".

3 .- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación procesal del condenado, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- La representación procesal de Gines , basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.- Por infracción constitucional, al amparo del artículo 5.4 LOPJ y de conformidad con lo prescrito en el artículo 852 de la ley de enjuiciamiento criminal , en relación con el artículo 24 de la constitución , al entenderse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías, y en relación también con los artículos 448 y 730 Lecrim , y del artículo 6.2.d) del convenio europeo de derechos humanos , todo ello en base a que el fundamento jurídico primero de la sentencia permite la introducción al juicio oral mediante el artículo 730 Lecrim de unas declaraciones practicadas en fase de instrucción como prueba preconstituida al amparo del artículo 448 Lecrim , cuando no había una imposibilidad de practicarla en el acto de juicio oral, sino una negativa de la denunciante a colaborar en su práctica.

Segundo.- por infracción constitucional, al amparo del artículo 5.4 LOPJ y de conformidad con lo prescrito en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en relación con el artículo 24 de la constitución , al entenderse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, en base a que en el fundamento jurídico primera se justifica la enervación de la presunción de inocencia de mi representado en base a una declaración de la denunciante que entendemos que no cumple con los requisitos que la jurisprudencia establece que debe tener para poder enervar dicha presunción de inocencia.

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo de lo establecido en el artículo 849.1 Lecrim , por entenderse vulnerados los artículos 448 y 730 Lecrim , y el artículo 6.2.d) del convenio europeo de derechos humanos , y del artículo 24.2 CE , al vulnerar el derecho a la presunción de inocencia y a tener un proceso con todas las garantías, en el fundamento jurídico primero al permitir la aplicación de los artículos 448 y 730 Lecrim sin tener en cuenta que se trata de mecanismos de práctica de la prueba que se deben poner en práctica solamente en supuestos excepcionales, en los que la práctica de la prueba deviene imposible.

Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo de lo establecido en el artículo 849.2 Lecrim , por entender que concurre un error en la apreciación de la prueba, al considerar que de las documentales obrantes en autos, consistentes en las distintas pruebas testificales de la Sra. Claudia , se desprende la concurrencia de contradicciones y diferencias sustanciales entre las mismas, lo que debería llevarnos a una interpretación distinta de la realizada en la sentencia objeto de autos, que permitiera la absolución de mi representado, interpretación que entendemos se lleva a cabo de forma errónea en el fundamento jurídico primero.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicita la inadmisión de todos los motivos y subsidiariamente su desestimación. La Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 22 de octubre de 2015.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero . Invocando el art. 852 Lecrim y el art. 5,4 LOPJ se ha denunciado vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y de la presunción de inocencia (art. 24 CE), en relación también con los arts. 448 y 730 Lecrim y art. 6.2 d) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos . El argumento es que la sala de instancia introdujo indebidamente en el juicio oral la declaración de la denunciante practicada al amparo del art. 448 Lecrim , sin que se dieran las circunstancias del art. 730 Lecrim , puesto que no concurrió verdadera imposibilidad al respecto, ya que la misma, que debió haber sido oída en la vista mediante videoconferencia, se negó a declarar cuando fue citada para hacerlo por este medio.

El examen de las actuaciones en lo necesario, pone de relieve que, en efecto, la denunciante, a la sazón de 20 años de edad, de nacionalidad estadounidense y residente en Estados Unidos, depuso en la instrucción en la forma prevista en el art. 448 Lecrim . También se sabe que el tribunal de instancia gestionó su declaración en la vista mediante videoconferencia para el día 19 de marzo de 2015, que, al fin no tuvo lugar, por "la negativa abierta y manifestada por la testigo para declarar nuevamente sobre los hechos", según consta en la sentencia. Y que tal es la razón por la que la sala decidió acudir al expediente previsto en el art. 730 Lecrim , para introducir en el juicio la declaración prestada anteriormente del modo que acaba de señalarse.

El Fiscal se ha opuesto al motivo.



El modelo de proceso acusatorio, al que responde el constitucionalmente consagrado entre nosotros, tiene como principio central el de la producción de la prueba, en régimen de *contradicción actual*, de forma inmediata y directa, es decir, sin mediaciones ajenas, ante el órgano encargado del enjuiciamiento. Ciertamente es que, como corresponde a un principio, se trata de una pretensión ideal que, según está legalmente reconocido, puede experimentar ocasionales limitaciones en su puesta en práctica. Pero dado el carácter ciertamente nuclear de aquel, y para dotarlo de vigencia efectiva y evitar su degradación a un mero *flatus vocis*, esto solo puede ocurrir legalmente en situaciones extremas, en verdaderos casos-límite. Tal es la filosofía a que responde el art. 448 Lecrim que, a propósito de la testifical, prevé una suerte de incidente probatorio, para aquellos supuestos (decía en su decimonónica y preconstitucional redacción original) de que el testigo pudiera "ausentarse de la Península [...] hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral". Como es de ver, se trata de vicisitudes formadas por verdaderos *imponderables*, incluida la primera, por lo que en la época de referencia significaba realmente un desplazamiento de aquella clase. Y, como corresponde a los imponderables, las incidencias a las que se sujetaba la derogación de ese requerimiento central del proceso, eran -como deben ser y siguen siéndolo en la ley vigente- de un carácter inequívocamente *objetivo*, esto es, *no subjetivamente condicionables, disponibles o manipulables* por parte del sujeto-fuente de la prueba en cuestión.

Por lo demás, ocurre que actuaciones como las del art. 448 Lecrim tenían un carácter de excepcionalidad en la causa motivadora, pero también en el procedimiento, por la naturaleza, entonces, no contradictoria de la instrucción, fase procesal en la que, con todo, inequívocamente quedaban inscritas. Distinto es lo que hoy sucede, pues son muchas, a veces la mayor parte, las diligencias de investigación realizadas con presencia e intervención de todas las partes procesales, lo que, obviamente, no les priva en modo alguno de su carácter *sumarial*. En efecto, pues no obstante el régimen de garantías, lo cierto es que pertenecen a esa primera etapa del proceso, de manera que su *salida* de la misma y el *acceso* al juicio oral no tiene otra vía legal que la del art. 730 Lecrim.

Este artículo prevé la lectura, es decir, la introducción en la vista, a instancia de cualquiera de las partes, de diligencias practicadas en el sumario cuando *por causa independiente de la voluntad de aquellas*, no pueda ser re *producida* -en rigor: producida- en el juicio oral. De nuevo, por tanto, la emergencia de una *imposibilidad de carácter objetivo*, porque, hoy, este precepto se nutre del mismo humus de cultura constitucional que el antes citado.

Vista la claridad del enunciado, bastaría constatar lo aquí sucedido, en el caso de la denunciante, para llegar a la conclusión, diáfana, de que el motivo de que no llegara a declarar en el juicio *dependió de manera exclusiva de su voluntad*. Con lo que, es evidente, no llegó a darse el presupuesto, *sine quo non* en la semántica del precepto, al que este condiciona en términos imperativos el uso de la alternativa excepcional que en él se contempla. Y a este efecto, no podrá incurrirse en el hiperformalismo -no lo hace la Audiencia y tampoco el Fiscal en su informe- de *argumentar* con el carácter de no-parte en sentido procesal de aquella, cuya posición *materialmente* parcial en el proceso está fuera de duda.

Si estas consideraciones no fueran suficientes, bastaría acudir a lo que es ya una jurisprudencia inveterada, con expresión en múltiples sentencias de esta sala, entre otras, las muy recientes de n.º 51/2015, de 29 de enero y 64/2015, de 13 de febrero, en las que se consigna, como la primera de las condiciones de acceso a la vía del art. 730 Lecrim, la de que "el testigo se encuentre imposibilitado para acudir al juicio oral", precisando que la imposibilidad ha de ser del género de la que se sigue de circunstancias como "el fallecimiento" o la consistente en "sufrir extraordinarias dificultades procesales", que en otras sentencias, como la de n.º 167/2010, de 24 de febrero, se describe como imposibilidad de localización por desconocimiento del paradero.

Y se entiende que la exigencia sea tan rigurosa, pues el derecho del imputado al examen del testigo de cargo en el enjuiciamiento con inmediación, que -hay que insistir- es *inmediación actual*, constituye un elemento estructural del proceso y un factor esencial del derecho de defensa del imputado, inherente también al principio de contradicción, y que, por ello, *no es potestativamente disponible* por la contraparte. Precisamente, porque el acusado es y debe ser tratado como inocente, quien insta contra él el ejercicio del *ius puniendi* debe asumir *la carga de la presencia en el juicio*, para que este se desarrolle con una calidad de garantías que no puede ser discrecional o arbitrariamente degradada. Y a ello se debe que la reducción de este estándar solo resulte admisible en supuestos excepcionales, y aparezca rigurosamente condicionada por la ley a la constancia de alguno de los antecedentes aludidos, que aquí, ciertamente, no se ha dado. En efecto, pues la testigo, una mujer adulta, tuvo a su alcance la posibilidad de prestar declaración por videoconferencia, es decir, sin necesidad de moverse de su lugar de residencia ni de compartir espacio físico y confrontarse directamente con el acusado, esto es, con una molestia mínima. Cabe, que la interesada, de nacionalidad estadounidense, desconociera el deber de hacerlo que impone nuestro derecho. Pero esto no cambia en nada el marco constitucional y legal de referencia.



Pues bien, siendo así, la conclusión es que la declaración de la denunciante en la instrucción fue indebidamente llevada al juicio, dado que el tribunal, en las circunstancias dadas, no estaba legalmente habilitado para hacerlo, que es por lo que debe tenerse por no producida. Y, eliminada de este modo del cuadro probatorio, sucede que lo que hay es un auténtico vacío de acreditación de lo que hubiera podido suceder entre los implicados en la causa, pues los restantes elementos de prueba, por completo periféricos, carecen por sí solos de significación en ausencia de la información de cargo que, eventualmente, aquella habría podido aportar. De este modo, la hipótesis acusatoria, indebidamente acogida en la sentencia, carece de sustento.

Es por lo que debe estimarse el motivo.

Segundo. La estimación del primer motivo hace innecesario entrar en el examen de los restantes.

III. FALLO

Se estima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Gines , contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 19 de marzo de 2015, en el Rollo de Sala nº 21/2013 , en la causa seguida por delito de agresión sexual, y en consecuencia, anulamos esa resolución que se casa y se sustituye por la que a continuación se dicta. Declarando de oficio las costas de este recurso.

Comuníquese ambas resoluciones a la Audiencia Provincial de Barcelona, a los efectos legales, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Candido Conde-Pumpido Touron Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia Perfecto Andres Ibañez.

SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Octubre de dos mil quince.

En la causa numero 21/2013, con origen en las diligencias de sumario numero 2/2013, procedente del Juzgado de Instrucción numero 30 de Barcelona, seguida por delito de agresión sexual contra Gines , la Sección Octava la Audiencia Provincial de Barcelona, dicto sentencia de fecha 19 de marzo de 2015 , que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado Perfecto Andres Ibañez.

I. ANTECEDENTES

El art. 142,2º Lecrim exige que en las sentencias se haga "declaración expresa y terminante de los [hechos] que se estimen probados". Lo que, claramente, presupone que tal declaración haya estado precedida de la existencia del resultado de una actividad probatoria, fundamentalmente estimada por el tribunal sentenciador como de cargo. Esto es, la expresión legal transcrita condiciona, como no podía ser de otro modo, la afirmación de ciertos hechos como probados a su previa acreditación mediante la prueba.

Tal modo de entender el citado texto guarda plena relación de coherencia con lo que prescribe el art. 248,3º LOPJ, cuando se refiere a la forma de las sentencias, para señalar que deberán contener "hechos probados, en su caso". Esto es, en el de que, el resultado del juicio imponga acoger como realmente producida una hipótesis fáctica susceptible de subsunción en un precepto legal.

En efecto, cuando se habla de hechos con referencia a una sentencia judicial -de cualquier orden- es porque cabe considerar acreditado un supuesto al que alguna previsión normativa anuda determinadas consecuencias jurídicas. Lo que no sucederá si la ausencia de ese supuesto jurídicamente relevante es total, por la ausencia de una prueba de cargo bastante, apta para dar soporte a la hipótesis acusatoria. Que es lo sucedido en este caso.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO



La ausencia de unos hechos probados susceptibles de ser puestos a cargo del recurrente y calificables como constitutivos de delito, que resulta de la sentencia de casación, obliga a dictar una absolutoria.

III. FALLO

Se absuelve libremente a Gines , del delito de agresión sexual por el que había sido condenado, en sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 19 de marzo de 2015, en el rollo de sala nº 21/2013 . Declarando de oficio las costas de este recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Candido Conde-Pumpido Touron Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia Perfecto Andres Ibañez

PUBLICACIÓN .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Perfecto Andres Ibañez, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA:02/11/2015

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. Antonio del Moral Garcia Y AL QUE SE ADHIERE Y SUSCRIBE EL EXCMO. SR. D. Francisco Monterde Ferrer A LA SENTENCIA NÚMERO 642/2015 DE FECHA 29 DE OCTUBRE DE 2015, DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN Nº 10413/2015.

I.-

Ni la indiscutible mayor solvencia de los colegas que suscriben el voto mayoritario ni la solidez de su argumentación que, sin embargo, no logró atraer mi adhesión por las razones que expondré, han supuesto freno suficiente para mantener discretamente escondida la opinión que sostuve durante la deliberación. Véase en ello no la expresión de un inexistente y fatuo sentimiento de tener *la razón* -en absoluto-, sino el deseo tanto de aflorar la riqueza y todos los matices de la deliberación como de respaldar la razonabilidad de la decisión de la Audiencia Provincial que ahora dejamos sin efecto.

La cuestión debatida se resume en un interrogante: ¿Puede una prueba testifical preconstituida e introducida con tal carácter en el juicio oral ser objeto de valoración cuando el testigo-víctima desatiende, amparado por su legislación nacional, la obligación de declarar en el juicio oral?

El desarrollo de la respuesta exige aclaraciones previas.

II.-

En mi opinión los términos del dilema no se alteran sustancialmente si manejamos otras variables. No es dato decisivo que el testigo que se niega a declarar sea la víctima o un tercero: la solución, a diferencia de lo que sugiere la sentencia mayoritaria, habría de ser la misma. No es ese elemento diferencial relevante.

Como tampoco lo es que la ausencia de declaración en el plenario se exteriorice expresamente en ese acto (el testigo rehúsa declarar por indolencia o rebeldía; por miedo, fundado o infundado; por afán de olvidar; por haber perdonado; o por otros mil motivos imaginables); se haya manifestado con carácter previo (como sucede en este caso en que la víctima comunicó antes que no deseaba declarar, sin ser objeto de advertencia alguna e hipotéticamente confiando en que era innecesario según se le debió explicar cuando se produjo el acto de preconstitución) ; o sea más bien una deducción implícita (el testigo, víctima o no, desatiende reiteradamente el llamamiento judicial y la acusación renuncia al testimonio por reputar suficiente la prueba preconstituida y para evitar dilaciones; o, sencillamente, de manera consciente omite su obligación de comunicar los cambios de domicilio con la deliberada intención de no ser localizado).

En todos los casos el cuadro es similar. Se caracteriza por tres notas:

a) Contamos con una prueba personal preconstituida practicada con todas las garantías que deben rodear esa actuación: contradicción plena, documentación autenticada, intervención letrada sin limitaciones, presencia del imputado. El letrado, además, conoce el carácter de prueba preconstituida de que se dota a la actuación.

b) Se comprueba a la postre que ese testimonio podría ser reiterado en el acto del juicio oral por no haberse confirmado las circunstancias que hacían previsible su irreproducibilidad (el enfermo aparentemente terminal remonta y recupera la salud; quien anunció que se iría de España revoca su intención; el muy anciano ha



continuado felizmente cumpliendo años en inmejorables condiciones mentales; el residente en el extranjero está localizado y disponible para declarar a través de videoconferencia...).

c) No se consigue reiterar la declaración en el juicio por razones que traslucen o la falta de interés del testigo, o su renuencia a colaborar, o su pura y simple desidia (no comparece, se niega a declarar, aduce un fingido olvido, se excusa con una enfermedad que se demuestra simulada...).

Esas tres son las coordenadas relevantes para caracterizar la situación procesal que reclama una respuesta. Explico a continuación por qué entiendo que otros elementos (si el testigo es o no la víctima; cuáles sean las concretas razones aducidas para no reproducir la prueba...) son irrelevantes. No sería sin embargo dato neutro o inocuo que la ausencia de declaración en el plenario sea achacable a órganos estatales (por negligencia o por defectuosa gestión procesal...).

III.-

Otorgar trascendencia al hecho de que el testigo que se niega a declarar sea la víctima, como enfatiza la sentencia mayoritaria, introduce una suerte de aroma iusprivatista: sugiere una concepción del proceso penal como contraposición entre imputado y víctima (*la contraparte*). El testigo no víctima tendría obligaciones (obligación de declarar, obligación de decir la verdad...). En el testigo víctima, esas obligaciones constituirían a su vez cargas procesales. Si no las atiende se le *sancionará* rechazando su supuesta pretensión de que el acusado sufra el reproche penal merecido por la lesión de bienes jurídicos de su titularidad, reproche que solo o singularmente a él interesa.

Esa percepción es exacta en los delitos estrictamente privados (vid art. 275 LECrim), hoy confinados a un muy estrecho reducto. En los delitos en que se admite la extinción de la responsabilidad penal por el perdón encontramos también reminiscencias de ese modelo: la ley en virtud de razones muy atendibles (que van desde la naturaleza predominantemente privada del bien protegido a otras de tipo más victimológico) supedita el interés social en la sanción del delito a los, también legítimos, intereses particulares de la víctima.

Tanto en los delitos públicos como en aquellos semipúblicos que han ido escapando de la virtualidad del perdón (entre ellos las agresiones sexuales: el legislador se ha hecho eco del progresivo interés social en su persecución), la actitud de la víctima, una vez denunciados los hechos, es irrelevante. Indirectamente su conducta pueden influir mucho *de facto* en la decisión final del proceso, pero no porque sea dueña de la pretensión (*dominus litis*), sino porque su testimonio puede resultar imprescindible. Sin él, y a falta de pruebas de cargo, prevalecerá la presunción de inocencia.

Así sucede también en los delitos públicos con el testigo de cargo que no es víctima pero que es decisivo o esencial. Si únicamente una persona ha presenciado la acción homicida o es testigo del cohecho y se niega a declarar; o no comparece ante los requerimientos judiciales, o se sitúa en paradero desconocido, la acusación carecerá de prueba y quedará intacta la presunción de inocencia. Eso no significa que la acción penal quede oficialmente a merced de la voluntad de testigo; ni -mucho menos- que a éste se le *sancione* (se le haga cargar) con la absolución del acusado. Eso supondría mezclar el plano probatorio con la naturaleza de la pretensión que se ejercita en el proceso penal en una rara mezcla de la que no pueden surgir conclusiones coherentes.

La naturaleza pública de la acción penal se nutre de una idea: es la Sociedad (no la víctima, que puede estarlo o no) la interesada en el castigo de los autores de una infracción penal sustraída al poder extintivo del perdón de la víctima; tan interesada como lo está en la absolución del acusado cuya culpabilidad no ha sido totalmente demostrada. En el modelo de proceso penal acusatorio esos intereses son defendidos en los Tribunales por el Ministerio Fiscal. Las partes no son víctima frente a acusado; sino Ministerio Fiscal frente a acusado.

Eso nos sitúa en un escenario muy diferente del que en mi opinión sugiere la tesis de la sentencia mayoritaria. .

IV.-

En efecto, se trata de dilucidar no si una *parte* que se desentiende del proceso y rehúsa colaborar puede obtener el refrendo jurisdiccional a sus imaginados o hipotéticos intereses. Ese planteamiento desenfoca la cuestión. El problema estriba en dilucidar si la acusación pública y los legítimos intereses sociales a los que sirve pueden verse desatendidos por esa razón *jurídica*. No ya por el hecho de que no se considere suficiente la prueba que es otra cuestión (insuficiencia de una prueba no debe confundirse con inutilizabilidad de la misma que es lo que proclama la sentencia mayoritaria en relación al testimonio preconstituido).

Si la prueba carece del mínimo de garantías exigibles será indiferente que hubiese buenas razones que imposibiliten la declaración (el testigo falleció después de declarar ante la policía sin contradicción). Pero si está revestida de garantías se podrá usar aunque el testigo caprichosamente no quiera colaborar (v.gr., aduce displicentemente una inexistente desmemoria). La actitud de la víctima no puede despojar a la acusación



pública de la facultad de hacer valer la prueba preconstituida. Cosa diferente es que esa actitud sea también un factor a valorar que en ciertas circunstancias puede restarle credibilidad. Es un problema de nivel de garantías y no de actitud o razones del testigo.

Eso nos coloca en un territorio distinto: analizar no tanto si lo aducido por la víctima para excusarse es razonable; o si merecen tutela o comprensión los intereses de quien rechaza colaborar con el proceso (no es ese el problema), sino si la prueba tal y como ha sido practicada es valorable. No lo será si arrastra un relevante déficit de garantías. La pregunta a contestar no es si la actitud de la víctima, es más o menos disculpable o justificable (miedo, protección de su intimidad, evitar interferencias en su proceso de recuperación psicológica, todas las razones anudadas a lo que se ha denominado victimización secundaria: vid STS 793/2013, de 28 de octubre) sino si las actuaciones que el Fiscal intenta introducir como material probatorio reúnen el nivel de garantías procesales exigibles para ser tomado por tal; es decir si se produjo con respeto a los estándares básicos, y si en la menor intensidad o modulación de alguna de las garantías ha existido responsabilidad por parte de agentes estatales.

La prueba aquí se generó con plenitud de garantías: con contradicción y presencia del acusado. Se documentó en la forma prevista en el art. 448 LECrim . La grabación de la declaración se reprodujo en el acto del juicio oral con publicidad, y con una percepción (reproducción videográfica) que sin ser asimilable totalmente a la intermediación supera la que proporciona un acta escrita, con el inevitable efecto empobrecedor que es consustancial al traslado al papel de las palabras verbalizadas.

V.-

La remisión al art. 730 que se contiene en el art. 777.2 LECrim no es de carácter material, sino procedimental. El art. 448 LECrim no exige para que la prueba preconstituida acceda al plenario que se den los presupuestos del art. 730 LECrim .

Además aquí sí concurren esos presupuestos. Ni las partes (no la víctima que no es parte; la acusación pública) ni el Tribunal tenían capacidad para exigir esa declaración a la vista de las disposiciones del país donde se había de practicar por auxilio la declaración de la víctima. La Sala en la sentencia hace expresa protesta de ello: ninguna otra actuación estaba a su alcance. Eso supone tanta imposibilidad en relación al tribunal y a la acusación como la incomparecencia del testigo o una negativa material a declarar impermeable a conminaciones de pena. La imposibilidad ha de referirse a las partes y al Tribunal, no al testigo. El art. 730 LECrim habla de causas *independientes de la voluntad de las partes* .

No se entiende muy bien por qué la solución habría de ser la contraria (posibilidad de valorar una previa declaración grabada y contradictoria) si la testigo se hubiese limitado a manifestar que no se acordaba de nada; o hubiese hecho sencillamente caso omiso a la citación sin dar explicaciones; o incluso hubiese argüido que rechazaba prestar juramento. Como anunció previamente su deseo de no declarar, se arrebató no a la víctima (que no es parte) sino a la acusación pública una prueba que tiene una calidad procesal homologable. En todos esos otros casos la prueba anticipada ha de ser valorable, sin que pueda discriminarse entre unos u otros según la actitud del testigo.

No se entiende tampoco la asimetría de régimen con otros supuestos en que las garantías en la génesis de la prueba son inferiores: (testigo fallecido que declaró sin contradicción, por ejemplo). Aquí la contradicción ha quedado plenamente salvaguardada. Tan solo padece algo la intermediación y además una intermediación un tanto devaluada (la declaración no se habría producido en ningún caso con contacto directo, sino a través de vídeo conferencia y con la interposición de intérprete). La LECrim no concibe esa intermediación como requisito esencial e imprescindible en todo caso (lo que sí podría predicarse con matices de la contradicción: STEDH de 19 de febrero de 2013, caso *Gani* contra *España*). Es más, el ordenamiento procesal confiere valor probatorio pese a la falta de intermediación a ciertas declaraciones: art. 746 en relación con los arts. 718 y 719; art. 714 que faculta para otorgar mayor valor a los testimonios no presenciados prestados en fase de instrucción; así como previsiones introducidas a través del Estatuto Procesal de la Víctima que dan respaldo a una práctica que gozaba de refrendo jurisprudencial.

VI.-

La problemática de la fórmula subrogada de práctica de prueba contemplada en el art. 730 LECrim , - introducción de las declaraciones testimoniales producidas en la fase previa- está más ligada a la contradicción que a la intermediación (cuyo valor principal es más relativo).

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de afirmar reiteradamente la compatibilidad de dicho mecanismo con las exigencias derivadas del derecho a un proceso justo y equitativo -en particular, con el derecho del acusado a interrogar por sí o por representante a los testigos de cargo- cuando la información testifical en la fase previa se obtuvo con contradicción y accedió al plenario (STS 51/2015, de 29 de enero ,



SSTC 148/2005 , 12/2002 209/2001 ; SSTEDH, Caso *Lucà contra Italia* , de 27 de febrero de 2001 ; Caso S.N contra Suecia, de 2 de julio de 2002). Aquí ambas condiciones están cubiertas: se reprodujo la declaración, pues había sido objeto de grabación, en el juicio oral. Y en aquella actuación tuvo intervención sin traba ni limitación alguna el letrado que asumía la defensa del imputado y que estaba advertido de que probablemente esa sería la única ocasión para interrogar a la testigo.

No hay obstáculo alguno para el aprovechamiento probatorio. La prueba preconstituida gozaba de la máxima calidad epistémica y garantista compatible con ese mecanismo. No es inteligible que una prueba legalmente rodeada de todas las garantías y destinada desde su origen a constituir material probatorio valorable por el Tribunal (arts 448 y 777 LECrim), en virtud de una vicisitud posterior ajena al órgano judicial y a las partes, degenera en material desechable, totalmente inservible hasta el punto que ni siquiera es apto para ser reproducido en el acto del juicio oral (como afirma de manera exquisitamente coherente la decisión de la mayoría).

La producción de la fuente de prueba sin contradicción puede compensarse con más dificultad que los déficits de intermediación cuyas consecuencias epistemológicas son muy salvables y muy relativas.

La preconstitución (art. 448 LECrim) trata de conseguir que las fuentes de prueba de difícil o imposible práctica plenaria adquieran toda la dignidad que les habilita para ser tomadas en cuenta como prueba. Se procura que las condiciones de producción sean las más similares a las que, *prima facie* , regirán en la práctica de la prueba en el acto del juicio oral. Aquí se ha salvaguardado sobradamente en lo más esencial esas condiciones. No hay lesión del derecho de defensa.

Por ello, era legítimo que el Tribunal valorase esa declaración.

VII.-

Hay que introducir una matización: que sea valorable la prueba no significa que deba merecer fiabilidad. Decidir sobre ello corresponde a la Sala de instancia que aquí le otorgó crédito por razones de peso que convierten su valoración en intocable a través de la casación:

a) En lo esencial -introducción con ella en los aseos y contacto sexual- el acusado acepta los hechos: solo difiere en la presencia de consentimiento. Aduce que fue con su anuencia.

b) Ha contado el Tribunal con el visionado de la grabación de las cámaras de seguridad del local. Se contempla la escena previa ajustada íntegramente con el relato de la víctima y huérfana del gesto " *provocador* " que adujo en su defensa el acusado. Y se observa en esa filmación cómo la víctima salió visiblemente agitada de los aseos y abandonó el local apresuradamente, lo que se cohonestaba muy mal con la versión del acusado y guarda total armonía con la inmediata denuncia a la guardia urbana.

c) Solo desde la versión ofrecida por la víctima -falta de anuencia- adquiere coherencia su inmediata denuncia de los hechos, corroborada por los agentes y la encargada del local, cuyo relato coincide con el de la víctima.

Por todo ello debía haberse desestimado el recurso de casación.

Antonio del Moral García Francisco Monterde Ferrer