

Suplemento

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

19232 *Sala Segunda. Sentencia 174/2011, de 7 de noviembre de 2011. Recurso de amparo 10202-2009. Promovido por don Lucas Jerónimo García Almodóvar en relación con las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid y de un Juzgado de lo Penal de Móstoles que le condenaron por un delito continuado de abusos sexuales. Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías: condena impuesta sin que se permitiese al acusado interrogar a la menor de edad que aparece como víctima de los hechos.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Eugeni Gay Montalvo, Presidente, doña Elisa Pérez Vera, don Ramón Rodríguez Arribas, don Francisco José Hernando Santiago, don Luis Ignacio Ortega Álvarez y don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 10202-2009, promovido por don Lucas Jerónimo García Almodóvar, representado por el Procurador de los Tribunales don Álvaro Arana Moro y asistido por el Letrado don Daniel Cano Revilla, a quien sustituyó posteriormente el Letrado don Jorge Parrondo Pérez, contra la Sentencia núm. 346/2009, de 30 de junio, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid (rollo de apelación núm. 437-2008), parcialmente estimatoria del recurso de apelación presentado contra la Sentencia núm. 249/2008, del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Móstoles (procedimiento abreviado núm. 533-2007), que condenó al recurrente como autor de un delito continuado de abusos sexuales. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, así como don E.R.H y doña A.C.C. (personados en nombre de la víctima menor de edad), que han sido representados por el Procurador de los Tribunales don Federico Ruipérez Palomino y asistidos de la Letrada doña Belén Fernández Calvo. Ha sido Ponente el Magistrado don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Por escrito recibido en el Registro General de este Tribunal el 4 de diciembre de 2009, don Álvaro Arana Moro, Procurador de los Tribunales, actuando en nombre y representación procesal de don Lucas Jerónimo García Almodóvar, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales que se citan en el encabezamiento.

2. Los hechos en los que tiene su origen el presente recurso que son relevantes para su resolución son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) El demandante fue condenado por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Móstoles como autor de un delito continuado de abusos sexuales a una pena de prisión de dos años y un día. Recurrida la Sentencia en apelación por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, estimó el recurso de apelación deducido por el Ministerio Fiscal y la acusación particular y condenó al demandante a una pena privativa de libertad de dos años y seis meses, accesorias, costas y al pago de 2.000 euros como indemnización a la víctima por daño moral.

b) El relato de hechos probados de la Sentencia condenatoria describe cómo el acusado, en el año 2006, aprovechando la presencia en su domicilio de la víctima, de nueve años de edad, que era amiga de su propia hija, se sentó junto a ella en el sofá del salón de la casa con el pretexto de ver la televisión, circunstancia que aprovechó, al menos en cuatro ocasiones, para meterle la mano por debajo de la ropa y tocarle sus genitales, al tiempo que, cogiendo la mano de la niña, le pedía que ella le tocara los suyos.

c) Según exponen las Sentencias impugnadas, la afirmación de hechos que dio lugar a la condena se basa en las siguientes pruebas:

– La exposición de los hechos efectuada en sede policial por la víctima menor de edad ante un agente de la Guardia Civil –Doctor en Psicología–, instantes después de presentar su madre la denuncia; dichas manifestaciones fueron grabadas en soporte audiovisual, posteriormente reproducido en el acto del juicio oral.

– La exploración de la menor, efectuada por la Juez de instrucción sin asistencia del Ministerio Fiscal ni del Letrado del demandante.

A las manifestaciones de la menor se ha otorgado credibilidad atendiendo a las siguientes pruebas:

– La declaración en el juicio oral de su madre, que narró lo que su hija le había contado sobre los hechos denunciados.

– La declaración en juicio oral de la médico-forense que examinó a la menor en fase de instrucción, ante la cual reiteró su relato incriminatorio.

– La declaración en el juicio oral de la pediatra que atendía a la víctima desde dos años antes de la denuncia, la cual narró como desde la fecha de los hechos denunciados detectó en la menor síntomas de retraimiento, dolor abdominal y vómitos no asociados a ninguna dolencia específica.

– La declaración en el juicio oral del agente de la Guardia Civil que, sin la presencia del Juez instructor, del Ministerio Fiscal o de la defensa del denunciado, recibió manifestación a la menor tras la denuncia, en la que relató cómo se desarrolló la exploración y las impresiones que, a partir de la misma, obtuvo sobre la credibilidad de la denuncia.

3. En su demanda, el recurrente invoca como vulnerados los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías, así como sus derechos de defensa, a la presunción de inocencia y al uso de los medios de prueba pertinentes (arts. 24.1 y 2 CE).

a) Denuncia el recurrente haber sufrido indefensión constitucionalmente relevante en el proceso penal previo, pues se habría visto imposibilitado de ejercer su defensa con plenitud a través de la práctica de los medios de prueba que propuso. Concretamente, se queja de no haber podido interrogar en ningún momento del proceso a la menor que denunció haber sido víctima del abuso sexual que se le imputa. Tal situación se produjo pese a que afirma haber solicitado reiteradamente poder interrogar a la menor en el juicio oral, ofreciendo que la exploración se realizara por cualquiera de los medios previstos en la ley procesal. Explica que la prueba propuesta fue admitida pero, finalmente, no fue practicada sino sustituida, pese a su protesta, por el visionado en el juicio oral de la grabación audiovisual de la exploración a la que la menor fue sometida en sede policial. Entiende que fue tal decisión judicial, no justificada, la que habría vulnerado los derechos fundamentales alegados.

b) Apoyándose en un razonamiento similar, alega el demandante que la condena que le ha sido impuesta vulnera su derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías pues, según expresa de nuevo, no ha podido interrogar a la víctima menor de edad cuyo testimonio ha justificado su condena. Y, desde otro punto de vista añade que, además, las pruebas tomadas en consideración para condenarle no son pruebas de cargo, por lo que las Sentencias cuestionadas habrían vulnerado su presunción de inocencia.

Desde la perspectiva conjunta de las vulneraciones expresadas, afirma que sólo las pruebas practicadas en el juicio oral pueden ser consideradas pruebas de cargo sin que, en este caso, se diera ninguna de las circunstancias excepcionales que, ex art. 730 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim), permiten valorar las diligencias sumariales como pruebas preconstituidas. Señala que ni formal ni materialmente se dieron en su caso los requisitos que permiten dar validez probatoria a una diligencia sumarial, pues la exploración de la menor cuya grabación fue proyectada en el juicio oral no se practicó ante la autoridad judicial sino ante un agente de policía judicial, sin que en su desarrollo pudieran intervenir, de forma alguna, ni el Ministerio Fiscal ni su Letrado defensor.

A lo expuesto añade que tampoco obra en la causa informe psicológico o pericial alguno que recomendara no llevar a cabo el interrogatorio de la menor en el acto del juicio oral por existir riesgo para su estabilidad emocional, circunstancia que podría haber justificado la decisión de evitar la confrontación visual de la testigo y el acusado (art. 707, inciso 2, LECrim) o, finalmente, de sustituir su interrogatorio por el visionado del video, si en éste se recogiera una exploración practicada con todas las garantías. Se queja también el recurrente de que la exploración en sede policial de la menor no fue sometida a evaluación externa alguna sobre su credibilidad subjetiva, lo que impediría considerarla prueba de cargo.

c) Por último, reiterando sus argumentos, esta vez bajo la invocada lesión del derecho a un proceso con todas las garantías puesto en relación con el derecho al uso de los medios de prueba pertinentes para la defensa, se denuncia en la demanda que, pese a haberlo solicitado en tiempo y forma durante el proceso penal previo, no pudo nunca interrogar a la menor cuyo testimonio ante la policía constituye la única prueba que le incrimina, tal y como se expone en las Sentencias por las que ha sido condenado. Tras narrar la secuencia temporal de diligencias policiales y de investigación practicadas, así como la proposición de prueba y el desarrollo del juicio oral, afirma la vulneración de los derechos alegados por entender que el interrogatorio de la menor era el único medio de prueba del que podía valerse para su defensa, sin que se diesen en este caso las circunstancias y requisitos que permitían sustituirlo por la reproducción de una diligencia sumarial, pues el visionado del video no respetó los principios de inmediación judicial y contradicción de partes que permitirían reconocer validez a la diligencia probatoria.

Por todo lo expuesto, solicita en la demanda que le sea otorgado amparo y, en consecuencia, sean declaradas las lesiones de derechos fundamentales aducidas y la nulidad de las Sentencias condenatorias impugnadas, a fin de que se ordene la celebración de un nuevo juicio ante el Juzgado de lo Penal o el dictado de una nueva Sentencia acorde con tales pronunciamientos.

4. En la propia demanda se solicitó la suspensión de la ejecución de las resoluciones recurridas de conformidad con lo dispuesto en el art. 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC). Concluida la tramitación de la pieza separada correspondiente, por ATC 50/2010, de 20 de abril, la Sala acordó suspender la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta, así como de su accesoria. La decisión no fue impugnada por el Ministerio Fiscal.

Por providencia de la misma fecha, la Sala Segunda había acordado la admisión a trámite de la demanda así como, a tenor de lo establecido en el art. 51 LOTIC, requerir a la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Segunda) para que remitiera testimonio de las actuaciones correspondientes al rollo de sala núm. 437-2008. En el mismo sentido se ofició al Juzgado de lo Penal núm. 1 de Móstoles (procedimiento abreviado núm. 533-2007), interesando al tiempo que se emplazara a quienes fueron parte en el procedimiento, a excepción del demandante de amparo, para que pudiesen comparecer en el recurso de amparo en el plazo de diez días.

5. Mediante escrito de fecha 5 de julio de 2010, bajo la representación del Procurador de los Tribunales don Federico Ruipérez Palomino y con la asistencia de la Letrada doña Belén Fernández Calvo, se personaron en este proceso constitucional don E.R.H y doña A.C.C., padres de la víctima menor de edad.

Por diligencia de ordenación de 7 de julio de 2010, la Secretaria de Justicia acordó tenerles por personados y darles vista de las actuaciones recibidas por plazo común de veinte días, así como al recurrente y al Ministerio Fiscal, durante el cual pudieron presentar las alegaciones que estimaron pertinentes, de conformidad con lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC.

6. El 14 de septiembre siguiente, el demandante, tras haber tenido conocimiento de la publicación en la página web del Tribunal Constitucional del Auto de 20 de abril de 2010 por el que se acordó la suspensión de la ejecución de la pena impuesta, solicitó la supresión de su nombre de la base de datos, la página web y cualquier otra publicación de este Tribunal, en protección de su honor e intimidad. La petición fue rechazada por providencia de la Sala de fecha 22 de septiembre de 2010.

7. La representación procesal del recurrente en amparo no evacuó el trámite de alegaciones conferido. Y mediante escrito registrado el 10 de enero de 2011 comunicó a la Sala el cambio de su dirección letrada que, a partir de dicha fecha, pasó a ejercer el Letrado don Jorge Parrondo Pérez, el cual ratificó el contenido de la demanda insistiendo en la existencia de las vulneraciones de derechos que en ella se denuncian.

El Procurador de los Tribunales señor Ruipérez Palomino, presentó las alegaciones de sus representados (los progenitores de la menor de edad víctima de los hechos denunciados) mediante escrito registrado el 10 de septiembre de 2010. En el mismo solicita la inadmisión a trámite de la pretensión de amparo que denuncia la vulneración del derecho de defensa y al uso de los medios de prueba pertinentes para la defensa con razón de no haberse practicado la prueba de interrogatorio de la menor que, propuesta en forma, había sido admitida en la fase intermedia. Afirma que cuando, en el juicio oral, la Juez de lo penal oyó al demandante sobre la petición del Ministerio Fiscal de que fuera visionado el video en el que se recogía la exploración policial de la menor, su Letrado no se opuso ni alegó que la sustitución de su interrogatorio por tal visionado vulneraría su derecho de defensa. Como tampoco lo hizo cuando la Juez acordó proceder al visionado de la grabación, por lo que no invocó tempestivamente la queja que ahora fundamenta su pretensión de amparo [art. 44.1 c) LOTC].

En relación con el fondo de las alegaciones planteadas en la demanda, solicita su desestimación al entender que carecen de contenido constitucional. Señala que la decisión de no practicar en el juicio oral la exploración de la menor, pese a que así lo había solicitado la defensa y admitido inicialmente la juzgadora de instancia, fue razonada y no produjo una indefensión material al recurrente. En su decisión, la Juez valoró debidamente el interés de la menor intentando evitar la victimización procesal que provocaría la reiteración de declaraciones sobre los hechos. En su opinión, resolvió adecuadamente el conflicto existente entre las garantías procesales del acusado y la indemnidad psíquica de la menor. A lo expuesto añade que el recurrente tuvo a su disposición la grabación policial desde el inicio de las actuaciones, por lo que pudo articular las pruebas que consideró oportunas para contradecir su incriminación. Afirma que la decisión de evitar la presencia en juicio de la menor, atendiendo su edad y la naturaleza del delito enjuiciado cuenta con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y en los Tratados internacionales sobre protección y derechos de los menores suscritos por España, por lo que la inasistencia de la menor en estos casos debe entenderse como un caso de imposibilidad legal que abre la vía a otras formas de reproducir la prueba en el plenario.

Por último, rechaza en sus alegaciones que la condena haya vulnerado la presunción de inocencia del demandante dado que se asienta en verdaderos actos de prueba, practicados con todas las garantías y valorados de forma expresa y razonada en las Sentencias condenatorias. Tras enumerar las pruebas practicadas en el juicio oral, concluye que de las mismas cabe deducir la declaración de culpabilidad que ha sido impugnada. Por todo ello, acaba su escrito solicitando la inadmisión y subsidiaria desestimación de las pretensiones de amparo formuladas en la demanda.

8. El Ministerio Fiscal presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 15 de septiembre de 2010. En él solicita la inadmisión de la demanda de amparo por incurrir en falta de invocación previa en la vía judicial [art. 44.1 c) LOTC] y, subsidiariamente, la desestimación de las pretensiones planteadas, al apreciar que no se produjeron las vulneraciones de derechos fundamentales que se denuncian.

Respecto a la queja que denuncia la presunta vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías en relación con la imposibilidad de interrogar a la menor en el acto del juicio, señala que la pretensión debe ser inadmitida por no haber agotado los recursos utilizables en la vía judicial previa. Afirma que el acusado no se opuso a la visualización del DVD, ni hizo manifestación alguna cuando la juzgadora de instancia decidió no practicar la exploración personal de la menor en el acto del juicio, ni tampoco en su recurso de apelación reiteró su petición de que la prueba se practicara en segunda instancia, pese a que pidió la nulidad de la Sentencia condenatoria de instancia por no haberse practicado tal interrogatorio personal.

Tras describir el resto de pretensiones formuladas en la demanda de amparo y su argumentación, considera que no se ha vulnerado la presunción de inocencia del demandante de amparo dado que su condena se apoyó en pruebas de cargo, sin que pueda cuestionarse en este proceso la credibilidad de la exploración policial de la menor reproducida en el acto del juicio mediante el visionado del soporte audiovisual donde fue grabada, pues la misma ha sido razonadamente valorada por la juzgadora de instancia a tenor de su contenido, el modo y circunstancias en que la menor relató los hechos denunciados y el resto de pruebas que, sobre tal manifestación, se practicaron en el juicio oral (declaración de su madre, de la pediatra que la atendía y de la médico forense que la exploró en fase sumarial).

Por último, entiende que la decisión de no permitir el interrogatorio de la menor en el acto del juicio oral fue debidamente fundada y no limitó indebidamente el derecho del actor a contradecir al testigo que le incrimina, dado que fue una decisión razonable a la vista de la técnica de exploración empleada, el tiempo transcurrido desde que ocurrieron los hechos y la edad de la menor. A ello se suman dos factores: de una parte, el demandante pudo conocer la grabación desde el inicio del proceso, por lo que pudo articular, frente a ella, los medios de prueba que tuvo por convenientes; y de otra, las manifestaciones de la menor no son la única prueba que se tuvo en cuenta para justificar la condena. Rechaza que la menor incurriera en contradicciones a lo largo del proceso judicial previo y resta importancia al hecho de que ningún informe pericial desaconsejara el interrogatorio de la menor, pues tal circunstancia se deduce del empeoramiento de su salud tras el incidente y la manifestación materna de que la menor no quería acudir al domicilio del demandante. Por lo expuesto, concluye, en coincidencia con los órganos judiciales, que la denegación de la exploración de la menor en el juicio oral era razonable por innecesaria, sin que el demandante haya justificado cuál era su trascendencia para alterar el sentido del fallo.

9. Por providencia de fecha 3 de noviembre de 2011 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 7 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Se dirige la solicitud de amparo contra la Sentencia condenatoria dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Móstoles y la pronunciada posteriormente por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, que tras estimar parcialmente el recurso de apelación presentado, agravó la pena impuesta y condenó al demandante, como autor de un delito continuado de abusos sexuales, a la pena de dos años y seis meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, así como al pago de las costas y de 2.000 euros, en concepto de indemnización a la víctima, por daño moral.

Conviene advertir que la circunstancia de que, en sentido constitucional (art. 12 CE), fuera menor de edad la víctima de los hechos enjuiciados en el proceso penal previo en el que se dictaron las resoluciones aquí recurridas, explica que, de conformidad con el art. 8 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de menores, conocidas como Reglas de Beijing, e incluidas en la resolución de la Asamblea General 40/33, de 29 de noviembre de 1985, no se incluyan en esta resolución el nombre y los apellidos completos de la víctima menor de edad ni los de sus padres, al objeto de respetar su intimidad (SSTC 114/2006, de 5 de abril, FJ 7 y 41/2009, de 9 de febrero, FJ 1).

El relato de hechos probados de la Sentencia condenatoria afirma que el demandante, en el año 2006, aprovechando la presencia en su domicilio de una menor de 9 años de edad, amiga de su propia hija, se sentó junto a ella en el sofá del salón de la casa con el pretexto de ver la televisión, circunstancia que aprovechó, al menos en cuatro ocasiones, para meterle la mano por debajo de la ropa y tocarle sus genitales, al tiempo que, cogiendo la mano de la niña, le pedía que ella le tocara los suyos.

Con una argumentación en gran medida coincidente, se denuncia en la demanda de amparo la vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), a un proceso con todas las garantías, al uso de los medios de prueba pertinentes para la defensa y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), tal y como más extensamente se ha expuesto en los antecedentes de esta resolución. El núcleo de la queja puede resumirse en un solo razonamiento: habiendo sido acusado el demandante de cometer abusos sexuales sobre una menor de edad, no ha tenido ninguna oportunidad, ni en fase policial, ni en fase sumarial, ni durante el juicio oral, de interrogar de alguna forma a la menor cuyas manifestaciones son la única prueba de cargo que ha justificado su condena.

El Ministerio Fiscal se opone a la estimación del amparo. Entiende que el demandante no agotó la vía judicial previa, dado que no solicitó en su recurso de apelación que se practicara en segunda instancia el interrogatorio de la menor. En cuanto al fondo de las quejas considera que las mismas no tienen contenido pues el recurrente fue condenado en un juicio justo con base en pruebas de cargo. La representación de quien ejerció la acusación particular en el proceso penal previo coincide con el Ministerio Fiscal, tanto en la existencia de una causa de inadmisión por falta de agotamiento de la vía judicial previa, como en la inexistencia de las vulneraciones alegadas.

2. Por haberlo sido así planteado tanto por el Ministerio Fiscal como por la acusación particular personada en este proceso constitucional, hemos de pronunciarnos, en primer lugar, sobre el mencionado óbice procesal de admisibilidad alegado respecto de la invocada lesión del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes a la defensa. Por las razones que seguidamente se expresan debe apreciarse la concurrencia de dicha causa de inadmisión, consistente en la falta de agotamiento de la vía judicial [art. 44.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTCC)].

Como hemos dicho en reiteradas ocasiones, la exigencia de agotamiento de la vía judicial previa tiene por objeto preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo, «evitando que el acceso a esta jurisdicción constitucional se produzca *per saltum*, esto es, sin dar oportunidad a los órganos judiciales de pronunciarse y, en definitiva, remediar la lesión que luego se invoca como fundamento del recurso de amparo (STC 8/1993, FJ 2), pues son ellos quienes tienen encomendada en nuestro sistema constitucional la tutela general de los derechos y libertades (STC 61/1983, FJ 2)» [SSTC 85/1999, de 10 de mayo, FJ 5; y 71/2000, de 13 de marzo, FJ 3]. Por consiguiente, el agotamiento de la vía judicial ordinaria se malogra cuando no se hace uso de los recursos que son razonablemente exigibles a la parte, y también cuando, aun haciendo valer los recursos exigibles, el modo de su utilización priva a los órganos judiciales de la efectiva posibilidad de reparar la vulneración del derecho fundamental; en efecto, en uno y otro caso se infringe el principio de subsidiariedad (SSTC 85/1999, de 10 de mayo, FJ 5; 110/2001, de 7 de marzo, FJ 1; y 214/2002, de 11 de noviembre, FJ 3). En definitiva, la exigencia de agotar la vía judicial previa no es en modo alguno una formalidad cuya eficacia real pueda ser debilitada por una interpretación decididamente antiformalista del precepto que la

contiene, sino que se trata de un elemento esencial en el sistema de articulación de la jurisdicción constitucional con la jurisdicción ordinaria, cuyo exacto cumplimiento resulta indispensable para preservar el ámbito que al Poder Judicial reserva la Constitución (art. 117.3 CE) y para no desnaturalizar tampoco la función jurisdiccional propia de este Tribunal como su intérprete supremo (art. 1 LOTC; SSTC 211/1999, de 29 de noviembre, FJ 2; 128/2002, de 3 de junio, FJ 2; y 214/2002, de 11 de noviembre, FJ 3).

En el asunto que nos ocupa el recurrente hizo uso formalmente de todos los recursos que le eran exigibles, mediante la interposición del de apelación contra la Sentencia condenatoria del Juzgado de lo Penal, en el que, al analizar otras quejas, denunció no haber podido interrogar a la menor en el acto del juicio oral. Sin embargo, aun admitiendo que, tácitamente, en sus motivos de apelación planteó la supuesta vulneración que ahora analizamos, el recurrente, tal y como señalan los acusadores, no reiteró ante la Audiencia Provincial la solicitud de práctica de las pruebas admitidas y no practicadas en la instancia, como podía haberlo hecho de conformidad con lo prescrito por el art. 790.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), de modo que únicamente propuso otra prueba testifical distinta y solicitó, finalmente, que de ser atendidos sus alegatos, se anulara el juicio.

La falta de reiteración de la solicitud de la prueba admitida y no practicada adquiere relevancia, a los efectos del agotamiento de la vía judicial [art. 44.1. a) LOTC], porque, tratándose de la posible infracción de una garantía procesal que causó indefensión a la parte, la Audiencia Provincial podría haberla corregido si se le hubiese dado la oportunidad de pronunciarse sobre una solicitud de práctica de dicha prueba, lo que no se hizo. De este modo se privó a la Audiencia de la oportunidad de reparar tal supuesta infracción del art. 24.2 CE, frustrándose así la finalidad perseguida legalmente con la exigencia de agotamiento de la vía judicial previa. Tal frustración no se evitaba por el hecho de que se hubiera solicitado la nulidad del juicio pues con ello propiciaba la parte una indebida dilación del proceso (art. 24.2 CE), visto que el art. 790.3 LECrim posibilitaba, según queda indicado, la reiteración de la solicitud de prueba para la segunda instancia (STC 85/1999, de 10 de mayo, FJ 3). Así pues, no puede atenderse esta pretensión de amparo basada en la alegada y supuesta vulneración del derecho fundamental a la utilización de los medios de prueba pertinentes a la defensa.

3. Resuelto el óbice procesal planteado, pasamos a hora a analizar, desde las perspectivas que han sido alegadas, la solicitud de nulidad del juicio con orden de retroacción para su repetición que el demandante fundamenta en la supuesta lesión de sus derechos a no padecer indefensión, a un proceso con todas las garantías y su derecho de defensa (art. 24 CE); lesiones que se habrían producido por no haber dispuesto el acusado en el proceso penal previo –ni en sede policial, ni en fase sumarial ni en el acto del juicio oral–, de una sola posibilidad de interrogar a la menor cuyas manifestaciones ante la policía han dado lugar a su condena por abusos sexuales.

La cuestión planteada tiene que ver con las eventuales limitaciones y modulaciones de las garantías procesales que, en beneficio de los menores que denuncian haber sido víctimas de abusos sexuales, pueden adoptarse cuando sea necesario para evitar que su interrogatorio público con plena contradicción en el acto del juicio oral –en cuanto testigos de cargo especialmente vulnerables–, afecte negativamente a su desarrollo personal y su indemnidad moral y psíquica, que según experiencias contrastadas, presentan especiales tasas de vulnerabilidad en estas situaciones (STEDH de 2 de julio de 2002, caso *S.N. contra Suecia*).

No se trata de una cuestión nueva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo ni en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la cual analizaremos y tomaremos en consideración a continuación. Pero sí lo es en la jurisprudencia de este Tribunal que, solo de forma tangencial, se ha referido a la misma en la STC 41/2003, de 27 de febrero, FJ 3, que abrió camino al testimonio de referencia sustitutivo de la exploración personal de la víctima cuando, por su muy corta edad, pueda entenderse que carece de discernimiento. De ahí su especial trascendencia constitucional (STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2).

En efecto, en nuestra tradición jurídica la forma natural de refutar las manifestaciones inculpativas que se vierten contra un acusado es el interrogatorio personal del testigo practicado en el acto del juicio oral. Así lo recoge el art. 6.3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) cuando dispone que es derecho mínimo de todo acusado el de «interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra». Este derecho es un aspecto específico de la idea de juicio justo. Las pruebas deben normalmente ser presentadas en una audiencia pública en presencia del acusado para poder tener, ante el Juez, una discusión racional ordenada basada en el principio de contradicción (por todas, SSTC 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2 y 345/2006, de 11 de diciembre, FJ 3). No obstante, desde la STC 80/1986, de 17 de junio, FJ 1, nuestra doctrina ha admitido, también expresamente, que dicha regla general admite excepciones a través de las cuales es conforme a la Constitución, en limitadas ocasiones, integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias sumariales de investigación si las mismas se someten a determinadas exigencias de contradicción.

Dichas modulaciones y excepciones atienden a la presencia en juego de otros principios e intereses constitucionalmente relevantes que pueden concurrir con los del acusado. En tales casos excepcionales es posible modular la forma de prestar declaración e incluso dar valor probatorio al contenido inculpativo de manifestaciones prestadas fuera del juicio oral siempre que se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado (SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3; 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 12/2002, de 28 de enero, FJ 4; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3; y 1/2006, de 16 de enero, FFJJ 3 y 4). En este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en la fase de investigación del delito no lesiona por sí misma los derechos reconocidos en los párrafos 1 y 3 d) del art. 6 del CEDH, siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar el testimonio de cargo e interrogar a su autor bien cuando se presta, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, *caso Kostovski*, § 41; 15 de junio de 1992, *caso Lüdi*, § 47; 23 de abril de 1997, *caso Van Mechelen y otros*, § 51; 10 de noviembre de 2005, *caso Bocos-Cuesta*, § 68, y de 20 de abril de 2006, *caso Carta*, § 49). Por ello, de forma reiterada, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en los pronunciamientos citados que «los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 CEDH cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona a la que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario».

En el caso del testimonio de los menores de edad que han sido víctimas de un delito contra la libertad sexual, la causa legítima que justifica la pretensión de impedir, limitar o modular su presencia en el juicio oral para someterse al interrogatorio personal de la acusación y la defensa, tiene que ver tanto con la naturaleza del delito investigado (que puede reclamar una mayor garantía de su intimidad) como con la necesidad de preservar su estabilidad emocional y normal desarrollo personal. En cualquiera de los numerosos pronunciamientos en los que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha abordado la conformidad al Convenio de las medidas de protección de la víctima adoptadas durante el desarrollo de los procesos penales, ha reconocido que frecuentemente los procesos por delitos contra la libertad sexual son vividos por las víctimas como «una auténtica ordalía»; no se trata sólo de la obligación jurídica de recordar y narrar ante terceros las circunstancias de la agresión, sino también de la indebida reiteración con la que, a tal fin, es exigida su comparecencia en las diversas fases del procedimiento. Tales circunstancias se acentúan cuando la víctima es menor de edad (SSTEDH de 20 de diciembre de 2001, *caso P.S. contra Alemania*; 2 de julio de 2002, *caso S.N. contra Suecia*; 10 de noviembre de 2005, *caso Bocos-Cuesta contra Holanda*; 24 de abril de 2007, *caso W. contra*

Finlandia; 10 de mayo de 2007, caso *A.H. contra Finlandia*; 27 de enero de 2009, caso *A.L. contra Finlandia*; 7 de julio de 2009, caso *D. contra Finlandia*; o, finalmente, la más reciente de 28 de septiembre de 2010, caso *A.S. contra Finlandia*).

En definitiva, en estos supuestos, cuando la víctima es menor de edad, resulta legítimo adoptar medidas de protección en su favor, incluso rechazar su presencia en juicio para ser personalmente interrogada; mas tales cautelas han de ser compatibles con la posibilidad que ha de otorgarse al acusado de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, a cuyo fin los órganos judiciales están obligados, simultáneamente, a tomar otras precauciones que contrapesen o reequilibren los déficits de defensa que derivan de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo en el juicio oral.

4. Atendiendo a los compromisos internacionales contraídos (Convención de las Naciones Unidas de 20 noviembre 1989, sobre los derechos del niño y Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal), nuestro ordenamiento procesal y la jurisprudencia que lo interpreta no son ajenas a estas necesidades. Así, a través de los arts. 433, 448, 455, 707, 731 bis, 777.2 y 797.2 LECrim, es posible, ya desde la fase de instrucción, dar protección a los intereses de la víctima sin desatender el derecho de defensa, acordando que la exploración de los menores se realice ante expertos, en presencia del Ministerio Fiscal, acordando su grabación para una posterior utilización y asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes; como es legítimo que la exploración se realice, en todo caso, evitando la confrontación visual con el inculpado, a cuyo fin se utilizará cualquier medio técnico que lo haga posible, previéndose expresamente la utilización de la videoconferencia como procedimiento de realización del interrogatorio.

Como quiera que en los delitos de abuso sexual, usualmente, la declaración del menor es la única prueba directa sobre los hechos, pues las restantes suelen limitarse a relatar lo que el menor ha narrado o a evaluar las condiciones en las que narró los hechos o su credibilidad (SSTEDH caso *P.S. contra Alemania*, § 30; caso *W. contra Finlandia*, § 47; caso *D. contra Finlandia*, § 44), el centro de atención recae naturalmente sobre las garantías que han de rodear la exploración del menor, y la forma en la que la misma puede introducirse en el debate del juicio oral. En la delimitación precisa de cuáles hayan de ser esas precauciones mínimas que han de establecerse en favor de la defensa para, al mismo tiempo, dar protección a la víctima y garantizar un juicio con todas las garantías, resulta esclarecedor y relevante el canon fijado en la reciente STEDH de 28 de septiembre de 2010, caso *A.S. contra Finlandia*, § 56, en la que se señala que «quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor, y debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual; asimismo debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior». Son éstas las garantías mínimas que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han de observarse.

En definitiva, la síntesis de los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que han sido citados indica que la protección del interés del menor de edad que afirma haber sido objeto de un delito justifica y legitima que, en su favor, se adopten medidas de protección que pueden limitar o modular la forma ordinaria de practicar su interrogatorio. El mismo puede llevarse a efecto a través de un experto (ajeno o no a los órganos del Estado encargados de la investigación) que deberá encauzar su exploración conforme a las pautas que se le hayan indicado; puede llevarse a cabo evitando la confrontación visual con el acusado (mediante dispositivos físicos de separación o la utilización de videoconferencia o cualquier otro medio técnico de comunicación a distancia); si la presencia en juicio del menor quiere ser evitada, la exploración previa habrá de ser grabada, a fin de que el Tribunal del juicio pueda observar su desarrollo, y en todo caso, habrá de darse a la defensa la posibilidad de presenciar dicha exploración y dirigir directa o indirectamente, a través del experto, las preguntas o aclaraciones que entienda precisas para su defensa, bien en el momento de realizarse la exploración,

bien en un momento posterior. De esta manera, es posible evitar reiteraciones y confrontaciones innecesarias y, al mismo tiempo, es posible someter las manifestaciones del menor que incriminan al acusado a una contradicción suficiente, que equilibra su posición en el proceso.

5. La aplicación de las anteriores consideraciones al supuesto analizado conducen directamente a la estimación del amparo, al no haber dispuesto el acusado en el proceso penal previo de las mínimas oportunidades exigibles para contradecir el testimonio de la menor que ha dado lugar a su condena.

El análisis de las actuaciones pone de relieve que el mismo día en que la Guardia Civil recibió declaración de la madre de la menor (23 de mayo de 2006), tras prestar su consentimiento al efecto, la niña fue explorada sin su presencia por un Teniente de la Guardia Civil, Doctor en Psicología, perteneciente a la unidad técnica de policía judicial de Madrid, acompañado de otra agente policial. La entrevista, claramente incriminatoria, fue grabada en soporte audiovisual. A la misma tampoco asistió el Ministerio Fiscal ni, como es obvio, representante alguno del denunciado. Pocos días después, el 13 de junio siguiente, la Juez de instrucción exploró de nuevo a la menor. Para esta segunda exploración, a la que sí asistió la madre de la menor, tampoco fueron convocados el Ministerio Fiscal ni el denunciado, pese a que ya había sido identificado policialmente y citado por el Juzgado para ser oído en declaración diez días después. En la misma sesión, tras la exploración judicial, la menor fue entrevistada en sede judicial por la médico forense en presencia de sus padres. Durante la entrevista la menor reiteró su relato.

La investigación se dio por concluida un mes después, el 13 de julio de 2006, sin llegar a recibir nueva declaración a la menor. La decisión de conclusión fue recurrida en reforma y apelación por el demandante de amparo, que solicitó la práctica de diligencias complementarias de investigación, entre ellas, la exploración judicial de la menor en presencia de un psicólogo infantil. Los recursos fueron desestimados.

El Ministerio Fiscal, la acusación particular y el acusado propusieron como prueba el interrogatorio de la menor en el juicio oral. La acusación particular pidió que, en atención al interés de la menor, su declaración en el juicio oral fuera sustituida por la reproducción de la grabación de la entrevista policial o, en su caso, se practicara mediante videoconferencia. La defensa se opuso en su escrito de defensa a la sustitución del interrogatorio por la grabación audiovisual. Aun cuando la Juez de lo penal admitió, para su práctica en el juicio oral, la prueba de interrogatorio de la menor que había sido propuesta en los escritos de calificación provisional, en el acto del juicio oral celebrado en junio de 2008 accedió a la solicitud del Fiscal de sustituir el interrogatorio de la menor por la reproducción de la grabación de la exploración policial, la cual fue considerada suficiente por la juzgadora para formar convicción junto con el resto de pruebas que, sobre las manifestaciones incriminatorias, se practicaron en el juicio oral: el acusado negó los hechos; la madre narró el relato que su hija le hizo; la médico-forense narró su exploración y formuló un juicio de credibilidad sobre su relato; la pediatra que atendía a la niña desde antes de ser denunciados los hechos explicó los síntomas apreciados en el comportamiento de la menor a partir de la denuncia y el agente de la Guardia Civil que protagonizó la exploración, dio cuenta de su desarrollo emitiendo, también, un juicio sobre la credibilidad que las imputaciones le merecían; por último declaró otra psicóloga que ratificó el informe que había realizado sobre la personalidad del acusado.

Por tanto, el acusado, que había solicitado reiteradamente el interrogatorio de la menor ofreciendo que éste se practicara adoptando las medidas procesales de protección de la misma previstas en la ley, no pudo en ningún momento, ni directa ni indirectamente, dirigirle pregunta alguna durante el proceso penal previo, sino sólo formular alegaciones sobre el desarrollo y contenido de su exploración policial. Pese a la limitada intervención que tuvo en fase de investigación, pues no se le convocó a la exploración policial ni a la judicial, no se utilizó ninguno de los mecanismos de interrogatorio en el juicio oral previstos en la ley que, evitando la confrontación visual, e incluso la presencia personal de la menor en el juicio, hubieran podido reequilibrar los déficits de defensa que se han descrito. Lo expuesto lleva a concluir con evidencia que en el proceso penal previo en el

que fue juzgado y condenado el demandante no se respetaron sus derechos mínimos de defensa, es decir, no disfrutó de un proceso con todas las garantías, por lo que, conforme a su solicitud, debe estimarse el amparo pretendido a fin de que por un Tribunal imparcial se repita el juicio oral con pleno respeto de sus garantías procesales, sin perjuicio de la adopción de las medidas legales de protección que se consideren necesarias en beneficio de la menor de edad que aparece como víctima de los hechos, de conformidad con lo expuesto en los fundamentos jurídicos 3 y 4 de esta resolución.

La estimación de la queja, y sus consecuencias, justifica que no analicemos la pretensión de amparo que, denunciando la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, cuestiona la credibilidad intrínseca de las manifestaciones policiales de la menor, pues el fondo de tal cuestión, deberá ser analizado antes por la jurisdicción ordinaria, tras la celebración de un juicio justo.

FALLO

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

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don Lucas Jerónimo García Almodóvar y en consecuencia:

1.º Declarar que se ha vulnerado el derecho del demandante a un proceso público con todas las garantías (art. 24.2 CE).

2.º Restablecerlo en su derecho y, a tal fin, anular la Sentencia núm. 346/2009, de 30 de junio, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid (rollo de apelación núm. 437-2008) y la Sentencia núm. 249/2008, del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Móstoles (procedimiento abreviado núm. 533-2007), con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la convocatoria de juicio oral, a fin de que, de conformidad con lo expuesto en los fundamentos jurídicos 3 y 4 de esta resolución, por un Tribunal imparcial, conforme a las previsiones legales, se celebre el mismo con pleno respeto de sus garantías procesales y la adopción de las medidas de protección que se entiendan necesarias en favor de la menor de edad que aparece como víctima de los hechos enjuiciados.

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

Dada en Madrid, a siete de noviembre dos mil once.—Eugeni Gay Montalvo.—Elisa Pérez Vera.—Ramón Rodríguez Arribas.—Francisco José Hernando Santiago.—Luis Ignacio Ortega Álvarez.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Firmado y rubricado.