FICHA EXTRANJERÍA TSH

PRECONSTITUCIÓN PRUEBA TESTIFICAL DE LA VÍCTIMA DE TRATA DE SERES HUMANOS VALORACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA DE TRATA DE SERES HUMANOS

SÍNTESIS JURISPRUDENCIA DE LA SALA II TRIBUNAL SUPREMO REUNIÓN DE FISCALES ESPECIALISTAS EN EXTRANJERÍA (MADRID, 25 Y 26 DE OCTUBRE DE 2021)

I. PRECONSTITUCIÓN DEL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA DE TRATA 1. **Doctrina jurisprudencial** (pág. 1). (1) Doctrina originaria del Tribunal Constitucional: el principio de presunción de inocencia como límite objetivo a la libre valoración de la prueba por el juzgador (pág.1). (2) Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional tomada en consideración por la Sala II del Tribunal Supremo en relación con la prueba preconstituida con ocasión de enjuiciar delitos de trata de seres humanos (pág. 5). 2. **La regulación de la prueba preconstituida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal tras la reforma de la LO 8/2021** (pág. 10). (1) Los supuestos de prueba preconstituida *legalmente previstos* (pág. 10). (2) Sobre la oportunidad de realizar la prueba preconstituida por el instructor de una causa abierta en persecución de un delito de trata de seres humanos (pág. 14): (A) La víctima de trata: amenazas persistentes (pág. 15); (B) La víctima de trata: traumas psicológicos (pág. 15); (C) La víctima de trata: menor de catorce años (pág. 16); (D) La víctima de trata: persona con discapacidad necesitada de protección. Aportación de la Ilma. Sra. Doña **AVELINA ALIA ROBLES** (Fiscal de la Unidad Coordinadora FGE de atención a las personas con discapacidad y mayores) (pág. 17); (E) Testigo extranjero en situación administrativa irregular (pág. 19). (4) Debe quedar garantizado el principio de contradicción (pág. 17). (A) Aplicación normalizada de artículo 449 bis LECrim (pág.20). (B) Supuestos especiales: imposibilidad de llevarse a cabo la prueba preconstituida por causas no imputables a la autoridad judicial (pág. 23). (4) El nuevo artículo 703 bis LECrim: la reproducción en el plenario de la grabación audiovisual y la presencia del testigo en el acto (pág. 25).

II. EL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA DE TRATA DE SERES HUMANOS: LA CREDIBILIDAD SUBJETIVA Y OBJETIVA. 1. **Doctrina general** (pág. 28). 2. **La valoración del testimonio de la víctima de trata** (pág.29) 3. **La víctima de trata como testigo protegido** (pág. 32). (A) Testigos anónimos (pág. 34). (B) Testigos ocultos (pág. 35).

I. PRECONSTITUCIÓN DEL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA DE TRATA

1 DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

① **Doctrina originaria del Tribunal Constitucional: el principio de presunción de inocencia como límite objetivo a la libre valoración de la prueba por el juzgador.**

Para que el juzgador penal pueda dictar una sentencia condenatoria que sea respetuosa con el derecho a la presunción de inocencia del acusado (art. 24.2 CE) es preciso que concurren *tres presupuestos objetivos*: (a) existencia de prueba (*mínima actividad probatoria, prueba efectiva, prueba suficiente o prueba verdadera*); (b) que sea de *naturaleza incriminatoria* (prueba de cargo); y, (c) que haya sido *producida y practicada conforme a derecho y con todas las garantías*. Todos estos presupuestos quedan sustraídos al *principio de libre valoración de la prueba* (art. 741.1 LECrim) quedando sometidos a control externo por el tribunal que conozca del pertinente recurso.

El tercer presupuesto (*prueba legal y legítima*), se desdobra en dos requisitos: **el primero**, referido a la fuente y producción de los medios de prueba, impone la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales. Ello significa que los medios de prueba obtenidos ilegítimamente ni pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos *ab initio* por el juzgador; **el segundo**, referido a *la ejecución de la prueba*, proscribela admisión indebida o práctica ilegal de la prueba, en relación tanto respecto de *quien debe aportar las pruebas* como en lo que concierne a *las circunstancias de su ejecución* (momento y lugar donde deben practicarse los medios de prueba para que estos puedan ser lícitamente valorados).

Las reglas referentes a la práctica de la prueba (ejecución de la prueba), comprendiendo el conjunto de sus circunstancias (tiempo, lugar, forma), están sometidas al principio de legalidad; pero, la ley debe ser interpretada de conformidad con los derechos fundamentales recogidos en la Constitución.

Desde esta perspectiva, la norma básica del sistema probatorio instaurado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal está recogida en el artículo 741 LECrim, conforme al cual *“El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley”*.

Si las pruebas válidas a valorar son las practicadas en el juicio oral, es coherente colegir que la práctica de la prueba debe realizarse respetando los principios delimitadores del plenario. En efecto, nuestra doctrina constitucional desde su origen ha exigido que las pruebas hayan respetado los principios de **contradicción** (debate entre las partes acusadoras y defensoras), **igualdad de armas**, **publicidad**, **oralidad** e **inmediación** (esto es, contacto directo con los medios probatorios).

Esta interpretación constitucional del artículo 741 LECrim, ha validado la vigencia de un precepto redactado en el Siglo XIX en relación con un proceso penal de naturaleza mixta (inquisitivo en la instrucción y acusatorio en juicio oral). Ello es así porque el Tribunal Constitucional ha realizado esta interpretación siguiendo las normas internacionales reguladoras del *proceso penal debido* (*justo, adecuado, o equitativo*): significadamente, el artículo 6.3, letra d del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4/11/1950 (*todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos (...): d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra*) y el artículo 14.3, letra e, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19/12/1966 (*Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...): e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo*). Además, como reconoce la STC 41/1991 esa exégesis constitucional coadyuva a la debida reafirmación del *sistema acusatorio* pues *facilita que el imputado pueda conocer el hecho que se le imputa y los medios probatorios por los que se pretende fijar tal hecho por parte de la acusación*.

La práctica de la prueba en el acto del juicio oral (art. 741 LECrim) es la norma general. Pero, como norma general, **puede admitir excepciones** que, rigurosa y restrictivamente interpretadas, derivan de la necesidad de reconocer virtualidad probatoria a determinadas **diligencias instructoras** que, por su carácter **irreproducible** o **irrepetible**, harían imposible su práctica ante el órgano jurisdiccional en el acto del juicio oral y que si no se admitieran produciría un desequilibrio intolerable en favor del acusado frente al interés de defensa de la sociedad ante el delito, lesionaría el principio de búsqueda de la verdad material que caracteriza al derecho penal y negaría toda seriedad a lo actuado sumarialmente bajo control judicial.

En este sentido afirma la STC 41/1991 que: **▶ no admitir la prueba preconstituida con las debidas garantías supondría hacer depender el ejercicio del ius puniendi del Estado del azar o de la malquerencia de las partes (por ejemplo, mediante la amenaza a los testigos; STC 154/1990); pudiendo dejarse sin efecto lo actuado sumarialmente. Un sistema que pondere adecuadamente tanto la necesidad social de protección de bienes jurídicos esenciales, como el haz de garantías frente a posibles abusos a los ciudadanos, con independencia de su posición, ha de estar en condiciones de hacer valer la seriedad de lo actuado por los órganos encargados de la represión penal, siempre que lo actuado lo haya sido con pleno respeto a aquellas garantías (SSTC 107/1985; 182/1989; 323/1993, etc.)**.

De esta manera, la doctrina del Tribunal Constitucional ha elaborado un concepto de **“prueba preconstituida”** que se aparta decididamente del concepto histórico-doctrinal. No sólo utiliza indistintamente las locuciones **“prueba preconstituida”** y **“prueba anticipada”**, sino también deriva su justificación o legitimación de las prescripciones del **artículo 730 LECrim** conforme al cual se admite la lectura o reproducción de **“las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquellas (las partes), no puedan ser reproducidas en el juicio oral”**.

Utilizando indistintamente ambos términos (prueba preconstituida/anticipada), extiende extraordinariamente su alcance, al otorgarle dicha naturaleza tanto a determinadas diligencias instructoras verificadas bajo la dirección y control de la

autoridad judicial, como a determinadas diligencias policiales de naturaleza preprocesal, significadamente las que el propio Tribunal Constitucional denomina **pruebas periciales preconstituidas** (*ad exemplum*, el test de alcoholemia), las que realiza la policía judicial por especiales razones de urgencia (*diligencias de constancia, custodia, etc...*), e, incluso, las policiales que tengan naturaleza técnico-pericial (*croquis, fotografías del lugar del hecho, de los objetos e instrumentos del delito, informe de cómo pudo producirse el accidente, dictámenes de balística, etc...*).

Desde este punto de vista, sería ajustado afirmar que, las llamadas pruebas preconstituidas-anticipadas **en sentido amplio o impropio**, son las diligencias investigadoras (judiciales y limitadamente policiales) de naturaleza irreproducible que, habiéndose realizado durante la fase de instrucción/sumarial respetando un conjunto de garantías mínimas, pueden ser valoradas excepcionalmente como pruebas de cargo por el órgano jurisdiccional sentenciador si son traídas al plenario cumplimentando determinados requisitos de convalidación.

Así lo sintetiza la STC 182/1989: **► los únicos medios de prueba válidos para desvirtuar la presunción de inocencia son los utilizados en el juicio oral y los preconstituidos que sean de imposible o muy difícil reproducción, siempre que en todo caso se hayan observado las garantías necesarias para la defensa. Esta segunda idea no debe entenderse en un sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales y sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen en garantía de la libre declaración y defensa de los ciudadanos, sino que requieren para reconocerles esa eficacia que sean reproducidas en el acto de la vista en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción.**

En este sentido jurídico **impropio** el Tribunal Constitucional ha considerado que tienen esa naturaleza: (a) Las **diligencias de inspección ocular** verificadas de conformidad con los artículos 333 y siguientes LECrim, habiéndose notificado a la defensa con la antelación suficiente para que pueda concurrir y hacer efectiva la necesaria contradicción; (b) Las **diligencias de reconocimiento en rueda**, dado que presenta dificultades de realización en el acto del juicio oral, cuando hayan sido practicadas con todas las garantías de conformidad con el artículo 369 LECrim, significadamente la asistencia del letrado. Sin embargo, estas diligencias sólo sirven para identificar al acusado, no para acreditar su culpabilidad; (c) Los **reconocimientos fotográficos**: *“desde el momento en que la prueba practicada en el juicio oral no tiene un contenido incriminatorio propio, sino por remisión al reconocimiento fotográfico, se hace imprescindible que éste se haya realizado en condiciones tales que descarten por completo la eventual influencia de los funcionarios policiales sobre la persona que ha de realizar la identificación. La neutralidad del investigador en este punto se erige, pues, en una condición inexcusable para que la posibilidad excepcional que ahora nos ocupa pueda ser fuente de prueba válidamente utilizable a través de otros medios de prueba para desvirtuar la presunción de inocencia”* (vide, SSTC 36/1995; STC 7/1999); (d) Los **informes de la policía judicial y croquis, fotografías y reseña de datos objetivos de los atestados** que confeccionen toda vez que deriva de la función aseguradora del cuerpo del delito (artículos 282 y 292 LECrim y 4 y 28 RD 769/1987), siempre y cuando la policía haya intervenido a prevención de la autoridad judicial, porque una vez desaparecidas dichas razones de urgencia, ha de ser el Juez de Instrucción, quien, previo el cumplimiento de los requisitos de la prueba sumarial anticipada, pueda dotar al acto de investigación del carácter jurisdiccional (art. 117.3 CE) de acto probatorio, susceptible por sí solo para poder fundamentar posteriormente una sentencia de condena (vide, SSTC 201/1989, 138/1992; 79/1994; 259/1994, etc.); (e) Los **test de alcoholemia** cuando cumplan todas las exigencias legales (vide, SSTC 100/1985; 101/1985; 103/1985; 107/1985, etc.); (f) Y las **diligencias de entrada y registro, intervenciones telefónicas**, etc...) practicadas, también, según las previsiones de las leyes procesales (f) Por lo que respecta a las **pruebas periciales**, es decir, las que incorporan un estudio técnico, científico o artístico, el Tribunal Constitucional reconoce que participan normalmente de la naturaleza de prueba preconstituida, ya se verifiquen en fase preprocesal o durante la instrucción sumarial (artículos 284, 292 y 293 LECrim), de tal manera que no pierde su propio carácter por el hecho de que se adjunte, incluya, mencione o se relacione en un atestado.

La STC 200/1996, sintetizando toda la doctrina anterior, fijó los requisitos generales de admisión de las denominadas pruebas anticipadas y/o preconstituidas: **(a) requisito material**: que versen sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral; **(b) requisito subjetivo**: que sean intervenidos por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, cual es el Juez de Instrucción, todo ello sin perjuicio de que, por especiales razones de urgencia, también esté habilitada la policía judicial a efectuar determinadas diligencias de constancia y a recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito; **(c) requisito objetivo**: cual es la necesidad de que se garantice la contradicción, para lo cual, siempre que sea posible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial a fin de que pueda interrogar al testigo o perito (*es decir, lo que nuestra doctrina garantiza no es la contradicción efectiva, sino la posibilidad de contradicción, lo que conlleva ciertamente la necesidad de que a dicho interrogatorio sean citadas la totalidad de las partes personadas que puedan verse inculpadas por las declaraciones del coimputado o del testigo*); y, **(d) requisito formal**: como lo es la exigencia, de un lado, de que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral, esto es, el de la *“cross examination”* (diferenciándose así de los correlativos actos investigatorios en los que las preguntas de las partes han de formularse a través del Juez de Instrucción), así como, de otro, que su objeto sea introducido en dicho juicio público mediante la *“lectura de documentos”* la cual ha de posibilitar someter su contenido a confrontación con las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral.

No obstante, esta declaración general, es lo cierto que este *concepto amplio o impropio de prueba preconstituida*, exige alguna precisión: **Primero**, la virtualidad probatoria de la prueba

preconstituida estará sometida a diferente régimen jurídico según el medio probatorio de que se trate; **Segundo**, en todo caso para enervar la presunción de inocencia la documentación que pretenda ser leída -hoy reproducida por medios tecnológicos- en el plenario y, en consonancia con el artículo 730 LECrim, debe serlo en su totalidad por el secretario judicial -letrado de la administración de justicia- con la finalidad de que se dé la posibilidad a las partes de poder contradecirlas, confrontarlas o debatirlas, quedando proscrita la utilización de formulismos muy al uso de dar “*por reproducida*” la prueba de que se trate, ni aún con el asentimiento del acusado.

En lo que se refiere a la **prueba testifical**, podemos sintetizar las reglas generales fijadas por el Tribunal Constitucional en relación con los **testimonios** de todo tipo realizados en la fase instructora las siguientes: **(a) Las declaraciones realizadas durante la fase de instrucción no pueden sustituir el testimonio directo e inmediato de aquél ante el juez o tribunal juzgador.** Las declaraciones testificales, tanto de terceros como de las propias víctimas del delito, vertidas durante la instrucción (tanto en el atestado policial como ante el juez de instrucción verificadas con las advertencias legales y asistencia letrada favorecedora del principio de contradicción) dado que por su naturaleza son perfectamente reproducibles en el juicio oral, no pueden sustituir el testimonio directo e inmediato de aquél ante el juzgador, debiendo ser confirmadas en el plenario para que puedan enervar la presunción de inocencia. En estos casos, aquellas declaraciones sólo podrán ser utilizadas a los solos efectos que determina el artículo 714 LECrim, esto es, con objeto de llamar la atención sobre las contradicciones observadas entre sus anteriores testimonios y los vertidos en el juicio oral; **(b) La aplicación del artículo 730 LECrim, es excepcional, sólo debe ser aplicada cuando concorra alguna causa justificativa, de carácter absoluto u obstativo que impida que el testigo comparezca ante el órgano jurisdiccional.** Por ello, sólo podrá procederse de conformidad con el artículo 730 LECrim, es decir, a la lectura del acta de la declaración sumarial del testigo *como prueba anticipada y preconstituida (con naturaleza de prueba documentada, que no documental) excepcionalmente* y cuando -además de haberse prestado con las debidas garantías de contradicción e intermediación judicial (SSTC 51/1990, 79/1994)- *se encuentre fundado en alguna grave causa justificativa, de carácter absoluto u obstativo que impida que el testigo comparezca ante el órgano jurisdiccional a testificar*, de no existir estos motivos, sino meras imposibilidades relativas, habrá que acudir necesariamente a los mecanismos de suspensión dispuestos en el art. 746.3 de la LECrim, donde se ordena que procede la suspensión del juicio “cuando no comparezcan los testigos de cargo” ofrecidos por las partes (STC 10/1992); **(c) Esto ocurrirá en los casos de imposibilidad de comparecencia o localización del testigo.** Así, al margen de los supuestos evidentes de fallecimiento del declarante o grave enfermedad física o psíquica que imposibilite la práctica de la prueba testifical en el plenario, el Tribunal Constitucional ha reconocido que concurren causas justificativas para proceder a la lectura de las declaraciones sumariales en los supuestos de testigos extranjeros que se encuentren en paradero desconocido y resulte imposible o muy difícil su citación y testigos desaparecidos respecto de los cuales se han hechos todas las gestiones posibles para su localización; **(d) La declaración debe haberse realizado en la instrucción del proceso de que se trate y no en otro distinto.** La prueba testifical a tener en cuenta necesariamente ha debido producirse en cualquiera de las fases del proceso de que se trate, careciendo de valor como prueba preconstituida las declaraciones documentadas obrantes en los autos correspondientes a un sumario distinto, aunque referente a hechos análogos, sobre los que haya recaído sentencia penal condenatoria (STC 175/1993); **(e) Las declaraciones de los coencausados.** Las declaraciones de los coencausados pueden constituir prueba válida de cargo si ha sido contrastada en el acto del juicio oral, pues la circunstancia de la coparticipación no supone la tacha o irrelevancia del testimonio, sino que constituye simplemente un dato a tener en cuenta por el Tribunal para ponderar su credibilidad en función de los factores concurrentes en cada caso (SSTC 137/1988; 98/1990; 161/1990; 200/1996; 11/1998); **(f) Los testimonios realizados ante la policía judicial nunca pueden preconstituir prueba.** Tratándose de declaraciones efectuadas ante la policía no cabe excepción alguna: nunca pueden anticipar prueba testifical (STC 79/1994). Por lo tanto, la ineficacia probatoria de las declaraciones contenidas en las diligencias policiales de investigación conlleva, en todo caso, la exclusión de su acceso al juicio mediante el procedimiento de lectura del documento en la audiencia producida al amparo del art. 730 de la LECrim.

► En lo que respecta a las declaraciones de los policías que confeccionaron el atestado cuyo carácter de prueba testifical es indubitado conviene recordar que cuando su testimonio en el plenario consista en declarar haber oído a los acusados admitir, en el curso de una conversación informal y sin que mediara coacción o amenaza alguna, haber cometido los hechos delictivos por los que luego fueron condenados, constituye prueba de cargo -llevada a cabo en el juicio con todas las garantías y sometida a contradicción por la defensa- que no vulnera, como tal, derecho fundamental alguno (ATC 282/1993). La confesión del reo tiene plena virtualidad probatoria si se han cumplido todas las exigencias

del artículo 406 LECrim y ha sido objeto de discusión en el juicio oral (SSTC 18/1/1984; 47/1986). No obstante, no puede considerarse que la sola declaración del procesado ante la Policía, aún realizada con las debidas garantías de asistencia de letrado, y aun siendo por su minuciosidad muy verosímil, sin haber sido ratificada ante el órgano judicial constituya base suficiente para desvirtuar dicha presunción (STC 31/1981; 47/1986; 100/1998).

Algunas de estas reglas generales han sido muy matizadas como consecuencia de la más reciente jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos desarrollada durante el presente Siglo y por las reformas de nuestro Ordenamiento Jurídico Procesal como veremos a continuación.

② **Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional tomada en consideración por la Sala II del Tribunal Supremo en relación con la prueba preconstituida con ocasión de enjuiciar delitos de trata de seres humanos.**

La Sala II del Tribunal Supremo ha realizado una importante labor de sistematización de la denominada **prueba testifical preconstituida** a partir de los pronunciamientos del Tribunal Europeo Derechos Humanos (TEDH) sobre la interpretación del artículo 6. 1 y 3 letra d) del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH) y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Artículo 6 CEDH Derecho a un proceso equitativo 1. *Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia...* 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos... d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.

► **SSTEDH** 12/2/1985 (Colozza c. Italia); 24/11/1986 (Unterpertinger c. Austria); 20/11/1989 (Kostovski C. Países Bajos); 27/9/1990 (Windisch c. Austria); 19/12/1990 (Delta); 19/2/1991 (Isgró c. Italia); 26/4/1991 (Asch c. Austria); 15/6/1992 (Lüdi c. Suiza); 28/8/1992 (Artner); 23/4/1997 (Van Mechelen y otros c. Países Bajos); 20/9/1993 (Saidi c. Francia); 14/12/1999 (A.M. c. Italia); 27/2/2001 (Lucà c. Italia); 20/12/2001 (P.S c. Alemania); 11/6/2002 (Sadak y Otros c. Turquía); 2/7/ 2002 (S.N c /Suecia); 4/12/2002 (Craxi c. Italia); 5/12/ 2002 (S.N c /Suecia); 10/11/2005 (Bocos-Cuesta c. Holanda); 22/6/2006 (Guillouy c. Francia); 13/1/2009 (Taxquet c. Bélgica); 27/1/2009 (Mika c. Suecia); 8/12/2009 (Caka c. Albania); 16/2/2010 (V.D. c. Rumanía); 21/10/2010 (Kornev y Karpenko c. Ucrania); 15/12/2011 (Al- Khawaja y Tahery c. Reino Unido); 10/7/2012 (Vidgen c. Países Bajos); 31/7/2012 (Tyagunova c. Rusia); 19/2/2013 (Gani c. España); 12/5/2016 (Polentan y Azirovik c. la Antigua República Yugoslava de Macedonia).

Podemos sintetizarla de la siguiente manera:

① **El derecho de contradicción (o derecho del imputado a interrogar y hacer interrogar a los testigos que declaren contra él)** que corresponde al acusado debe ser analizado desde la perspectiva de **“un juicio equitativo”**. El ordinal 1 y la letra d) del ordinal del CEDH deben ser interpretadas conjuntamente.

► **STEDH** de 19 de febrero de 2013 (Caso Gani contra España). *“...el artículo 6.3 (d) del Convenio es un aspecto específico del derecho a un proceso equitativo amparado por el artículo 6.1 que debe ser tomado en cuenta en cualquier valoración de la equidad del procedimiento. En consecuencia, la queja ha de ser examinada desde la perspectiva de las dos disposiciones tomadas en su conjunto (ver, entre otros, Asch c. Austria, 26 de abril de 1991, y S.N. c. Suecia) (SSTS 167/2017; 312/2017; 1002/2016) ► La sentencia recoge la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y así se declara que, siguiendo las normas del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sitúa el derecho de contradicción - configurado como el derecho a “interrogar y hacer interrogar a los testigos que declaren contra él” (art. 6.3 d)- en un lugar preferente dentro de las garantías asociadas al derecho a un proceso equitativo (art. 6.1 CEDH) (STS 270/2016) ► A este respecto, el TEDH manifiesta que el párrafo 1 del artículo 6, combinado con el párrafo 3 requiere que los Estados Parte tomen todas las medidas adecuadas para posibilitar al acusado interrogar o hacer interrogar a los testigos en su contra (ver, Sadak y Otros c. Turquía). Esta medida forma parte de la diligencia que deben ejercer las Altas Partes Contratantes con el fin de garantizar, de una manera efectiva, el disfrute de los derechos que ampara el artículo 6 (ver, entre otros, Colozza c. Italia, 12 de febrero de 1985) (STS 686/2016; 167/2017; 1002/2016; 132/2018).*

② **La prueba preconstituida no lesiona los derechos reconocidos en el art. 6.1 y 3 d) del CEDH siempre que el testigo no pueda declarar en el plenario por **causa legítima** y que se hayan dado al acusado una **ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios** de cargo e interrogar al testigo bien en la práctica**

de la prueba preconstituida o con posterioridad. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional.

► El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción no lesiona en todo caso los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del art. 6 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 los testimonios de cargo e interrogar a su autor bien cuando se prestan, bien con posterioridad (SSTEDH 20/11/1989, caso Kostovski); 15/6/1992, caso Lüdi; 23/4/1997, caso Van Mechelen y otros) (STS 53/2014) ► La concepción del TC es coincidente con la seguida por el TEDH que, en aplicación de lo previsto en el art. 6.3 d) CEDH, ha venido asumiendo que el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de la acusación, como manifestación del principio de contradicción, se satisface dando al acusado una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare o en un momento posterior del proceso, por lo que declaraciones prestadas en fases anteriores al juicio oral no lesionan el derecho al "proceso debido" si han podido ser sometidas a contradicción (SSTEDH 24.11.1986, Unterpertinger c. Austria; 20.11.1989, Kostovski c. Holanda; 27.9.1990, Windisch c. Austria; 20.9.1993, Saïdi c. Francia, 27.2.2001, Lucà c. Italia) (STS 270/2016) ► De ello resulta, no obstante, que los derechos de la defensa se encuentran limitados de forma incompatible por las garantías del artículo 6 cuando una condena se basa, únicamente o de manera importante, en declaraciones hechas por una persona no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de la instrucción ni durante los debates". Posteriormente, la materia ha sido examinada con cierta profundidad y con un enfoque novedoso en la sentencia de la Gran Sala del STEDH de 15 de diciembre de 2011 (asunto Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido). La posibilidad de contradicción, al menos potencial, mediante el contrainterrogatorio del testigo de cargo, **no es una regla de validez absoluta**, sino un principio de elevado rango, susceptible de ser ponderado y modulado con otros intereses en virtud de las circunstancias de cada caso (STS 270/2016) ► Insistirá más recientemente en esa manera principal de afrontar esta cuestión la STEDH de 12 de mayo de 2016 (asunto Polentan y Azirovik c. la Antigua República Yugoslava de Macedonia). Los testimonios de cargo que, junto con otras pruebas, fundaban la condena fueron leídos en el juicio oral al no comparecer los declarantes. Tras reiterarse que todas las pruebas han de practicarse en audiencia pública a fin de realizar un debate contradictorio y que las excepciones a ese principio no pueden entrar en conflicto con el derecho de defensa, se explica que el acusado debe gozar de una ocasión efectiva para refutar la credibilidad de un testigo examinándolo directamente en el juicio oral o en un momento anterior (STS 312/2017) ► La oportunidad de impugnar e interrogar al testigo de cargo puede producirse en fases previas al plenario. La utilización como prueba de las declaraciones obtenidas en la fase de investigación policial y/o judicial no es en sí misma incompatible con los apartados 1 y 3.d) del art. 6 CEDH, siempre que se respeten los derechos de la defensa -Caso Kostovski c/Holanda, de 20 de noviembre de 1989; caso Asch c/ Austria de 26 de abril de 1999-. Insistirá más recientemente en esa idea la STEDH de 12 de mayo de 2016 (asunto Polentan y Azirovik c. la Antigua República Yugoslava de Macedonia) (STS 132/2018).

③ La posibilidad de contestar los testimonios de cargo e interrogar al testigo se ha satisfecho cuando, en la realización de la prueba preconstituida, participó el letrado del acusado que pudo preguntar y contradecir.

► Eso será más exigible cuanto mayor relevancia tenga el testigo de cargo para el resultado del proceso. Aquí es patente que está plenamente salvaguardado ese presupuesto de valorabilidad de la prueba: se practicó con posibilidad de contradicción, es decir con presencia del letrado designado que pudo repreguntar y contradecir. El Tribunal Constitucional ha sentado la compatibilidad 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- de una información testimonial obtenida en la fase previa con contradicción y es llevada así al plenario (STS 51/2015, de 29 de enero, SSTC 148/2005, 12/2002 209/2001; o las reiteradamente citadas SSTEDH, Caso Lucà contra Italia, de 27 de febrero de 2001; Caso S.N contra Suecia, de 2 de julio de 2002) (STS 312/2017) ► Por esta razón, la doctrina jurisprudencial exige como requisito necesario para elevar a la categoría de prueba la diligencia de contenido incriminatorio practicada en fase de instrucción, que se garantice la contradicción, siempre que sea factible, es decir, que la defensa del acusado pueda intervenir eficazmente en la práctica de dicha diligencia ejerciendo su derecho a la contradicción interrogando al testigo cuando se trata de declaraciones testimoniales (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, asunto Kostovski; de 27 de septiembre de 1990, asunto Windisch; 19 de diciembre de 1.990, asunto Delta; 19 de febrero de 1991, asunto Isgró; 26 de abril de 1991, asunto Asch; 28 de agosto de 1992, asunto Artner; 20 de septiembre de 1993, asunto Saïdi, ya mencionado) (STS 23/2015) ► La necesidad de que haya existido al menos una oportunidad de interrogar al testigo de cargo no es requisito sine qua non sino una condición que en caso de imposibilidad puede ser sustituida en ocasiones y a la vista del conjunto de circunstancias por fórmulas menos eficaces de contradicción. Conviene precisar esto porque ayuda a situar en su justo lugar lo que es un requisito de nivel inferior: la presencia de los acusados durante ese interrogatorio. Nótese como el TEDH a la hora de caracterizar este derecho habla de "interrogar o hacer interrogar" (STS 686/2016) ► Pero lo cierto es que la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no es contradictoria con la postura del Tribunal Constitucional. En efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 19 de febrero de 2013, caso Gani contra España) también establece como punto de partida que "todas las pruebas se deben normalmente practicar en presencia del acusado, en la vista pública, con el fin de que puedan ser confrontadas. Sin embargo, la utilización como prueba de las declaraciones obtenidas en la fase de la investigación policial y de las diligencias judiciales, no entra, por sí misma, en contradicción con el artículo 6 §§ 1 y 3 (d), siempre y cuando, los derechos de la defensa hayan sido respetados. Como regla, esos derechos requieren que al demandado se le dé la oportunidad de contradecir e interrogar a un testigo que testimonie en su contra, bien en el momento en que estuviera testificando o en una fase posterior del procedimiento (ver Unterpertinger c. Austria, 24 de noviembre de 1986) (STS 554/2019).

④ El TEDH admite la legitimidad de las declaraciones efectuadas respetándose el derecho de contradicción, aunque no se hayan practicado ante una autoridad

judicial. Sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional es mucho más riguroso al excluir los testimonios prestados ante la policía, en cualquier caso.

► Todas las pruebas se deben normalmente practicar en presencia del acusado, en la vista pública, con el fin de que puedan ser confrontadas. Sin embargo, la utilización como prueba de las declaraciones obtenidas en la fase de la investigación policial y de las diligencias judiciales, no entra, por sí misma, en contradicción con el artículo 6. 1 y 3 (d), siempre y cuando, los derechos del defensa hayan sido respetados. Como regla, esos derechos requieren que al demandado se le dé la oportunidad de contradecir e interrogar a un testigo que testimonie en su contra, bien en el momento en que estuviera testificando o en una fase posterior del procedimiento (ver *Unterpertinger c. Austria*, 24 de noviembre de 1986) (STS 686/2016; 167/2017; 312/2017; 1002/2016; 132/2018; 430/2019; 554/2019) ► La utilización como prueba de las declaraciones obtenidas en la fase de investigación policial y/o judicial no es en sí misma incompatible con los apartados 1 y 3. d) del art. 6 CEDH, siempre que se respeten los derechos de la defensa -Caso *Kostovski c/Holanda*, de 20 de noviembre de 1989; caso *Asch c/ Austria* de 26 de abril de 1999-. El acusado ha de tener una oportunidad adecuada y concreta de impugnar e interrogar a un testigo que declare en su contra, bien en el momento de prestar declaración bien en una fase posterior del procedimiento. El Tribunal flexibiliza el modo en el que debe realizarse la contradicción en la producción de la fuente de prueba. Es suficiente que pueda detectarse un marco potencial de producción contradictoria, no necesariamente jurisdiccionalizado -Caso *S.N c /Suecia*, de 2 de julio de 2002; caso *Bocos-Cuesta c/ Holanda*, de 10 de noviembre de 2005; caso *P.S c /Alemania*, de 20 de diciembre de 2001; o caso *A.M c / Italia*, de 14 de diciembre de 1999 -. En ese punto el Tribunal Constitucional parece ser más exigente, pues, según recuerda la STS 1031/2013, no bastará en esos casos la lectura de la declaración policial. Será imprescindible la comparecencia en el juicio de quienes oyeron tal declaración. Hace falta jurisdiccionalidad, al menos del testimonio de referencia (STS 270/2016) ► La utilización como prueba de las declaraciones obtenidas en la fase de investigación policial y/o judicial no es en sí misma incompatible con los apartados 1 y 3.d) del art. 6 CEDH, siempre que se respeten los derechos de la defensa -Caso *Kostovski c/Holanda*, de 20 de noviembre de 1989; caso *Asch c/ Austria* de 26 de abril de 1999-. Insistirá más recientemente en esa manera principal de afrontar esta cuestión la STEDH de 12 de mayo de 2016 (asunto *Polentan y Azirovik c. la Antigua República Yugoslava de Macedonia*) (STS 1002/2016; 312/2017).

⑤ El acusado no tiene un derecho ilimitado a que se le garantice la presencia de los testigos en el plenario. Ello corresponde establecerlo a la ley de cada Estado.

► El art. 6 del Convenio, siempre según el TEDH, no concede al acusado un derecho ilimitado a que se le garantice la presencia de testigos ante el Tribunal. Corresponde a los Tribunales nacionales decidir si es necesario o conveniente escuchar a un testigo -Caso *Isgró c/ Italia*, STEDH de 19 febrero 1991, apdo. 34; caso *Lüdi c/ Suiza*, SETDH de 15 junio 1992- (STS 270/2016).

⑥ En **principio**, si el acusado no ha podido interrogar por sí o a través de su letrado al declarante en ningún momento, ya sea durante la instrucción o en el plenario, se lesiona el artículo 6 CEDH.

► Como el Tribunal Europeo ha declarado (*Sentencia 27/2/2001, caso Lucà*), los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario (STC 344/2006) (STS 53/2014) ► Cuando una condena se basa exclusivamente, o en sumo grado, en las declaraciones que haya efectuado una persona, y cuando a la persona acusada no se le ha dado la oportunidad de interrogar, o hacer interrogar, bien durante las diligencias o en el juicio, los derechos de la defensa se restringen hasta un extremo que es incompatible con las garantías que ampara el artículo 6 (ver, en particular, *Lucà c. Italia*, y *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido*) (STS 686/2016; 167/2017; 1002/2016; 132/2018; 430/2019; 554/2019).

⑦ Es necesario, sin embargo, ponderar las diferentes causas por la que el acusado no tuvo la oportunidad de ejercer su derecho a la contradicción: por responsabilidad de propio acusado; por responsabilidad de los órganos estatales; o, por causas no imputables a nadie.

► La solución no puede ser igual si fallaron las partes (tuvieron posibilidad de contradicción, pero no la aprovecharon) que, si fallaron los agentes estatales, o, por fin, si no cabe dirigir reproche a nadie. En ocasiones se ha dicho que esas declaraciones no podrán servir como prueba principal, definitiva, única o concluyente de la culpabilidad, reclamándose otras pruebas que corroboren la información testifical no sometida a contradicción (SSTEDH, caso *Mika contra Suecia*, de 27 de enero de 2009, y de 13 de enero de 2009, caso *Taxquet contra Bélgica*) (STS 270/2016) ► Determinar a quién es imputable la inexistencia de una oportunidad para interrogar es lo primero que debe indagarse. La ausencia de contradicción carecerá de trascendencia si es imputable en exclusiva a las partes pasivas. Así sucede, por ejemplo, cuando **el acusado se ha situado conscientemente en rebeldía**, (STC 80/2003, de 28 de abril); o **cundo, debidamente citado, no ha asistido al interrogatorio efectuado en fase de instrucción**. En esos casos hubo posibilidad de contradicción; otra cosa es que no fuera aprovechada por la defensa. El principio de contradicción se respeta, no sólo cuando el demandante goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable" (SSTC 80/2003, 187/2003, 134/2010) (STS 686/2016) ► Caben idealmente tres hipótesis: a) Que la falta de contradicción efectiva traiga como causa una conducta desidia o negligente o imputable de cualquier forma a la parte (estaba en rebeldía; no formuló pregunta alguna; desatendió la citación a la prueba anticipada). Será utilizable la prueba, según ha quedado dicho; b) La ausencia de una posibilidad de interrogar al testigo de cargo es fruto de una **deficiente gestión procesal atribuible al órgano judicial** (no se preconstituyó la prueba pese a que las circunstancias invitaban a ello; se omitió la citación de la defensa debidamente

personada...). En el asunto ahora analizado el órgano judicial citó a la defensa, aunque no a los imputados. Bien es cierto que la ausencia de estos no se debió en exclusiva a esa falta de citación. Pero en todo caso hubo contradicción (el letrado de la defensa intervino). Solo se ha reducido su alcance en un aspecto no nuclear (presencia acusados); c) **Casos en que esa deficiencia no es achacable ni a las partes ni a los agentes estatales** (el sumario estaba declarado secreto; falleció el testigo inesperadamente; no se había averiguado todavía la identidad del imputado; estaba ilocalizado). Esta es una zona de mayor penumbra (STS 686/2016) ●► Es suficiente haber contado con la posibilidad de interrogar. No es indispensable un interrogatorio efectivo. Sin embargo, si la ausencia de contradicción es achacable a una actuación incorrecta del órgano jurisdiccional o de los poderes públicos la diligencia en principio no sería convalidable (STS 686/2016; 312/2017; 1002/2017) ●► Sin embargo, las exigencias de la prueba preconstituida también pueden ser excepcionadas, ya que hay supuestos en que se admiten como prueba de cargo declaraciones sumariales sin contradicción alguna. En efecto, el Tribunal Constitucional viene insistiendo en que “lo que nuestra doctrina garantiza no es la contradicción efectiva, sino la posibilidad de contradicción (SSTC 200/1996, de 3 de diciembre, FJ 3; y 142/2006, de 8 de mayo, FJ 3), resultando que dicho principio de contradicción se respeta, no sólo cuando el demandante goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable (SSTC 80/2003, de 28 de abril, FJ 6; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 4; y 142/2006, de 8 de mayo, FJ 3)”. Se ha considerado que esa situación se produce cuando la falta de contradicción se debe a la actuación del propio acusado o de su defensa. Así, el máximo intérprete constitucional ha considerado válida una declaración sumarial del acusado sin contradicción porque durante el juicio estaba en paradero desconocido o en situación de rebeldía (STC 115/1998, de 1 de junio) (STS 430/2019; 554/2019).

⑧ La ausencia de contradicción carece de trascendencia si es imputable en exclusiva a los inculpados.

●► Así sucede, por ejemplo, cuando el acusado se ha situado conscientemente en rebeldía, (STC 80/2003, de 28 de abril); o cuando, debidamente citado, no ha asistido al interrogatorio efectuado en fase de instrucción. En esos casos hubo posibilidad de contradicción; otra cosa es que no fuera aprovechada por la defensa. El principio de contradicción se respeta, no sólo cuando el demandante goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable” (SSTC 80/2003, 187/2003, 134/2010) (STS 1002/2016; 312/2017) ●► El TEDH hace observar que el 22 de julio de 2004, N. tuvo una comparecencia ante el Juez Instructor, durante la cual el Abogado del demandante hubiera podido plantearle preguntas. Fue debidamente convocado a la comparecencia, pero no se presentó y no aportó ninguna justificación (ver párrafo 9 más arriba). Queda, de esta manera, patente que al demandante se le dio la oportunidad de interrogar a N., pero su Abogado, de forma injustificada, desaprovechó esa oportunidad. El TEDH considera que no se les puede reprochar, a las Autoridades internas, la decisión del Juez Instructor de llevar a cabo la comparecencia en ausencia del Abogado del demandante (STS 686/2016).

⑨ Si la ausencia de contradicción en el plenario es debido a causas fortuitas, es aplicable la **equidad como parámetro ponderativo**; el problema se desplaza de la admisión del medio de prueba a su valoración.

●► Excepciones a este principio están permitidas en circunstancias excepcionales, por ejemplo, cuando se comprueba que es materialmente imposible que un testigo pueda efectuar su declaración en la vista debido a su estado mental. En esos casos, a los Tribunales se les permite que se basen en las declaraciones de los testigos efectuadas en fases previas del procedimiento, siempre y cuando, *inter alia*, sean leídas en la vista y se le dé al demandado la adecuada oportunidad para realizar un careo, tal como ha sucedido en el presente caso (STS 686/2016) ●► La idea de equidad actúa como parámetro ponderativo para dilucidar a quién podría achacarse la concreta ausencia de contradicción por imposibilidad sobrevinida. El problema de la falta de contradicción no se resuelve mediante rígidas reglas de prohibición de valoración sino sopesando si las exigencias de equidad justifican el aprovechamiento mayor o menor de la información testimonial obtenida en las fases previas. Los déficits contradictorios en la producción de la fuente de prueba se pueden compensar aplicando estándares más cautelosos en la valoración de la prueba. El problema se desplaza de la admisión del medio de prueba a su valoración. En ocasiones se ha dicho que esas declaraciones no podrán servir como prueba principal, definitiva, única o concluyente de la culpabilidad, reclamándose otras pruebas que corroboren la información testimonial no sometida a contradicción (SSTEDH, caso Mika contra Suecia, de 27 de enero de 2009, y de 13 de enero de 2009, caso Taxquet contra Bélgica) (STS 686/2016) ●► El TEDH siempre ha considerado necesario llevar a cabo un **examen de la equidad del procedimiento en su conjunto**, con el fin de determinar si los derechos del acusado han sido restringidos de forma inaceptable. Tradicionalmente, esto ha incluido un examen tanto de la importancia de la prueba no practicada contra el acusado en el caso, concretamente si la prueba no practicada constituye la única o prueba decisiva contra el demandante (ver, por ejemplo, Kornev y Karpenko c. Ucrania, Núm. 17444/04, 21 de octubre de 2010; Caka c. Albania, 8 de diciembre de 2009; Guilloury c. Francia, 22 de junio de 2006; Lucá, antes citado, y Vidgen, antes citado), como de las medidas de contrapeso tomadas por las autoridades judiciales para compensar las desventajas con las que la defensa ha tenido que trabajar (ver Doorson; S.N. c. Suecia; V.D. c. Rumanía, 16 de febrero de 2010; y, más recientemente, Al-Khawaja y Tahery, antes citado y Vidgen, antes citado) (STS 686/2016) ●► Se añade que la equidad del proceso ha de analizarse en su conjunto y no en dependencia estricta e inexorable del cumplimiento de cada una de las condiciones, lo que en el caso concreto le lleva a reputar no atentatoria del derecho a la presunción de inocencia la condena en la medida en que si los testigos no comparecieron fue por causa justificada (residían en el extranjero), sus declaraciones fueron leídas en el acto del juicio oral, no se formuló objeción alguna por parte de las defensas lo que permite deducir que renunciaron a su derecho a interrogar a estos testigos, y, además, no fueron esos testimonios la única prueba que fundó la condena (STS 686/2016; 312/2017) ●► De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, la llamada “única o regla decisiva” no debería aplicarse de una manera inflexible, cuando se revisan cuestiones de equidad de los procedimientos, ya que, de hacerlo así, transformaría la regla en instrumento contundente que iría en contra de la manera tradicional en la que el TEDH enfoca el tema de la equidad de los procedimientos en su conjunto, concretamente poniendo en la balanza los intereses contrapuestos de la defensa, la víctima, y los testigos, así como del interés público en la administración efectiva de la Justicia (ver Al-Khawaja y Tahery, antes citado). El TEDH ha considerado por tanto que,

cuando una condena está basada únicamente o de manera decisiva en una prueba aportada por testigos ausentes que no han estado disponibles para el interrogatorio contradictorio por parte de la defensa, la admisibilidad como prueba de aquellas declaraciones referenciales no resultan, automáticamente, en una vulneración del artículo 6.1. En esos casos, sin embargo, el TEDH puede someter al procedimiento al más minucioso escrutinio. Debido a los riesgos que entran a la admisión de este tipo de prueba, la inclusión de sólidas garantías procedimentales sería un factor muy relevante en su valoración (STS 686/2016) ●► También se ha dado validez a declaraciones de testigos prestadas durante el sumario sin la intervención de la defensa porque el procesado no estaba personado, por estar huido (SSTC 57/2002, de 11 de marzo y 80/2003, de 28 de abril) y también cuando están presentes en la declaración los letrados de las partes y renuncian a formular preguntas (STC 2/2002, de 14 de enero). La citada STC 80/2003, de 28 de abril fue recurrida ante el TEDH, que inadmitió la queja afirmando que la falta de contradicción no fue imputable a la autoridad judicial sino al propio acusado que se sustrajo voluntariamente a la acción de la justicia (Decisión de inadmisión de 1.3.2005, Mínguez Villar c. España) (STS 430/2019; 554/2019).

Son supuestos de valoración equitativa de la reproducción de la prueba preconstituida: la imposibilidad de la víctima de responder al interrogatorio de las partes en el plenario por sufrir estrés postraumático médicamente diagnosticado y que la testigo no estaría apta para el interrogatorio contradictorio dentro de un plazo razonable, teniendo en cuenta que el demandante estaba en prisión preventiva. La fiabilidad de la testigo estuvo corroborada por pruebas indirectas (vide, STS 686/2016).

⑩ La reciente jurisprudencia del TEDH matiza la denominada “*regla de la prueba única o decisiva*” admitiendo que -si no hay responsabilidad del Estado- cabe valorarla ponderando los intereses en juego tanto del acusado como de las víctimas o de la sociedad en su conjunto debiendo estar corroborada por otros elementos de prueba.

●► Desde siempre el TEDH ha llamado a ponderar las circunstancias concretas del caso y a negar la lesión del derecho a la defensa si, pese a no haber existido la posibilidad actual de interrogar a los testigos, por los órganos judiciales se habían introducido medidas que contrarrestaran dicho déficit. La sentencia comentada sostiene que la salvaguarda efectiva de contradicción es susceptible de ponderación con otros intereses enfrentados. **La regla de que no puede ser prueba única o decisiva no es catalogada como axioma o dogma absoluto.** Es modulable. La ausencia de contradicción de un concreto medio de prueba, no derivada de una gestión procesal errónea o equivocada o no garantista no será contraria al derecho a un proceso equitativo si en el caso concreto se identifican medidas que permiten una correcta evaluación de la fiabilidad de la declaración a partir de una perspectiva global y tras sopesar todos los intereses contrapuestos concurrentes (STS 270/2016) ●► En la sentencia STS 1031/2013 se advierte que para encajar esta doctrina en su justo contexto tal garantía es concebida por el Tribunal de Estrasburgo no solo como un requisito para la correcta valoración probatoria -como garantía epistemológica- sino asimismo como una garantía de defensa. Por vía de principio (que no regla absoluta) solo si se ha dado al acusado la posibilidad de contradecir la declaración prestada en la fase anterior al juicio oral, podrá la misma erigirse en prueba de cargo. Pero frente a precedentes como la sentencia *Lucá c. Italia* que dibujaba más una regla o presupuesto de valorabilidad, la citada **sentencia Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido** reconduce esa perspectiva. En dicha decisión el Tribunal de Estrasburgo matiza la “regla de la prueba única o decisiva”, concepción a tenor de la cual una condena no podría fundarse, como prueba única o decisiva, en un testimonio prestado sin contradicción, y la sustituye por una aproximación basada en la ponderación de intereses, tanto del acusado como de las víctimas o de la sociedad en su conjunto (STS 270/2016) ●► Habrá que ponderar todas las circunstancias y entre ellas esa limitación de la contradicción para valorar tal prueba sumarial introducida en el juicio oral a través de su lectura o la comparecencia de quienes oyeron esa declaración. **No está vedada tajantemente la posibilidad de aprovechamiento probatorio. Será un problema de fiabilidad o credibilidad que habrá que solventar teniendo en cuenta que esa declaración se hizo al margen de la contradicción y por tanto que estará precisada de más elementos corroboradores, o habrá de limitarse a ser ella misma elemento corroborador que por sí solo no bastaría para la condena.** Pero no es correcto negar a priori todo valor a esa declaración (STS 270/2016) ●► El TEDH sienta el criterio de que cuando una condena está basada únicamente o de modo decisivo en pruebas ofrecidas por testigos ausentes, la imposibilidad de haber sometido a contradicción el testimonio no conllevará automáticamente una vulneración del derecho a un proceso equitativo. **Dependerá de si en el caso concreto existen “suficientes factores de compensación, incluyendo medidas que permitan una correcta y adecuada evaluación de la fiabilidad de esa prueba.** Esto permitiría que una condena se fundara únicamente en dicha prueba solamente si es suficientemente fiable dada su relevancia en el caso”. La doctrina considera que la sentencia de la Gran Sala del STEDH de 15 de diciembre de 2011 (asunto *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido*) altera sustancialmente la concepción anterior de la jurisprudencia de Estrasburgo, viniendo a concluir que la “sole or decisive rule” deja de ostentar la condición de regla y pasa a convertirse en un principio, sometido, en consecuencia, a la ponderación con otros intereses enfrentados. Dicho de otro modo: “la regla de la prueba única o decisiva ya no es considerada como una regla de carácter absoluto, sino como un factor más a considerar en relación con otros factores de ponderación”. Concretamente, el Tribunal de Estrasburgo sienta el criterio de que la ausencia de contradicción no será contraria al derecho a un proceso equitativo si en el caso concreto existían medidas que permitieran una correcta evaluación de la fiabilidad de la declaración. Para justificar esa conclusión comienza la Gran Sala por reiterar la necesidad de analizar la vulneración al derecho a un proceso equitativo a partir de una perspectiva global y de ponderar los intereses concurrentes: **“El Tribunal contemplará el procedimiento como un todo, tomando en consideración los derechos de la defensa pero también los intereses de la sociedad y de las víctimas de que el delito es debidamente perseguido (...) así como, cuando sea necesario, los derechos de los testigos”** (STS 270/2016).

Conclusión: el principio de contradicción no constituye una regla taxativa; sino un principio que -ponderados con otros y las circunstancias que concurran en cada caso- está orientado a lograr la optimización del juicio.

► No estamos, ante una regla taxativa, un mandato imperativo sin excepciones; Más bien nos enfrentamos a un principio ponderable con otros, es decir un mandato de optimización. (STS 686/2016; 312/2017; 136/2021) ► El TEDH enfatiza ciertamente el derecho a interrogar a los testigos de cargo consagrado con la categoría de derecho procesal autónomo en los arts. 6.1 y 6.3.d) CEDH, pero no eleva la ausencia de esa más que deseable posibilidad de contradicción a la categoría de radical invalidez. Y, por supuesto, considera en principio suficientemente cumplida esa condición con el interrogatorio asumido por la dirección letrada. La oportunidad de impugnar e interrogar al testigo de cargo puede producirse en fases previas al plenario. La utilización como prueba de las declaraciones obtenidas en la fase de investigación policial y/o judicial) no es en sí misma incompatible con los apartados 1 y 3.d) del art. 6 CEDH, siempre que se respeten los derechos de la defensa -Caso Kostovski c/Holanda, de 20 de noviembre de 1989; caso Asch c/ Austria de 26 de abril de 1999-. El TEDH es muy flexible en el examen del modo en el que debe realizarse la contradicción en la producción de la fuente de prueba. Es suficiente que pueda detectarse un marco potencial de producción contradictoria, no necesariamente jurisdiccionalizado -Caso S.N c /Suecia, de 2 de julio de 2002; caso Bocos-Cuesta c/ Holanda, STEDH de 10 de noviembre de 2005; caso P.S c/ Alemania, STEDH de 20 de diciembre de 2001; o caso A.M c/ Italia, STEDH de 14 de diciembre de 1999-. Nuestro Tribunal Constitucional en ese punto es más exigente. No basta la declaración policial. Es imprescindible la comparecencia en el juicio de quienes oyeron tal declaración. Hace falta jurisdiccionalidad (STS 686/2016; 312/2017) ► La STEDH (Gran Sala) de 15 de diciembre de 2011 (asunto Al- Khawaja y Tahery c. Reino Unido) en línea con lo que venimos exponiendo, proclamará abiertamente que la posibilidad de contradicción no es una regla de validez absoluta, sino un principio de elevado rango, susceptible de ser ponderado y modulado con otros intereses en virtud de las circunstancias de cada caso. Tal garantía es concebida no sólo como un requisito para la correcta valoración probatoria -como garantía epistemológica- sino asimismo como una garantía de defensa. Frente a precedentes como la sentencia Lucá c. Italia que dibujaba más una regla o presupuesto de valorabilidad, la citada sentencia Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido reconduce esa perspectiva (STS 686/2016; 312/2017) ► **Una condena basada en un testimonio sin contradicción sería legítima si del análisis del proceso en su conjunto revela factores de compensación de ese déficit de defensa. La salvaguarda efectiva de contradicción es susceptible de ponderación con intereses enfrentados. La regla de que no puede ser prueba única o decisiva no es dogma absoluto** (SSTS 270/2016; 686/2016; 312/2017) ► Es modulable. La ausencia de contradicción de un concreto medio de prueba, no derivada de una gestión procesal errónea o equivocada no será contraria al derecho a un proceso equitativo si en el caso concreto se identifican medidas que permiten una correcta evaluación de la fiabilidad de la declaración a partir de una perspectiva global y tras sopesar los intereses contrapuestos concurrentes. Los testimonios prestados fuera del juicio oral puedan fundar una condena en ciertas condiciones. Cuando la ausencia del testigo esté apoyada en buenas razones una regla de exclusión ("sole or decisive rule") no puede ser aplicada "de un modo inflexible". Debe ser sometida a similares criterios de ponderación que los empleados en casos en que es preciso proteger intereses concretos de testigos o víctimas (STS 686/2016; 312/2017) ► Lo contrario "transformaría la regla en un instrumento tajante e indiscriminado, contrario al modo tradicional en que el Tribunal aborda la cuestión de la equidad global del procedimiento, en aras a ponderar los intereses enfrentados de la defensa, la víctima y los testigos, así como el interés público en una efectiva administración de justicia". El TEDH sienta el criterio de que cuando una condena está basada únicamente o de modo decisivo en pruebas ofrecidas por testigos ausentes, la imposibilidad de haber sometido a contradicción el testimonio no conllevará automáticamente una vulneración del derecho a un proceso equitativo. Dependerá de si en el caso concreto existen "suficientes factores de compensación, incluyendo medidas que permitan una correcta y adecuada evaluación de la fiabilidad de esa prueba (SSTS 270/2016; 686/2016; 312/2017; 430/2019; 554/2019).

2 LA REGULACIÓN DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL TRAS LA REFORMA DE LA LO 8/2021

1 Los supuestos de prueba preconstituida legalmente previstos.

1 Tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal llevada a cabo por la LO 8/2021, de 4 de junio, de *protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, la denominada impropia "prueba preconstituida" se encuentra regulada en los artículos 448, 449, 449 bis, 449 ter, 703 bis, 730, 777 y 788 LECrim.

Artículo 448 LECrim. Si el testigo manifestare, al hacerle la prevención referida en el artículo 446, la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse del territorio nacional, y también en el caso en que hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral, el Juez instructor mandará practicar inmediatamente la declaración, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Para ello, el Secretario judicial hará saber al reo que nombre abogado en el término de veinticuatro horas, si aún no lo tuviere, o de lo contrario, que se le nombrará de oficio, para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo. Transcurrido dicho término, el Juez recibirá juramento y volverá a examinar a éste, a presencia del procesado y de su abogado defensor y a presencia, asimismo, del Fiscal y del querellante, si quisieren asistir al acto, permitiendo a éstos hacerle cuantas preguntas tengan por conveniente, excepto las que el Juez desestime como manifiestamente impertinentes // Por el Secretario judicial se consignarán las contestaciones a estas preguntas, y esta diligencia será firmada por todos los asistentes.

Artículo 449 LECrim. En caso de inminente peligro de muerte del testigo, se procederá con toda urgencia, a recibirle declaración en la forma expresada en el artículo anterior, aunque el procesado no pudiese ser asistido de Letrado.

Artículo 449 bis LECrim. Cuando, en los casos legalmente previstos, la autoridad judicial acuerde la práctica de la declaración del testigo como prueba preconstituida, la misma deberá desarrollarse de conformidad con los requisitos establecidos en este artículo // La autoridad judicial garantizará el principio de contradicción en la práctica de la declaración. La ausencia de la persona investigada debidamente citada no impedirá la práctica de la prueba preconstituida, si bien su defensa letrada, en todo caso, deberá estar presente. En caso de incomparecencia injustificada del defensor de la persona investigada o cuando haya razones de urgencia para proceder inmediatamente, el acto se sustanciará con el abogado de oficio expresamente designado al efecto // La autoridad judicial asegurará la documentación de la declaración en soporte apto para la grabación del sonido y la imagen, debiendo el Letrado de la Administración de Justicia, de forma inmediata, comprobar la calidad de la grabación audiovisual. Se acompañará acta sucinta autorizada por el Letrado de la Administración de Justicia, que contendrá la identificación y firma de todas las personas intervinientes en la prueba preconstituida. // Para la valoración de la prueba preconstituida obtenida conforme a lo previsto en los párrafos anteriores, se estará a lo dispuesto en el artículo 730.2.

Artículo 449 ter LECrim. Cuando una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir en condición de testigo en un procedimiento judicial que tenga por objeto la instrucción de un delito de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo, la autoridad judicial acordará, en todo caso, practicar la audiencia del menor como prueba preconstituida, con todas las garantías de la práctica de prueba en el juicio oral y de conformidad con lo establecido en el artículo anterior. Este proceso se realizará con todas las garantías de accesibilidad y apoyos necesarios // La autoridad judicial podrá acordar que la audiencia del menor de catorce años se practique a través de equipos psicosociales que apoyarán al Tribunal de manera interdisciplinar e interinstitucional, recogiendo el trabajo de los profesionales que hayan intervenido anteriormente y estudiando las circunstancias personales, familiares y sociales de la persona menor o con discapacidad, para mejorar el tratamiento de los mismos y el rendimiento de la prueba. En este caso, las partes trasladarán a la autoridad judicial las preguntas que estimen oportunas quien, previo control de su pertinencia y utilidad se las facilitará a las personas expertas. Una vez realizada la audiencia del menor, las partes podrán interesar, en los mismos términos, aclaraciones al testigo. La declaración siempre será grabada y el Juez, previa audiencia de las partes, podrá recabar del perito un informe dando cuenta del desarrollo y resultado de la audiencia del menor // Para el supuesto de que la persona investigada estuviere presente en la audiencia del menor se evitará su confrontación visual con el testigo, utilizando para ello, si fuese necesario, cualquier medio técnico // Las medidas previstas en este artículo podrán ser aplicables cuando el delito tenga la consideración de leve.

Artículo 703 bis LECrim. Cuando en fase de instrucción, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 449 bis y siguientes, se haya practicado como prueba preconstituida la declaración de un testigo, se procederá, a instancia de la parte interesada, a la reproducción en la vista de la grabación audiovisual, de conformidad con el artículo 730.2, sin que sea necesaria la presencia del testigo en la vista // En los supuestos previstos en el artículo 449 ter, la autoridad judicial solo podrá acordar la intervención del testigo en el acto del juicio, con carácter excepcional, cuando sea interesada por alguna de las partes y considerada necesaria en resolución motivada, asegurando que la grabación audiovisual cuenta con los apoyos de accesibilidad cuando el testigo sea una persona con discapacidad // En todo caso, la autoridad judicial encargada del enjuiciamiento, a instancia de parte, podrá acordar su intervención en la vista cuando la prueba preconstituida no reúna todos los requisitos previstos en el artículo 449 bis y cause indefensión a alguna de las partes.

Artículo 730 LECrim. 1. Podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquellas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral // 2. A instancia de cualquiera de las partes, se podrá reproducir la grabación audiovisual de la declaración de la víctima o testigo practicada como prueba preconstituida durante la fase de instrucción conforme a lo dispuesto en el artículo 449 bis.

Artículo 777 LECrim. (...) 2. Cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes // Dicha diligencia deberá documentarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el Secretario judicial, con expresión de los intervinientes // A efectos de su valoración como prueba en sentencia, la parte a quien interese deberá instar en el juicio oral la reproducción de la grabación o la lectura literal de la diligencia, en los términos del artículo 730. // 3. Cuando una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir en condición de testigo, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 449 ter, debiendo la autoridad judicial practicar prueba preconstituida, siempre que el objeto del procedimiento sea la instrucción de alguno de los delitos relacionados en tal artículo // A efectos de su valoración como prueba en sentencia, la parte a quien interese deberá instar en el juicio oral la reproducción de la grabación audiovisual, en los términos del artículo 730.2.

Artículo 788 LECrim: (...) // 2. Será de aplicación lo dispuesto en el artículo 703 bis, en cuanto a la no intervención en el acto del juicio del testigo, cuando se haya practicado prueba preconstituida de conformidad con lo dispuesto en los artículos 449 bis y siguientes.

② Todos los supuestos contemplados en los referidos artículos establecen el régimen jurídico de las *pruebas testificales preconstituidas* como excepciones a la regla general de que la prueba debe practicarse en el juicio oral.

Aunque el artículo 448 LECrim (referido al procedimiento sumario) aparentemente contempla unos requisitos que no son idénticos a los previstos en el artículo 777.2 LECrim (referido al proceso abreviado) es lo cierto que ambos preceptos junto con el artículo 730 LECrim dan una solución procesal

uniforme para que los testimonios realizados durante la instrucción de la causa - cumpliéndose unos determinados requisitos- puedan ser reproducidos en el plenario y valorados como prueba incriminatoria eficiente para enervar la presunción de inocencia cuando concurre la circunstancia de **imposibilidad o seria dificultad de que el testigo de cargo comparezca ante el Tribunal.**

La diferencia entre los casos de *prueba preconstituida* (art. 448 y 77.2 LECrim) y *prueba anticipada* de los artículos 657, párrafo tercero (“podrán pedir además las partes que se practiquen desde luego aquellas diligencias de prueba que por cualquier causa fuera de temer que no se puedan practicar en el juicio oral, o que pudieran motivar su suspensión”), artículo 781.1 párrafo tercero (“en el escrito de acusación se podrá solicitar la práctica anticipada de aquellas pruebas que no puedan llevarse a cabo durante las sesiones del juicio oral ... “ y 784.2 LECrim (“en el escrito de defensa se podrá solicitar del órgano judicial que recabe la remisión de documentos o cite a peritos o testigos, a los efectos de la práctica de la correspondiente prueba en las sesiones del juicio oral o, en su caso, de la práctica de prueba anticipada”) y 784.2 LECrim) radica en que la prueba anticipada se realiza ante el órgano de enjuiciamiento, mientras que la preconstituida se realiza en fase de instrucción. En el caso del artículo 730 LECrim se “cubre los casos en que no siendo posible como en los anteriores prestarse la declaración testifical en el Juicio Oral, la imposibilidad, a diferencia de ellos, se debe a factores sobrevenidos e imprevisibles” con afirma la STS 686/2016.

El debate acerca de si el régimen jurídico de la prueba preconstituida es diferenciado según nos encontremos en la tramitación de un procedimiento ordinario o un procedimiento abreviado es estéril. La inmensa mayoría de los procesos penales abiertos por el delito de trata de seres humanos -por no decir todos- lo son mediante la incoación de Diligencias Previas procediéndose a la transformación de sumario si fuera procedente (artículo 760 LECrim) tras haber tomado declaración a la víctima y en su caso haber procedido a la práctica de la prueba testifical preconstituida (art. 777. 2 LECrim).

Además, como tiene declarado la **STS 136/2021**: **► Conviene aclarar que la remisión que hacen los artículos 448 y 777 al citado artículo 730 no implica que éste solo sea aplicable en esos casos. Aquellos artículos regulan, como se ha dicho, los casos de prueba preconstituida, a la que debe acudir cuando existan razones para suponer la imposibilidad de que el testigo acuda al llamamiento del Tribunal en el juicio oral. Para que pueda ser luego valorada por el Tribunal de enjuiciamiento es necesaria su introducción en el plenario conforme al citado artículo 730. Pero con ello no se agota la posibilidad de la aplicación de este precepto, que permite introducir en el plenario las diligencias sumariales admitidas como prueba cuando no puedan ser reproducidas en el juicio oral por causas independientes de la voluntad de las partes. Se admite, pues, la existencia de diligencias sumariales, distintas de las pruebas preconstituidas, entre ellas las declaraciones de testigos practicadas ante la autoridad judicial sin los requisitos previstos en los artículos 448 y 777, que, admitidas como prueba, no puedan reproducirse en el juicio oral. En esos casos, también puede acudir a las previsiones del artículo 730 ► Los artículos 448 y 777 de la LECrim regulan la prueba preconstituida, garantizando a las partes la posibilidad de contradicción. La diligencia deberá ser luego introducida en el plenario en la forma prevista en el artículo 730, al que se remite expresamente el artículo 777. **En todos los casos, lo que debe ser comprobado es la imposibilidad o seria dificultad de que el testigo comparezca ante el Tribunal**, pues de no ser así, lo correcto es oír a aquel directamente, bien sea de forma presencial o recurriendo a la videoconferencia o sistemas similares que permitan una comunicación bidireccional en tiempo real ► El artículo 730 no limita su aplicabilidad a los casos de pruebas testificales preconstituidas. La jurisprudencia ha venido exigiendo que las declaraciones de testigos efectuadas durante la fase de instrucción que no tengan el carácter de pruebas preconstituidas requieren para que sea posible su valoración, el cumplimiento de una serie de exigencias. Concretamente, (i) que la diligencia sea intervenida por la autoridad judicial (SSTC 12/2002, 187/2003, 1/2006); (ii) que se haya dado oportunidad efectiva a la defensa del inculpado a participar activamente en la práctica de la diligencia sumarial cuando sea factible; (iii) que se hayan realizado los esfuerzos razonables conducentes a conseguir la presencia en el plenario del testigo. Como hemos advertido en algún precedente (STS 1028/2013, de 1 de diciembre) “El punto decisivo aquí es aclarar si la necesidad de que haya existido al menos una oportunidad de interrogar al testigo de cargo es un requisito sine qua non o por el contrario una condición que en caso de imposibilidad puede ser sustituida por fórmulas menos eficaces de contradicción permitiendo la valoración del testimonio así introducido, aunque sopesando esa limitación de la contradicción (STS 136/2021) ► En todo caso como afirma la STS 686/2016: “ No hay obstáculo alguno para el aprovechamiento probatorio. La prueba preconstituida gozaba de suficiente calidad epistémica y garantista. Que no fuese claro si se iba a producir el abandono del país o la incomparecencia al juicio oral (que luego se produjo) no priva de legitimidad a esa prueba. Es absurdo ahora discutir si justamente por eso habría que valorarla vía art. 730 y no vía art. 448 LECrim. No sería 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 de que ni siquiera gozaría de aptitud para ser reproducido en el acto del juicio oral; y sin embargo sí lo fuese a través del art. 730 LECrim”.**

③ Siguiendo la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre la validez de la prueba preconstituida a los efectos de enervar la presunción de inocencia, es preciso que concurren una serie de requisitos de

distinta naturaleza: a) *Materiales*: que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral; b) *Subjetivos*: la necesaria intervención del Juez de Instrucción; c) *Objetivos*: que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el Abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo; y d) *Formales*: la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art. 730 LECrim o a través de los interrogatorios, o si la disponibilidad de medios tecnológicos lo permite, mediante el visionado de la grabación de la diligencia, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron directamente en el juicio oral (SSTC 303/1993; 153/1997; 12/2002; 195/2002; 187/2003; 1/2006; 344/2006) (SSTS 53/2014; 270/2016; 167/2017; 396/2019; 564/2019).

④ Tras la reforma operada por la LO 8/2021, el régimen jurídico establecido sobre la prueba preconstituida ha sufrido importantes modificaciones en determinados aspectos formales (eliminación de la documentación escrita de la prueba y exclusividad de la grabación audiovisual en soporte adecuado) y en la diferenciación de régimen según el testigo sea persona menor de catorce años o *una persona con discapacidad necesitada de especial protección* (artículo 449 ter LECrim); sin embargo, en lo demás, como veremos, la reforma legal de 2021 -con mayor o menor acierto en su redacción y sistematización y discutible técnica jurídica- ha recogido los criterios asentados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Sala II del Tribunal Supremo que hemos recogido anteriormente.

Contenido y sentido de la reforma.

Artículo 448 LECrim. En efecto, la reforma, siendo coherente con la regulación que efectúa el nuevo artículo 449 ter, suprime el último párrafo del artículo 448 que establecía que “la declaración de los testigos menores de edad y de las personas con capacidad judicialmente modificada podrá llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculcado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba”.

Artículo 449 bis LECrim. Es de nueva creación. (1) Recoge los **requisitos comunes** de la práctica de *la declaración del testigo como prueba preconstituida* por el Juez de Instrucción para todos los casos previstos legalmente. Es decir, deben aplicarse tanto en los procesos ordinarios como en los abreviados. (2) Precisa el **derecho de contradicción** que reconoce al imputado: (a) resuelve el problema de la incomparecencia del investigado que no comparece a la práctica de la prueba por causas ajenas al buen funcionamiento del órgano judicial; (b) exige en todo caso que se encuentre presente su defensa letrada de libre designación; pero acepta el nombramiento de un defensor de oficio cuando su abogado de manera injustificada no comparece o *haya razones de urgencia para proceder inmediatamente*; (c) exige al juez de instrucción que la declaración del testigo quede recogida *en soporte apto para la grabación del sonido y la imagen*; (d) Impone al letrado de la Administración de Justicia dos tipos de obligaciones: comprobar inmediatamente la calidad de la grabación audiovisual y realizar un acta *sucinta* del acto que contendrá *la identificación y firma de todas las personas intervinientes en la prueba preconstituida*; (e) Se remite al artículo 730 LECrim en relación con la reproducción y valoración en el juicio oral.

Artículo 449 ter LECrim. Es de nueva creación. (1) Establece un nuevo régimen jurídico en relación con los menores de catorce años o con personas *con discapacidad necesitada de especial protección* (sic) cuando la instrucción tenga por objeto la persecución de determinados delitos (entre ellos la trata de seres humanos) aunque *tenga la consideración de leve*; (2) En estos casos impone al juez practicar la prueba preconstituida, respetándose todos los derechos de contradicción y de defensa reconocidos en el artículo anterior; (3) Aunque la prueba es dirigida por el juez, admite que -cuando se trate de menores de catorce años- *se practique a través de equipos psicosociales que apoyarán al Tribunal de manera interdisciplinar e interinstitucional*,

recogiendo el trabajo de los profesionales que hayan intervenido anteriormente y estudiando las circunstancias personales, familiares y sociales de la persona menor o con discapacidad, para mejorar el tratamiento de los mismos y el rendimiento de la prueba- , limitándose el derecho a interrogar de manera directa a las partes que formularán las preguntas a través del juez (*quien, previo control de su pertinencia y utilidad) se las facilitará a las personas expertas.* Este sistema es común para las repreguntas (*aclaraciones*); (4) Se impone la grabación del acto y se admite que se recabe *del perito un informe dando cuenta del desarrollo y resultado de la audiencia del menor*; (5) En la exploración del menor se evitará la *confrontación visual con el investigado*. (6) En relación con los menores se han trasladado las previsiones de asistencia técnica -muy mejoradas- que ya se encontraban recogidas en el artículo 433.4 LECrim tras la reforma del Estatuto de la Víctima y que la LO 8/2021 ha suprimido.

Artículo 703 bis LECrim. Es de nueva creación. Referido al juicio oral establece las condiciones que provocan la reproducción de la grabación de la prueba preconstituida practicada de conformidad con el artículo 449 bis y 449 ter LECrim a petición de parte: en el primer caso establece como norma general la presencia del testigo en el acto del juicio oral (*sin que sea necesaria la presencia del testigo en la vista*); mientras que el segundo caso su presencia en el juicio es excepcional debiendo estar suficientemente motivada y salvaguardando el derecho del defensa del imputado.

Artículo 730 LECrim. Se establece una nueva redacción en dos apartados para poder recoger (en el apartado 2) la reproducción de la prueba practicada de conformidad con el nuevo art. 449 bis LECrim.

Artículo 777 LECrim. Se añade un nuevo apartado 3 a los efectos de regular la prueba preconstituida de menores de catorce años y personas *con discapacidad necesitada de especial protección* en el procedimiento abreviado remitiéndose a las normas del art. 449 ter LECrim.

Artículo 788 LECrim: Se añade un nuevo apartado a los efectos de aplicar las disposiciones del art. 703 bis al procedimiento abreviado.

Seguidamente entraremos a señalar aquellos aspectos relevantes que -en relación con la persecución del delito de trata de seres humanos- puedan provocar dudas exegéticas con la finalidad de, hasta en tanto en cuanto se pronuncie el Tribunal Supremo o sean tratados por una Circular DGE, puedan servir de guía interpretativa.

En concreto, me preocupan las dudas que puedan surgir:

(A) Durante la fase de instrucción: (a) en relación con las causas que legitiman la práctica de la prueba preconstituida por riesgo cierto de incomparecencia del testigo-víctima en el plenario (ya se trate de mayores de catorce años, menores de catorce o de personas con discapacidad necesitadas de protección); (b) las medidas que debe adoptar el juez de instrucción en la realización de la preconstitución de la prueba testifical de la víctima de trata para garantizar el derecho de contradicción que asiste al imputado; y,

(B) En la fase del juicio oral: sobre los efectos de la incomparecencia de los testigos en el plenario o la voluntad declarada de no declarar valorados de consuno con el derecho a un juicio equitativo.

② Sobre la oportunidad de realizar la prueba preconstituida por el instructor de una causa abierta en persecución de un delito de trata de seres humanos: en estos casos la práctica de la prueba preconstituida debe ser la decisión habitual.

En relación con la persecución de los delitos de trata de seres humanos, la decisión judicial sobre la oportunidad de practicar la prueba preconstituida viene condicionada por una pluralidad de factores bien acreditados por la experiencia:

Ⓐ La víctima de trata: amenazas persistentes.

Que es habitual que la víctima de trata durante toda la tramitación del proceso penal esté sometida a graves presiones de los tratantes para condicionar su testimonio. En el caso de ser una víctima extranjera y haber sido tratada por organizaciones criminales, es muy frecuente que la amenaza no sólo sea personal y directa, se extiende a causar graves daños a sus familiares en los países de donde procede. Ello puede provocar un estado de angustia o miedo permanente que sólo podrá desaparecer cuando se anulen las causas que lo motivaron; esto es, cuando se alcance una garantía absoluta de la seguridad propia y de allegados, imposible de lograr en la mayoría de las ocasiones.

Por todo ello tiene pleno sentido la doctrina asentada por la Sala II del Tribunal Supremo: ***“constituye una regla de experiencia que en los delitos de trata de seres humanos la presión sobre los testigos-víctima sometidos a la trata y explotación, es muy intensa, por lo que el recurso a la prueba preconstituida debe ser habitual ante la muy probable incidencia de su desaparición, huida al extranjero e incomparecencia al juicio oral, motivada ordinariamente por el temor a las eventuales consecuencias de una declaración contra sus victimarios*** (SSTS 53/2014; 312/2017; 396/2019; 564/2019).

Ⓑ La víctima de trata: traumas psicológicos

Que las vivencias sufridas por las víctimas durante el transcurso del episodio de trata, en un altísimo porcentaje, provocan traumas psicológicos diversos, significadamente trastorno de estrés postraumático u otros daños psicológicos que pueden agravarse de manera insoportable para quienes lo sufren si son llevados al proceso penal en condiciones tales que le obligan a enfrentarse cara a cara con los causantes de sus males o se les exige revivir sus trágicas experiencias de manera reiterativa imponiéndoles sucesivas declaraciones.

Tanto es así que la elusión de cualquier atisbo de revictimización es una obligación que debe ser asumida por todos los operadores jurídicos y policiales implicados en la acción contra la trata de seres humanos; es prioritario evitar a las víctimas de trata nuevas experiencias traumáticas y sufrimientos añadidos.

Por ello el preámbulo de la Directiva 2011/36/UE (considerando 20) recuerda que *“debe evitarse la repetición innecesaria de interrogatorios durante la investigación, la instrucción y el juicio mediante, por ejemplo y si procede, la grabación en video de dichos interrogatorios en cuanto sea posible en el marco del procedimiento”* y, el artículo 12.4 dispone que *“Sin perjuicio de los derechos de defensa, y con arreglo a una evaluación individual de las circunstancias personales de la víctima por parte de las autoridades competentes, los Estados miembros velarán por que las víctimas de la trata de seres humanos reciban un trato especial destinado a prevenir la victimización secundaria, evitando, en la medida de lo posible y de conformidad con los criterios establecidos por el Derecho nacional y las normas relativas al poder discrecional, a la práctica o a las orientaciones de los tribunales: a) repetir innecesariamente interrogatorios durante la investigación, la instrucción o el juicio; b) el contacto visual entre víctimas y demandados incluso durante la prestación de declaración, como en el interrogatorio y las preguntas de la parte contraria, mediante medios apropiados como el uso de tecnologías de la comunicación adecuadas; c) testificar en*

audiencia pública, y d) preguntar sobre la vida privada de la víctima cuando no sea absolutamente necesario”.

© La víctima de trata: menor de catorce años

Hay un caso en que la decisión sobre la práctica de la prueba preconstituida viene impuesta *ope legis* de manera indubitada: *los menores de catorce años que deban intervenir en un procedimiento criminal que tenga por objeto un delito de trata de seres humanos* (art. 449 ter LECrim).

Son muchas las dudas exegéticas que plantea el artículo 449 ter LECrim debido a su confusa y defectuosa redacción.

Parece que el ámbito subjetivo de aplicación del precepto comprende tanto los menores de catorce años como las personas con discapacidad necesitada de especial protección. Sin embargo, a la hora de imponer al juez de instrucción la obligatoriedad de la preconstitución obligatoria del testimonio lo circunscribe exclusivamente a los menores de catorce años: *“la autoridad judicial acordará, en todo caso, **practicar la audiencia del menor como prueba preconstituida**, con todas las garantías de la práctica de prueba en el juicio oral y de conformidad con lo establecido en el artículo anterior”*.

Aquí acaba toda referencia a la práctica de la diligencia sumarial de la prueba constituida. El inciso final del párrafo primero, se refiere a las medidas especiales que deben adoptarse cuando haya que tomarse declaración testifical tanto a los menores de catorce años como a las personas con discapacidad *“este **proceso** se realizará con todas las garantías de accesibilidad y apoyos necesarios”*. El uso del término *“proceso”* -dado su carácter anfibológico- hay que interpretarlo así, pues, aunque nos encontremos en fase instructora, tiene vocación de norma general.

Esta interpretación parece confirmarse en el párrafo segundo que, en lugar de referirse al juez de instrucción -autoridad judicial que practica la prueba preconstituida- expresamente se refiere al *tribunal* (esto es el órgano jurisdiccional que dictará la sentencia) y de nuevo equipara a la persona menor (evidentemente menor de catorce años) con la persona con “discapacidad”: *“La autoridad judicial **podrá acordar** que la audiencia del menor de catorce años se practique a través de equipos psicosociales que apoyarán al **Tribunal** de manera interdisciplinar e interinstitucional, recogiendo el trabajo de los profesionales que hayan intervenido anteriormente y estudiando las circunstancias personales, familiares y sociales de **la persona menor o con discapacidad**, para mejorar el tratamiento de los mismos y el rendimiento de la prueba. En este caso, las partes trasladarán a la autoridad judicial las preguntas que estimen oportunas quien, previo control de su pertinencia y utilidad, se las facilitará a las personas expertas. Una vez realizada la audiencia del menor, las partes podrán interesar, en los mismos términos, aclaraciones al testigo. La declaración siempre será grabada y el Juez, previa audiencia de las partes, podrá recabar del perito un informe dando cuenta del desarrollo y resultado de la audiencia del menor”*.

Esta parece la decisión del legislador cuando no sólo crea este precepto sino también deroga el párrafo cuarto del artículo 433 LECrim que fue introducido por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

Artículo 433. 4 LECrim tras la reforma del Estatuto de la víctima, establecía: *“En el caso de los testigos **menores de edad** o **personas con la capacidad judicialmente modificada**, el Juez de Instrucción podrá acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración*

mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal. Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible”.

En todo caso la declaración asistida prevista por el artículo 449 ter LECrim es una decisión adoptada por el Juez de Instrucción -en la práctica de la prueba preconstituida- o por el Tribunal sentenciador -en la práctica de la prueba en el plenario- no obligada sino sometida a la adecuada valoración según las circunstancias concurrentes. Es decir, es una decisión que debe ser suficientemente motivada (de conformidad con el principio de tutela judicial efectiva).

Ⓧ La víctima de trata: persona con discapacidad necesitada de protección

Lamentablemente, la experiencia acredita que es muy elevado el número de víctimas de trata de seres humanos en el que el medio comisivo utilizado tanto para su captación como para su explotación se funda en el aprovechamiento de la existencia de una psicopatología previa de la víctima o de una personalidad muy vulnerable que podrían encuadrarse en el concepto de personas *con discapacidad*.

●▶ Para la interpretación de este precepto hemos acudido a la Unidad FGE Coordinadora FGE de atención a las personas con discapacidad y mayores, aportando la Fiscal **AVELINA ALIA ROBLES** el siguiente análisis -ejemplo de precisión y solvencia jurídica- que a continuación transcribimos:

«La disposición final primera de la Ley 8/21, de 4 de junio, está dedicada a la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En el Preámbulo de la ley encontramos el fundamento de la modificación operada en el art. 449 ter LECrim: *“En relación con la prueba preconstituida es un instrumento adecuado para evitar la **victimización secundaria**, particularmente eficaz cuando las víctimas son personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Atendiendo a su **especial vulnerabilidad** se establece su obligatoriedad cuando el testigo sea una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección. En estos supuestos la autoridad judicial, practicada la prueba preconstituida, solo podrá acordar motivadamente su declaración en el acto del juicio oral, cuando, interesada por una de las partes, se considere necesario.*

*Por tanto, se convierte en excepcional la declaración en juicio de los menores de catorce años o de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, estableciéndose como norma general la práctica de la prueba preconstituida en fase de instrucción y su reproducción en el acto del juicio evitando que el lapso temporal entre la primera declaración y la fecha de juicio oral afecten a la **calidad del relato**, así como la **victimización secundaria** de víctimas especialmente vulnerables”.*

Es decir, se modifica el régimen procesal penal en atención a conseguir dos beneficios fundamentales por medio de la preconstitución de la prueba: i) salvaguardar el testimonio; ii) procurar una protección frente a la victimización secundaria. Todo ello, sin merma de la garantía de las partes.

1. Sujetos a los que se refiere el art. 449 ter LECrim: *«personas con discapacidad necesitadas de especial protección».*

Este concepto nos remite al art. 25 CP, introducido por la LO 1/2015, de 30 de marzo. El párrafo primero de ese precepto traslada de forma casi literal el concepto social de la discapacidad de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y en vigor en España desde el 3 de mayo de 2008. Ese concepto implica atender

a los obstáculos, a las barreras existentes que determinan que la persona con discapacidad no pueda ejercer sus derechos en condiciones de igualdad, y no a la enfermedad o al déficit de la persona, salvo de forma secundaria. En consecuencia, en un contexto judicial, es el procedimiento el que debe adaptarse a la persona, y no a la inversa.

Ahora bien, el párrafo segundo introduce, con la reforma del año 2015, un concepto creado *ex novo* que es el de «víctima necesitada de especial protección», del que quedan excluidas las personas con discapacidad sensorial o física permanentes. La víctima necesitada de especial protección es la que tiene una discapacidad carácter psíquico (intelectual o mental) de cierta intensidad y con carácter de permanencia.

Sin embargo, la intensidad de la discapacidad, a efectos penales, no es una cuestión baremada por normas administrativas ni exige un reconocimiento administrativo (como ocurre con el certificado de discapacidad intelectual igual o superior al 33%, regulado por RD 1971/1999, de 23 de diciembre, que es relevante a efectos del reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad).

Tampoco exige un pronunciamiento judicial que pueda reconocerla. Precisamente, el art. 25 CP se refiere a que la persona puede tener o no modificada su capacidad de obrar, lo cual se producía, en su caso, a través de la correspondiente sentencia civil. Debe indicarse que la Ley 8/21, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, veda cualquier decisión judicial que modifique la capacidad de las personas con discapacidad; esta solo puede configurar medidas de apoyo concreto al ejercicio de la capacidad jurídica.

Finalmente, señala el último inciso del art. 25 CP que la víctima necesitada de especial protección debe precisar apoyos para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de su discapacidad. Por lo tanto, debe constatar su vulnerabilidad ante el proceso, es decir, que tenga dificultades que impidan su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Esto determina que la misma se halle «necesitada de especial protección». Así, resulta frecuente que puedan ser más sensibles a influencias indebidas; no se sientan con las habilidades suficientes para afrontar un proceso habitualmente largo y que les resulta especialmente complejo; temen que se cuestione su testimonio sin saber reaccionar ante ello, etc., lo que condiciona sus decisiones. Apreciada esa dificultad, por el juez o fiscal directamente, o a través de los informes periciales o médicos de los que se pudiera disponer, habría que preconstituir la prueba testifical.

2.- Sobre la forma de preconstituir una prueba testifical de una víctima con discapacidad necesitada de especial protección

Resulta recomendable que la prueba preconstituida se desarrolle por psicólogos criminalistas, el psicólogo forense adscrito al juzgado o un «facilitador». Todo ello, sin perjuicio de la presencia de la figura de acompañamiento que la persona pueda precisar, conforme al Estatuto de la Víctima del Delito.

La figura del facilitador cobra carta de naturaleza y tiene reconocimiento explícito legal en los arts. 7 bis LEC y LJV, introducidos por la Ley 8/21, de 2 de junio, aunque ya tenía dilatada y constatada trayectoria en procesos penales.

Conforme al art. 4 LEC, esta norma es supletoria en cuanto disposición básica o norma modelo de nuestro ordenamiento jurídico procesal. No cabe duda de que la supletoriedad se extiende a todas las cuestiones de naturaleza procesal, como son las disposiciones contenidas en dichos preceptos referidas a los ajustes del procedimiento, incluida la figura del facilitador.

Debe recordarse, además, que las FFCCSE han elaborado unas Guías de intervención policial con personas con discapacidad intelectual que desarrollan un modo eficaz y respetuoso para realizar una prueba con carácter de preconstituida.

Asimismo, conviene tomar en cuenta que el 9 de septiembre de 2021 se ha firmado un **convenio de colaboración entre la FGE y la Federación Plena Inclusión** por medio del cual se ponen a disposición de los/las fiscales valiosas herramientas para garantizar el acceso a la justicia de colectivos especialmente vulnerables, entre los que se encuentran las personas con discapacidad intelectual y del desarrollo. Como recoge este convenio, los/las fiscales podrán acudir a las organizaciones del Tercer Sector de Acción Social incluidas en la Confederación Plena Inclusión, con extensa red de profesionales en todo el territorio nacional con experiencia en el apoyo a personas con discapacidad intelectual o del desarrollo en contextos judiciales.

Las secciones especializadas en discapacidad de las distintas fiscalías territoriales pueden proporcionar información de utilidad y facilitar el contacto que se precise a tales fines» •

Salvo el mejor criterio que pueda ser establecido por la Sala II del Tribunal Supremo cuando interprete este precepto o de la Fiscalía General del Estado cuando se pronuncie en la correspondiente Circular, considero que en relación con este grupo de personas la realización de la prueba preconstituida no viene impuesta por **ministerio de la ley** en los procedimientos que el artículo 449 ter LECrim señala.

Que no tenga que practicarse ope legis no significa que no deba decidirse su aplicación como norma general en el caso de víctimas de trata de seres humanos. Sólo excepcionalmente esta prueba no se llevará a cabo: **cuando siendo irrelevante para el buen fin del proceso su realización suponga la revictimización del testigo**. En este sentido, la valoración a realizar se ajusta a los cánones ya desarrollados en los apartados anteriores, significadamente evitar cualquier tipo de sufrimiento añadido a la víctima.

La diferencia con los casos anteriores es la de que el juez de instrucción en la práctica de la prueba preconstituida, de manera motivada, podrá adoptar cualquier medida procesal precisa de apoyo a esas personas según las necesidades y circunstancias concurrentes en cada caso, entre las que se encuentran recogidas en el párrafo segundo del artículo 449 bis LECrim.

ⓔ Testigo extranjero en situación administrativa irregular

Al margen de los supuestos anteriormente señalados, en lo que aquí interesa, es oportuno recordar que la Sala II del Tribunal Supremo ha considerado como caso razonable de previsión de incomparecencia del testigo que justifica la práctica de la prueba preconstituida, la residencia o estancia administrativa irregular del testigo en territorio nacional.

► Es evidente su absoluta procedencia, a tenor de las previsiones del artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, directamente aplicable en un supuesto de Procedimiento Ordinario como es el caso pero que ha de interpretarse también sin ignorar el contenido del artículo 777 que se incluye dentro de la regulación del Procedimiento Abreviado, dadas las lógicas dudas sobre la futura comparecencia al acto del Juicio oral de testigos tan trascendentales para el esclarecimiento de los hechos como las referidas mujeres, nacionales brasileñas, sin residencia fija en nuestro país, en el que se encontraban de forma legalmente irregular y sometidas a un expediente de expulsión, y con una ocupación laboral caracterizada por el frecuente traslado de un lugar a otro (STS 550/2011).

③ Debe quedar garantizado el principio de contradicción.

Ⓐ Aplicación normalizada de artículo 449 bis LECrim

El artículo 449 bis LECrim condensa de manera precisa la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la interpretación que debe darse al derecho de todo acusado a *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* (art. 6.3 letra d CEDH) en relación con las exigencias derivadas de los principios de un juicio equitativo (art. 6.1 CEDH). Doctrina que ha hecho suyas el Tribunal Constitucional y la Sala II del Tribunal Supremo.

En efecto, el párrafo 2 del artículo 449 bis dispone:

“La autoridad judicial garantizará el principio de contradicción en la práctica de la declaración”.

La ley reconoce que debe quedar garantizado por el juez de instrucción el derecho de todo acusado a interrogar al testigo (principio de contradicción). Ello constituye la norma que legitima una excepción al principio general de que las pruebas de cargo que pueden ser valoradas por el tribunal sentenciador son las practicadas en el juicio oral (art. 741 LECrim). Garantizada la contradicción los testimonios preconstituidos podrán ser valorados por el tribunal sentenciador como prueba de cargo eficiente para enervar la presunción de inocencia.

►► **Regla general de valoración de las pruebas de cargo** Tiene establecido esta Sala en lo que se refiere a la aplicación del art. 730 de la LECrim (SSTS 904/2006; 1080/2006; 732/2009; 1238/2009; y 867/2010) que las únicas pruebas de cargo que pueden ser valoradas son las practicadas en el juicio oral bajo los principios de oralidad, inmediación y contradicción, mientras que las diligencias practicadas en la fase de instrucción son solamente medios de investigación que permiten preparar la decisión sobre la apertura del juicio oral e identificar y asegurar los medios de prueba (STS 270/2016) ►► Ahora bien, junto a ello, también hemos reiterado "que esa idea no puede entenderse de manera tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias judiciales y sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, siempre que puedan constatarse en el acto de la vista y en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción" (SSTC 187/2003; 1/2006; 344/2006). En este sentido, ya desde la STC 80/1986, nuestra doctrina ha admitido, también expresamente, que dicha regla general permite determinadas 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 (STS 53/2014).

►► **El principio de contradicción es de especial importancia para garantizar un juicio equitativo** En este sentido, el TC, por influencia del TEDH, ha elevado la garantía de contradicción a requisito irrenunciable del proceso equitativo, de modo que, si bien puede excepcionalmente prescindirse de otras garantías de la correcta valoración probatoria -como la inmediación-, únicamente si el acusado ha tenido una oportunidad de interrogar al testigo podrá erigirse tal declaración en prueba de cargo. La regla establecida por el TEDH aparece claramente recogida en la sentencia Lucà contra Italia, de 27 de mayo de 2001. En ella se establece que "En algunas circunstancias puede resultar necesario, para las autoridades judiciales, recurrir a declaraciones que se remontan a la fase de instrucción previa, sobre todo si no pueden ser reiteradas en público por temor a consecuencias en la seguridad del autor de las mismas, lo que puede ser el caso en el marco de procesos contra organizaciones mafiosas. Si el acusado ha dispuesto de una ocasión adecuada y suficiente para responder a dichas declaraciones, en el momento de ser efectuadas o más tarde, su utilización no vulnera en sí misma los artículos 6.1 y 6.3 d) (STS 270/2016) ►► El principio de contradicción, al que se refiere el CEDH cuando reconoce el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, reviste una especial importancia en el marco del enjuiciamiento penal, en orden a garantizar un juicio equitativo (STS 136/2021).

►► **El principio de contradicción afecta al derecho de defensa.** Es ingrediente esencial del principio de contradicción exigencia del derecho de defensa. Los párrafos 3 d) y 1 del artículo 6 del CEDH están recreados por abundante jurisprudencia del TEDH, "los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del artículo 6 cuando una condena, se funda exclusivamente en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar ni en la fase de instrucción ni en la fase de Plenario" (STEDH 27/2/2001, caso Lucà c. Italia) (STS 686/2016; 167/2017; 312/2017; 1002/2016) ►► De ello resulta, no obstante, que los derechos de la defensa se encuentran limitados

de forma incompatible con las garantías del artículo 6 cuando una condena se basa, únicamente o de manera importante, en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de la instrucción ni durante los debates» (SSTC 80/2003; 187/2003; 2/2002; y 1/2006) (STS 136/2021).

► **Habiéndose realizado la prueba preconstituida con garantía de principio de contradicción puede constituir prueba de cargo eficiente para enervar la presunción de inocencia** En una reiterada jurisprudencia, esta Sala ha considerado que el testimonio de la víctima, prestado con las debidas garantías entre las que destaca la contradicción, puede constituir prueba de cargo suficiente en la que basar la convicción del juez para la determinación de los hechos del caso (SSTS 568/2007, 799/2015).

Es importante llamar la atención de que el principio de contradicción es un derecho del acusado, no una obligación.

► No exige el TC la contradicción efectiva, sino la posibilidad de contradicción, pues considera que no siempre va a ser posible asegurar la presencia del acusado o de su abogado en la declaración sumarial del testigo, ya porque el mismo acusado renuncia a aprovechar la oportunidad ofrecida y no acude a la declaración, ya por otras circunstancias. Por tal razón, el contenido del derecho no puede consistir en la contradicción efectiva y realmente practicada, sino en que por el órgano judicial se hubiera hecho todo lo posible por proporcionarla. De lo contrario, se dejaría en manos del acusado la corrección del procedimiento. Ello implica, en consecuencia, que habrá casos en que podrá fundarse una condena a partir de una declaración testifical practicada sin efectiva contradicción (SSTC 142/2006 y 134/2010) (STS 270/2016).

Por ello el juez de instrucción lo que tiene que garantizar es la posibilidad de que el acusado pueda interrogar al testigo. El principio de contradicción sólo se verá seriamente afectado cuando por causa imputable a la actuación judicial se ha privado de la posibilidad de intervenir al acusado.

► Este caso ha sido después sometido a la jurisdicción del TEDH, que inadmitió la demanda a trámite en resolución de 1 de marzo de 2005 (Mínguez Villar contra España), argumentando que pese a ser cierto que "el demandante no asistió a la declaración de C. ante el juez de instrucción, sin embargo, esta ausencia no es imputable a la autoridad judicial, sino al hecho de que se sustrajo voluntariamente a la acción de la justicia". Según el Tribunal Constitucional, el "principio de contradicción se respeta, no solo cuando el demandante goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable" (SSTC 187/2003; 1/200; 142/2006; y 134/2010). Es decir, el criterio empleado para determinar cuándo un testimonio prestado sin contradicción puede ser prueba de cargo no es el de la atribución al propio imputado de la falta de contradicción, sino el de no atribución al órgano judicial, criterio más amplio y que admitirá más supuestos de prueba de cargo sin contradicción (STS 270/2016) ► El Tribunal Constitucional venía añadiendo que no se quebranta el principio de contradicción si la misma no tiene lugar por motivos que no responden a una actuación judicial constitucionalmente censurable (SSTC 80/2003; 187/2003; 2/2002; y 1/2006) (STS 136/2021).

Por ello no afecta al principio de contradicción cuando la oportunidad de interrogar al testigo es debido al propio comportamiento del investigado que se encuentra huido de la justicia o ha sido imposible su localización para citarle a la práctica de la prueba preconstituida.

► Y así, el TC ha considerado atribuible al imputado la ausencia de contradicción motivada por la imposibilidad de ser llamado a la declaración sumarial al hallarse aquel huido de la justicia y en ignorado paradero, resultandos infructuosos los intentos de localización y notificación. Tal es el caso resuelto por la STC 80/2003, 28 de abril, en la que el demandante resultó condenado por un delito de tráfico de drogas a partir de lo declarado ante el Juez de Instrucción por dos testigos, uno de los cuales se retractó de su anterior declaración en el juicio oral y el otro no pudo declarar debido a una enfermedad mental sobrevenida. Aunque las declaraciones inculcatorias prestadas en instrucción no fueron nunca sometidas a contradicción, el TC excluyó que se hubieran vulnerado los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, porque cuando se producen las declaraciones de los coimputados el demandante había huido de la justicia, circunstancia que impedía reprochar la falta de intervención de la defensa al órgano judicial (STS 270/2016).

La ausencia de la persona investigada debidamente citada no impedirá la práctica de la prueba preconstituida, si bien su defensa letrada, en todo caso, deberá estar presente.

El derecho a interrogar del acusado no exige que sea realizado por el mismo investigado, expresamente el artículo 6.3 d CEDH acepta que sea llevado a cabo a través de su letrado ("a interrogar o **hacer interrogar** a los testigos...").

► La necesidad de que haya existido al menos una oportunidad de interrogar al testigo de cargo no es requisito sine qua non sino una condición que en caso de imposibilidad puede ser sustituida en ocasiones y a la vista del conjunto de circunstancias por fórmulas menos eficaces de contradicción. Conviene precisar esto porque ayuda a situar en su justo lugar lo que es un requisito de nivel inferior: la presencia de los acusados durante ese interrogatorio. Nótese como el TEDH a la hora de caracterizar este derecho habla de "interrogar o hacer interrogar" (STS 312/2017) ► La incapacidad del defecto concretado en la ausencia de los imputados en la preconstitución probatoria para anular su valor no solo está respaldada por la jurisprudencia que se acaba de evocar, sino que además en este caso se hace más clara si atendemos

a otras circunstancias particulares. a) La ausencia de los imputados era medida exigida por la condición de testigo protegido de la víctima; b) Además la actitud de los dos imputados no fue ajena a esa ausencia. Pudieron conocer a través de su letrado que esas diligencias se iban a practicar. Además, en la fecha en que se llevó a cabo la primera declaración no estaba localizable ninguno de ellos llevaban tiempo ausentes del domicilio que habían fijado (STS 686/2016; 312/2017) •► Ciertamente enriquece la contradicción la presencia simultánea de los imputados, pero en términos que por vía de principio no son imprescindibles para preservar lo nuclear de ese principio (STS 686/2016) • Sin embargo, ese precepto que en efecto contiene la exigencia de la presencia del inculpado en la prueba preconstituida, pertenece al procedimiento ordinario. La norma específica de aplicación en el presente caso es la del art. 777 de la LECrim por tratarse, en el momento de practicarse la exploración, de un Procedimiento Abreviado. El art. 777 exige que en la prueba practicada en la fase instructora el Juez asegure “en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes”, pero no establece para ello la necesidad de presencia del imputado (STS 1002/2016; 312/2017) (STS 1002/2016; 312/2017).

Por consiguiente, la presencia del letrado en la realización de la prueba convalida la prueba preconstituida sin que se haya producido merma alguna al derecho de defensa.

•► Con relación al artículo 777 de la LECrim, la STS 10/3/2009, recogida por la Audiencia en su motivación, declaró que la ausencia del imputado no invalida la prueba cuando, estando presente su letrado, tiene éste la oportunidad de intervenir en la práctica de la diligencia (STS 790/2011) •► La STS 1177/2005 señala que la omisión formal de la presencia del inculpado, estando presente su letrado y el Ministerio Fiscal no produce indefensión y que es suficiente la presencia en el acto de los abogados de los acusados (STS 790/2011) •► La STS 16/1/2008 declara que “no hay razones objetivas que permitan afirmar que siempre y en todo caso, la ausencia del procesado, hallándose presente su Abogado defensor, implique la quiebra de esa contradicción. No existen argumentos que permitan avalar la tesis de que la presencia del procesado, como impone la corrección procesal, se convierta en un presupuesto de validez de la práctica de esa diligencia. No es eso –añade la Sentencia citada- lo que parece desprenderse por ejemplo del art. 777.2 de la LECrim que, en el ámbito del procedimiento abreviado, en los mismos supuestos, sin mención alguna a esa presencia, impone al Juez de Instrucción el deber de practicar inmediatamente la prueba asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes”. Criterio que ya mantuvo esta Sala incluso antes de la reforma que introdujo la norma del actual art. 777.2 por Ley 38/2002 de 24 de octubre: así la Sentencia 263/1998 de 5 de octubre, con relación al art. 448 declaró que la no presencia del acusado mismo en el acto de los interrogatorios no es defecto procesal determinante de la nulidad cuando no se omiten los requisitos condicionantes del fin del acto procesal, ni se produce indefensión, si intervino el Abogado del acusado” (STS 790/2011; 686/2016; 1002/2016; 312/2017) •► En definitiva, en este caso la prueba preconstituida se hizo a presencia del Juez de Instrucción, asistido del Secretario Judicial, y con la presencia del Ministerio Fiscal y del letrado del imputado, en la fase instructora del procedimiento abreviado, quedando por ello cumplida la exigencia del principio de contradicción establecida por el art. 777.2 de la LECrim”. (STS 686/2016; 312/2017).

El cambio de abogado en fases posteriores no altera la validez de la prueba preconstituida.

•► Que la acusada acabase cambiando de dirección letrada y fuese otro profesional quien le defendiese en el acto del juicio oral no altera esta conclusión (STS 1002/2016) •► No erosiona el valor de la declaración preconstituida el ulterior cambio de letrado encargado de la defensa. Si fuese de otra forma, quedaría en manos del acusado mantener o no la validez de la prueba preconstituida. Bastaría un siempre admisible cambio de dirección letrada efectuado de forma estratégica para invalidar la declaración desfavorable; un cambio lo suficientemente tardío como para hacer imposible una reiteración de la preconstitución probatoria. Estuvieron presentes en las declaraciones anticipadas los imputados: eso es también dato esencial que robustece aún más la plena corrección de la actuación procesal (STS 132/2018).

En caso de incomparecencia injustificada del defensor de la persona investigada o cuando haya razones de urgencia para proceder inmediatamente, el acto se sustanciará con el abogado de oficio expresamente designado al efecto.

La locución “razones de urgencia para proceder inmediatamente” es de contenido indefinido y circunstancial. Es obvio que la valoración de la urgencia hace referencia a la existencia de una situación que requiere una acción inmediata que no admite retardo. Comprendería todos los supuestos en que el riesgo de la incomparecencia del testigo no está diferido a un futuro relativamente cercano, sino que va a producirse sin tardanza. Por lo tanto, comprendería los mismos supuestos previstos por el legislador en los artículos 448 (imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse del territorio nacional; temer su muerte o incapacidad física o intelectual) y 777. 2 LECrim (por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral) pero con la valoración razonable -en atención a las circunstancias concurrentes- de que el riesgo de la imposibilidad de practicarse la prueba testifical en el juicio oral va a consumarse en tiempo muy próximo o cercano.

El legislador español es todavía más garantista que el intérprete del CEDH, pues obliga al juez de instrucción a la designación de abogado por el turno de oficio

cuando injustificadamente el letrado de libre designación no acude a la práctica de la prueba preconstituida debidamente citado. Si ha sido debidamente convocado ya se le ha dado la oportunidad de interrogar al testigo.

ⓑ Supuestos especiales: imposibilidad de llevarse a cabo la prueba preconstituida por causas no imputables a la autoridad judicial.

La norma general de la que hay que partir es la siguiente: en caso de que no haya podido celebrarse la prueba preconstituída con la presencia del investigado y/o su letrado defensor, salvo que esta circunstancia sea reprochable al comportamiento indebido del órgano instructor, *el testimonio realizado en la instrucción no es nulo pudiendo ser reproducido en el plenario*, aunque por sí sólo carezca de suficiencia probatoria para enervar la presunción de inocencia.

En estos casos, el juicio equitativo exige alguna clase de compensación, que garantice el derecho de defensa y que pueden consistir en la corroboración por el testimonio de otros testigos, conversaciones telefónicas, o cualquier otra medida que permitan una correcta y adecuada fiabilidad de la prueba testifical practicada en la instrucción. Es decir, exigen una valoración más compleja.

► El canon empleado por el TC para determinar cuándo un testimonio prestado sin contradicción puede ser prueba de cargo no es el de la atribución al propio imputado de la falta de contradicción, sino el de no atribución al órgano judicial, (por ejemplo, cuando la declaración se efectuó en un momento en que el sujeto a quien apunta la incriminación aún no había adquirido la condición de imputado). En los casos en que, la ausencia de contradicción del testimonio prestado en instrucción no es imputable a negligencia del órgano judicial, sino a factores inevitables e imprevisibles, el TC tiende a considerar en general que una condena basada en unos testimonios no reproducidos (por fallecimiento o ilocalización) y sin estricta contradicción no lesiona necesariamente el derecho a un proceso equitativo (STS 1031/2013) (STS 686/2016)

► Ha de tenerse en cuenta que las declaraciones prestadas sin garantizar la posibilidad de contradicción no son por ello nulas ni son objeto de una prohibición absoluta de valoración, aunque requieran una valoración más compleja (STEDH, Gran Sala, de 15 de diciembre de 2011, Caso Al-Khawaja y Tahery contra RU) (STS 136/2021) ► Es decir, que la falta de contradicción plena cuando en el momento de práctica de la diligencia no hubiera sido posible por causas no imputables al órgano jurisdiccional, no impedía su valoración ni debilitaba su valor probatorio. En cualquier caso, no podía dejar de ser tenido en cuenta que, materialmente, la defensa no había podido interrogar al testigo en ningún momento de la causa. Y ese déficit de contradicción requería alguna clase de compensación que equilibrara la posición de la defensa (STS 136/2021) ► Así pues, la posibilidad de contradicción, al menos potencial, mediante el contra interrogatorio del testigo de cargo, según se sostiene en tal importante pronunciamiento, no es una regla de validez absoluta, sino un principio de elevado rango, susceptible de ser ponderado y modulado con otros intereses en virtud de las circunstancias de cada caso. (En este sentido, STS 1028/2013, de 1 de diciembre, ya citada). El TEDH afirma que cuando una condena está basada únicamente o de modo decisivo en pruebas ofrecidas por testigos ausentes, la imposibilidad de haber sometido a contradicción el testimonio no conllevará automáticamente una vulneración del derecho a un proceso equitativo. Dependerá de si en el caso concreto existen "suficientes factores de compensación, incluyendo medidas que permitan una correcta y adecuada evaluación de la fiabilidad de esa prueba. Esto permitiría que una condena se fundara únicamente en dicha prueba solamente si es suficientemente fiable dada su relevancia en el caso" (§ 147 STEDH Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido) (STS 136/2021) ► No se enumeran de forma cerrada estos factores de compensación, por lo que será necesario acudir al examen de cada caso. En el caso presente, es cierto, como se ha puesto de relieve, que el recurrente no pudo interrogar o hacer interrogar a la testigo protegida TP2. Pero conocía el contenido de sus manifestaciones, lo que le permitía refutarlas mediante otras pruebas, entre ellas, mediante el interrogatorio de TP1, que declaró ante el Tribunal y pudo ser interrogada acerca del modo de organizarse y de actuar de los recurrentes y concretamente de Ion Petre, tanto en relación con la captación de las mujeres como respecto de su determinación coactiva al ejercicio de la prostitución en condiciones de sometimiento y explotación. La coincidencia de sus manifestaciones con las efectuadas por la TP2 es un elemento que refuerza la fiabilidad de su declaración (STS 136/2021) ► Asimismo, las conversaciones telefónicas intervenidas operan como elemento de corroboración y además ponen de manifiesto la posición preminente del recurrente en el desarrollo de sus actividades. En el mismo sentido corroborador, los efectos encontrados en el registro de la vivienda de la c/ Ferrocarril, enumerados en la sentencia de instancia. Finalmente, en cuanto al ejercicio de la prostitución, el Tribunal señala que la TP1, luego de relatar su situación de sometimiento, afirmó que lo mismo le hacían a la TP2. Por otro lado, el Juzgado de instrucción solo tuvo conocimiento de la detención del recurrente cuando fue puesto a su disposición, tras la entrega realizada por las autoridades rumanas, el día 5 de abril, de manera que, cuando se lleva a cabo la declaración de la TP2 como prueba preconstituida, no le era exigible al Juzgado una actuación distinta de la que efectivamente realizó (STS 136/2021) ► Por todo ello, puede concluirse que al practicar la declaración de la TP2 no se vulneró ningún derecho del recurrente; que esa declaración no es la única prueba de cargo y que, además, su contenido incriminatorio viene corroborado por otros elementos probatorios, todo lo cual permite su valoración, aunque no haya existido respecto de la misma una plena contradicción al no haber sido posible para la defensa proceder a su interrogatorio directo (STS 136/2021).

Los casos más comunes con los que nos podemos encontrar en la práctica diaria de imposibilidad de realizarse la preconstitución de prueba sin la presencia del

investigado o de su defensa letrada, sin responsabilidad del órgano judicial sería los siguientes:

(a) No presencia del investigado y/o su abogado debido a cualquier causa ajena a su voluntad (desde la enfermedad a cualquier accidente, error, etc.).

► La ausencia del letrado de uno de los imputados, por causas no imputables a los mismos, impide que la prueba testifical se configure como preconstituida, pero no determina la nulidad de la declaración del testigo, aunque puede afectar a su valoración (STS 136/2021).

(b) En el momento que se realizó la prueba testifical preconstituida en relación a varios investigados no estuvo presente el abogado de uno de los ellos porque en el momento de la declaración todavía no se encontraba imputado.

► Que, si aquella decisión fue, por tanto, procesalmente correcta y eficazmente acertada, no lo sería menos la forma de llevar a cabo los testimonios preconstituídos, con estricto cumplimiento de los principios procesales exigibles, en especial el de contradicción, a pesar de que a una de las declaraciones no fuera convocada la defensa de la recurrente por imposibilidad para ello al no encontrarse aún imputada y, por tanto, no ser en ese momento parte en el procedimiento. Las declaraciones fueron grabadas en vídeo, además de documentadas en la correspondiente acta, permitiendo así un visionado de las mismas que añade fiabilidad a la tarea de valoración de su contenido por parte del Juzgador de instancia (STS 550/2011).

(c) La declaración de la víctima/testigo estando el sumario declarado secreto puede ser reproducida en el plenario y ser valorada por el Tribunal por vía del artículo 730.1 LECrim.

Como ya hemos adelantado, cuando la falta de contradicción en la prueba preconstituída no es imputable al órgano judicial nada impide que pueda ser válidamente reproducida en el plenario. Esta circunstancia se produce no sólo cuando las declaraciones del testigo se realizan antes de que el imputado sea parte del proceso sino también cuando las declaraciones han sido formuladas estando declarado secreto del sumario sin presencia -obviamente- del investigado y su letrado.

► Se ha criticado la postura del Tribunal Constitucional afirmando que no respetaba los criterios del TEDH al permitir la falta de contradicción no sólo en los casos en que esta deficiencia es imputable al acusado sino también cuando no es imputable al órgano judicial, lo que permitiría ampliar los supuestos de validez de declaraciones sumariales sin contradicción como, por ejemplo, las declaraciones prestadas bajo secreto de sumario o cuando el acusado aun no es parte procesal y que, por causas sobrevenidas, su declaración no puede reproducirse en el juicio (STS 430/2019; 554/2019).

Ello es acorde con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos conforme a la cual: *no será contraria al derecho a un proceso equitativo si en el caso concreto existían medidas que permitieran una correcta evaluación de la fiabilidad de la declaración.*

► Se cuestiona la validez probatoria de la declaración de la testigo protegida, por cuanto fue prestado mientras la causa permanecía en secreto, ante la policía y sin intervención de la defensa. La falta de contradicción debió dar lugar a que su declaración no se introdujera en el plenario mediante lectura, por no cumplirse las exigencias que se derivan del artículo 730 de la LECrim, y a que no fuera valorado en la sentencia como prueba de cargo ► Sin embargo, este punto de partida fue matizado a partir de la sentencia del TEDH Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido (STEDH Gran Sala, de 15 de diciembre de 2011), en la que se sostuvo que la ausencia de contradicción no será contraria al derecho a un proceso equitativo si en el caso concreto existían medidas que permitieran una correcta evaluación de la fiabilidad de la declaración. Par realizar semejante análisis y determinar si la ausencia de contradicción vulnera el derecho a un proceso equitativo se debe partir de una perspectiva global y ponderar los intereses concurrentes. Afirma la sentencia que "El Tribunal contemplará el procedimiento como un todo, tomando en consideración los derechos de la defensa, pero también los intereses de la sociedad y de las víctimas de que el delito es debidamente perseguido (...) así como, cuando sea necesario, los derechos de los testigos" ... El TEDH, en fin, sienta el criterio de que cuando una condena está basada únicamente o de modo decisivo en pruebas ofrecidas por testigos ausentes, la imposibilidad de haber sometido a contradicción el testimonio no conllevará automáticamente una vulneración del derecho a un proceso equitativo. Dependerá de si en el caso concreto existen "suficientes factores de compensación, incluyendo medidas que permitan una correcta y adecuada evaluación de la fiabilidad de esa prueba. Esto permite que una condena se funde únicamente en dicha prueba solamente si es suficientemente fiable dada su relevancia en el caso"... A su lectura nos remitimos para evitar una cita innecesariamente extensa. Únicamente vamos a destacar de su contenido los criterios generales que se desprenden de la doctrina del TEDH. Dice la sentencia que el examen de la compatibilidad del art. 6.1 y 3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, con un proceso donde las declaraciones de un testigo que no ha sido interrogado por la defensa durante el proceso, son utilizadas como prueba, exige una triple comprobación: i) **si había un motivo justificado, una razón seria, para la no comparecencia del testigo en la vista y, por tanto, para la admisión como**

prueba de su testimonio en fase sumarial; ii) si el testimonio del testigo ausente fue el fundamento único o determinante para la condena; y iii) si había elementos de compensación, principalmente sólidas garantías procesales suficientes, para contrarrestar las dificultades causadas a la defensa como resultado de la admisión de tales pruebas y asegurar así la equidad del procedimiento en su conjunto (STS 430/2019; 554/2019). ... En cuanto al primer parámetro de análisis, no cabe duda que la declaración de secreto de las actuaciones, cuya procedencia y legalidad no se ha cuestionado, era una razón suficientemente justificada para que la declaración de los testigos se realizara sin la intervención de las partes. La declaración de los testigos mediante Comisión Rogatoria se practicó de acuerdo con las formalidades del país requerido y ninguna deficiencia formal cabe objetar a su ejecución y práctica, cuestión sobre la que más adelante haremos una exposición más precisa. El tribunal de instancia, con el fin de garantizar la contradicción y los derechos de la defensa y dado que los testigos residían fuera de España, admitió como prueba su declaración mediante video conferencia (STS 430/2019; 554/2019)

④ El nuevo artículo 703 bis LECrim: la reproducción en el plenario de la grabación audiovisual y la presencia del testigo en el acto.

La prueba testifical preconstituida realizada de conformidad con el artículo 449 bis puede ser reproducida en el acto del juicio oral a petición de cualquiera de las partes (art. 730.2 LECrim). Ello no exime al testigo de acudir al plenario si es convocado al efecto.

La LO 8/2021, al incorporar el artículo 703 bis, introduce en el sistema una novedad que puede tener una extraordinaria importancia en el enjuiciamiento de los delitos de trata de seres humanos. Sistematizando el precepto es posible distinguir varios supuestos.

(A) Cuando se ha cumplido todos los requisitos de la práctica de la prueba preconstituida (art. 449 bis y 449 ter LECrim). De nuevo es preciso distinguir dos modalidades:

(a) Prueba preconstituida de mayores de catorce años sin discapacidad.

“Cuando en fase de instrucción, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 449 bis y siguientes, se haya practicado como prueba preconstituida la declaración de un testigo, se procederá, a instancia de la parte interesada, a la reproducción en la vista de la grabación audiovisual, de conformidad con el artículo 730.2, sin que sea necesaria la presencia del testigo en la vista”.

A pesar de la confusa redacción del precepto, siguiendo una interpretación acorde con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, podríamos convenir que la norma general es la de que el testigo que depuso en la prueba preconstituida deberá ser convocada y estar presente, aunque *no sea necesaria su asistencia* en determinados supuestos justificados valorando los intereses atendibles de las víctimas, de los acusados y los principios que informan el juicio equitativo.

Otra interpretación llevaría al absurdo de que la prueba preconstituida se erige en un instrumento de favorecimiento de la instrucción en detrimento del juicio oral sin que venga avalado por una interpretación ponderada del artículo 6 CEDH.

Por el contrario, tiene pleno sentido como medio para impedir que determinadas víctimas acreedoras a un régimen de especial protección -como sucede con las víctimas de trata- puedan ser revictimizadas: Esta interpretación vendría avalada, también, por el artículo 12 de la Directiva 2011/36/UE.

► Por ejemplo, la STS 686/2016 analiza fundadamente la cuestión: *“El estado de angustia o miedo justificado se pueden presentar como base suficiente para dispensar del deber de declarar y dar entrada a declaraciones anticipadas como sustitutivo. Hay razones sobradas para concluir que no estábamos ante un miedo simulado o exagerado. Es real y está documentada la “extraña” retirada de la denuncia en Rumanía unos días antes que la testigo explica como consecuencia de las presiones de los procesados; a los folios 219 y siguientes del rollo consta la denuncia formulada ante el Juzgado por la testigo relatando las presiones y amenazas sufridas con datos que son corroborados por el Inspector de Policía en comunicación con autoridades de Rumanía, que confirman la probable realidad de los hechos apuntados por la testigo. En la declaración en el juicio oral el Inspector de Policía, según expone la sentencia, ofreció datos significativos al respecto confirmando lo alegado por la víctima ► Si nos desplazamos al momento del acto del juicio oral para evaluar el hecho de que la testigo, con el plázet del Tribunal, rehusase contestar, comprobamos,*

en otro orden de cosas, que no fue una decisión caprichosa o huérfana de fundamento. Estaba respaldada por razones poderosas a las que indiciariamente tampoco eran ajenos los recurrentes. Las razones aducidas por la víctima para excusarse son atendibles. Los datos que corroboran sus manifestaciones sobre las amenazas recibidas sugieren algo más que una actitud pusilánime o proclive en exceso a la inquietud. La indagación de si merecen tutela o comprensión los intereses de quien rechaza colaborar con el proceso menoscabando en alguna medida la plenitud de contradicción, así como la inmediación estricta lleva aquí a una respuesta rotundamente afirmativa. ► La prueba no sería valorable si arrastrase un relevante déficit de garantías. La pregunta a contestar no es solo 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 también y sobre todo si las actuaciones que el Fiscal introdujo 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 achacable a agentes estatales. La prueba ahora examinada se generó en relación a estos procesados con garantías casi plenas: con contradicción asegurada a través de su dirección letrada. ► El Gobierno sostiene, además, que desde la motivación de muchas sentencias del TEDH, tales como en los asuntos Krasniki c. República Checa (no 51277/99, 28 de febrero de 2006) y Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido ([GC], Núm. 26766/05 y 22228/06, TEDH 2011) **se puede inferir que el temor a la muerte o a las lesiones físicas por parte de un testigo o de otra persona, o incluso el temor de incurrir en una significativa pérdida económica constituyen condiciones relevantes para que los tribunales de primera instancia tengan en cuenta dispensar a un testigo de acudir a la vista.**

Combinando las disposiciones citadas de la Directiva comunitaria y la propia dicción del nuevo artículo 703 bis LECrim podríamos concluir que: **existiendo prueba preconstituida de una víctima de trata de seres humanos realizada cumpliendo con todos los requisitos del artículo 448 bis LECrim, la regla general es la de que la presencia de la víctima en el juicio oral no es necesaria pudiendo ser reproducida en el acto del juicio oral de conformidad con el artículo 730 LECrim.**

(b) Prueba preconstituida de menores de catorce años o personas con discapacidad.

“En los supuestos previstos en el artículo 449 ter, la autoridad judicial solo podrá acordar la intervención del testigo en el acto del juicio, con carácter excepcional, cuando sea interesada por alguna de las partes y considerada necesaria en resolución motivada, asegurando que la grabación audiovisual cuenta con los apoyos de accesibilidad cuando el testigo sea una persona con discapacidad”.

La decisión del legislador es establecer como regla general la de que no deben ser convocados a juicio. Serán llamados sólo excepcionalmente y con resolución motivada que, por definición, no sea el incumplimiento de los requisitos exigidos tanto en el artículo 449 bis como 449 ter.

La LO 8/2021 también ha reformado el Artículo 707. *Todos los testigos están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos // **Fuera de los casos previstos en el artículo 703 bis, cuando una persona menor de dieciocho años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir en el acto del juicio, su declaración, se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado. Con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación // Estas medidas serán igualmente aplicables a las declaraciones de las víctimas cuando de su evaluación inicial o posterior derive la necesidad de estas medidas de protección.***

En consecuencia, es preciso tomar en consideración tres edades para determinar la el régimen de los testigos en relación con la edad: menor de catorce años (no será convocado como regla general); menor de dieciocho años (será convocado como regla general) debiendo practicarse la audiencia sin confrontación visual; mayores de edad.

(B) Cuando no se han cumplido todos los requisitos previstos en el artículo 449 bis LECrim.

“En todo caso, la autoridad judicial encargada del enjuiciamiento, a instancia de parte, podrá acordar su intervención en la vista cuando la prueba preconstituida no reúna todos los requisitos previstos en el artículo 449 bis y cause indefensión a alguna de las partes”.

Confieso mi perplejidad tras la lectura de este precepto, sobre todo al ponerlo en relación con los apartados anteriores. En los dos apartados precedentes es presupuesto obligado de la decisión judicial el cumplimiento riguroso de los requisitos establecidos tanto en el artículo 448 bis LECM y 448 ter LECrim (entre ellos obviamente que se haya respetado el principio de contradicción y el derecho de defensa del acusado). Sin embargo, este apartado **no exige con carácter imperativo la llamada e intervención en el plenario del testigo** a instancia de parte a pesar de que la *prueba preconstituida no reúna todos los requisitos previstos en el artículo 449 bis y cause indefensión a alguna de las partes*, sino que lo deja a la **valoración del tribunal** (*podrá acordar su intervención*), es decir que se admite la posibilidad de no llamar al testigo, aunque la *prueba preconstituida no reúna todos los requisitos previstos en el artículo 449 bis y cause indefensión a alguna de las partes*. La pregunta es inevitable: ¿cómo se puede fundamentar la denegación de la comparecencia de un testigo si causa indefensión al acusado?

La única manera de dar sentido a la norma es admitir que el legislador confunde dos cuestiones: los efectos de las pruebas preconstituidas y la posibilidad de valorar determinadas declaraciones prestadas durante la instrucción que pueden ser traídas al proceso por la vía del artículo 730.1 LECrim (es decir los casos que ya hemos comentado en el apartado anterior de declaraciones de la víctima antes de conocer la identidad del imputado, que se han practicado sin citar a los investigados por estar declarado el secreto del sumario, o que por causas no imputables al juzgado no fue posible cumplimentar los requisitos del artículo 449 bis LECrim.).

Así entendido, tiene sentido que se pondere por el órgano judicial la oportunidad de convocar al plenario a determinadas víctimas que por sus condiciones personales -como ocurre en los delitos de trata- es necesario impedir su revictimización. Ello puede justificar que se decida que no sean convocadas al plenario, permaneciendo la posibilidad de reproducir su testimonio. En este caso, esa declaración por si sola no puede fundar una sentencia condenatoria, pero puede ser valorada -en orden a la delimitación de su credibilidad subjetiva- en conjunto con todos los elementos de corroboración que se aporten.

► *Tan es así que podría prescindirse de la valoración probatoria de las testificales cuestionadas porque la restante prueba tiene la suficiente consistencia y peso incriminatorio para un pronunciamiento de culpabilidad. Además, el tribunal de instancia en su ponderación de la prueba ha reducido el valor probatorio de estos testimonios en tanto que no ha considerado que constituyen una prueba directa de los hechos sino un elemento más de corroboración de las restantes pruebas. En relación con el último de los parámetros, el tribunal adoptó medidas para **compensar el déficit de contradicción**. En la casuística del TEDH se han considerado como factores de contrapeso el que la declaración no contradictoria tenga fuertes similitudes con la prestada por un testigo presente, sin que hubiera indicios de connivencia o concierto entre ambos... ► El pronunciamiento de culpabilidad se hubiera producido igualmente de no apreciarse relevancia probatoria a las testigos en tanto que las pruebas de cargo restantes son de suficiente relevancia para un pronunciamiento de condena, de ahí que la sentencia de instancia no haya valorado los testimonios cuestionados como prueba directa de los hechos, sino como elemento de corroboración de los testimonios directos recabados en el juicio. Ya hemos dicho que para dar validez a una declaración sumarial se precisa, por regla general, que se haya respetado el principio de contradicción y que sea practicada ante un juez. El principio de contradicción puede ser excepcionado en limitados casos, según acabamos de exponer, y el principio de jurisdiccionalidad también, pero de forma muy limitada. En efecto, en relación con diligencias probatorias realizados en países de la Unión Europea en el marco de la Cooperación Jurídica Internacional resulta de aplicación, con matices, como después veremos, el llamado principio de “no indagación”, al que se refirió al STS 116/2017, de 23 de febrero (Caso Falciani) (STS 430/2019, 554/2019).*

II. EL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA DE TRATA DE SERES HUMANOS: LA CREDIBILIDAD SUBJETIVA Y OBJETIVA

1 DOCTRINA GENERAL

① La valoración del testimonio de la víctima de los delitos en los que, por su propia naturaleza, es muy difícil la concurrencia de otra prueba diferenciada como sucede habitualmente con los delitos de trata de seres humanos, debe regirse por una serie de reglas, medidas o parámetros que provenientes de la lógica, la ciencia y la experiencia, coadyuvan a racionalizar la actividad del juzgador. A través de esos parámetros hay que analizar el testimonio de la víctima desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación.

► La credibilidad del testimonio de la víctima corresponde valorarla, en principio, al órgano de enjuiciamiento, mientras que al Tribunal de Casación le compete el control de la valoración realizada por el Tribunal de Instancia, en lo que concierne a su racionalidad en función de los parámetros de la lógica, la ciencia y la experiencia. Para verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testifical de la víctima, el Tribunal Supremo viene estableciendo ciertas notas o parámetros que, sin constituir cada una de ellas un requisito o exigencia necesaria para la validez del testimonio, coadyuvan a su valoración, pues la lógica, la ciencia y la experiencia nos indican que la ausencia de estos requisitos determina la insuficiencia probatoria del testimonio, privándole de la aptitud necesaria para generar certidumbre. Estos parámetros consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación (STS 214/2017).

No requiere la presencia de un elemento objetivo de corroboración como **exigencia previa** a su valoración como prueba.

► La declaración de la víctima del delito no requiere con carácter general, tal como ocurre con las prestadas por coimputados que son inculpatorias respecto de otros acusados, la presencia de un elemento objetivo de corroboración como exigencia previa a su valoración como prueba. Dicho de otra forma, el Tribunal puede valorar la credibilidad del testigo y la consistencia de su versión inculpatoria sin establecer previamente la existencia de elementos externos de corroboración. Cuestión distinta es que, en atención a las circunstancias en las que se prestó su declaración, con una devaluación de los principios de inmediación y/o de contradicción, sea conveniente la valoración de otras pruebas de cargo que operen en el mismo sentido que su declaración, o de elementos corroboradores de su versión que vengan a avalar la misma. En el caso, la mera lectura de la sentencia evidencia que el Tribunal de instancia ha tenido en cuenta no solo la declaración de la víctima, sino además una serie de declaraciones y documentos que operan como corroboraciones de su versión, reforzando la misma frente a la sostenida por los acusados, quienes vienen a sostener que aquella se trasladó voluntariamente a España para ejercer la prostitución. Así, las declaraciones de los agentes policiales que describen su estado de desvalimiento privada de sus pertenencias cuando es encontrada tras escapar del ámbito de dominio de los acusados; la declaración de la asistente social de la asociación APRAMP, quien relató su estado y reacciones desde que fue atendida en el seno de tal asociación; las declaraciones de los funcionarios de la UCRIF respecto a la localización de los acusados con ayuda de la testigo; el informe psicológico que diagnostica síndrome de estrés postraumático, compatible con los hechos denunciados; y el informe social de la asociación ya citada. Elementos todos ellos difícilmente compatibles con un ejercicio voluntario de la prostitución en España como relatan los acusados, y sin embargo coincidente en su significado con la situación relatada por la testigo (STS 910/2013).

Los parámetros de valoración del testimonio de la víctima en general están destinados a excluir toda duda razonable sobre la responsabilidad del acusado. **En caso de constituir la única prueba de cargo:** todos los parámetros de contraste deben ser completamente superados.

► Los parámetros de valoración constituyen una garantía del derecho constitucional a la presunción de inocencia, en el sentido de que frente a una prueba única, que procede además de la parte denunciante, dicha presunción esencial solo puede quedar desvirtuada cuando la referida declaración supera los criterios racionales de valoración que le otorguen la consistencia necesaria para proporcionar, desde el punto de vista objetivo, una convicción ausente de toda duda racional sobre la responsabilidad del acusado. La deficiencia en uno de los parámetros no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento en otro, pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, una deficiente superación de los tres parámetros de contraste impide que la declaración inculpatoria pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia, como sucede con la declaración de un coimputado que no dispone de elementos de corroboración, pues carece de la aptitud necesaria para generar certidumbre (STS 214/2017).

② **Recordatorio.** Son tres los parámetros que deben ser tomados en consideración:

Primer parámetro: la credibilidad subjetiva del testimonio. Exige valorar dos tipos de circunstancias:

Las minusvalías sensoriales o psíquicas que pudieran concurrir el testigo (es obvio que un ciego no puede testificar lo que “vio”, un sordo los que “oyó” etc.)

► La falta de credibilidad subjetiva de la víctima puede derivar de las características físicas o psíquicas del testigo (minusvalías sensoriales o síquicas, ceguera, sordera, trastorno o debilidad mental, edad infantil), que sin anular el testimonio lo debilitan (STS 214/2017).

Y que la declaración no se ha prestado con la concurrencia de móviles espurios.

► O de la concurrencia de **móviles espurios**, en función de las relaciones anteriores con el sujeto activo (odio, resentimiento, venganza o enemistad), o de otras razones (ánimo de proteger a un tercero o interés de cualquier índole que limite la aptitud de la declaración para generar certidumbre, incluida la posible obtención de beneficios derivados de la acusación formulada) (STS 214/2017).

Segundo parámetro: la credibilidad objetiva o verosimilitud del testimonio. Ello exige que la declaración del testigo:

Debe tener coherencia interna (es decir carezcan de contradicciones en la misma declaración y puedan ser valoradas desde la lógica de la declaración).

Debe tener coherencia externa, es decir, debe estar corroborada con datos periféricos objetivos.

Tercer parámetro: la persistencia en la incriminación. Es decir que cuando se han producido sucesivas declaraciones los relatos formulados por el testigo sea el mismo.

► El tercer parámetro de valoración de la declaración de la víctima consiste en el análisis de la persistencia en la incriminación. Supone que el contenido de la declaración testifical de las víctimas sea esencialmente el mismo a lo largo del tiempo, de modo que se observe la existencia de un relato consistente y mantenido por ellas en sus sucesivas declaraciones (STS 214/2017).

2 LA VALORACIÓN DEL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA DE TRATA

Todos esos parámetros aplicados a las víctimas de trata de seres humanos deben ser aplicados teniendo presente los siguientes pronunciamientos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que conforman criterios de valoración sometidos a los parámetros la lógica, la ciencia y la experiencia.

① La declaración de la víctima de trata de seres humanos puede constituir prueba de cargo suficiente enervar la presunción de inocencia, incluso aunque fuese la única prueba disponible.

► La declaración de la víctima, según ha reconocido en numerosas ocasiones la jurisprudencia de este Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional, puede ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, incluso aunque fuese la única prueba disponible, sobre todo en aquellos delitos en los que, por su propia naturaleza, se dificulta la concurrencia de otra prueba diferenciada, como sucede habitualmente con los delitos de trata de seres humanos. Así lo ha declarado tanto el Tribunal Constitucional (SSTC 229/1991; 64/1994 y 195/2002), como esta misma Sala (SSTS 339/2007; 187/2012; 688/2012; 788/2012; 469/2013; 553/2014, etc.) (STS 214/2017; 146/2020; 422/2020).

② El juicio de credibilidad subjetiva de la víctima de trata menor de edad se realiza en el momento en que realiza la declaración no cuando fue objeto de captación.

► En el caso actual ninguna de las dos víctimas padece una deficiencia síquica que pueda afectar a su declaración. Aun cuando una de ellas era menor de edad cuando se iniciaron los hechos delictivos, su edad en el momento del juicio era lo suficientemente avanzada para poder recordar y narrar con fiabilidad como ocurrieron unos hechos muy graves que la afectaron de modo directo y personal, por lo que desde esta perspectiva no cabe cuestionar la credibilidad subjetiva de su declaración (STS 214/2017).

③ En relación con las víctimas de trata no pueden ser valorados como móviles espurios los mecanismos de tutela especial de las víctimas previstos por el Derecho Internacional (art. 26 Convenio de Varsovia, art. 8 Directiva 2011/36/UE) o por el derecho nacional (art. 59 bis LOEX) porque resultaría

manifiestamente contradictorio con los objetivos de protección de las víctimas, que la propia posibilidad de obtener los beneficios legales que tutelan a las víctimas se transmutase en una causa de invalidez probatoria de sus declaraciones inculpatorias.

► Respecto de la concurrencia de posibles motivaciones espurias, el recurrente alega que lo que pretenden las denunciadas con su declaración inculpatoria es presentarse como víctimas de trata, para conseguir la regularización de su estancia en España, evitando así su expulsión. Es cierto que las víctimas de trata están amparadas por una serie de **mecanismos de tutela**, entre ellos la exención de pena sobre los delitos que hayan podido cometer como consecuencia de la explotación sufrida (art 177 bis 11 CP), siempre que su participación en ellos haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado, o la posibilidad de regularizar su situación en España, pero ello no significa que sus declaraciones carezcan de valor de convicción. El apartado 11 del artículo 177 bis CP traslada al derecho español la recomendación establecida por el artículo 26 de la Convención de Varsovia (las Partes deberán prever, con arreglo a los principios fundamentales de su sistema jurídico, la posibilidad de no imponer sanciones a las víctimas por haber tomado parte en actividades ilícitas cuando hayan sido obligadas a ello). Esta recomendación se encuentra también recogida por el artículo 8º de la Directiva 36/2011/CE (los Estados miembros adoptarán, de conformidad con los principios básicos de sus respectivos ordenamientos jurídicos, las medidas necesarias para garantizar que las autoridades nacionales competentes puedan optar por no enjuiciar ni imponer penas a las víctimas de la trata de seres humanos por su participación en actividades ilícitas que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de haber sido objeto de cualquiera de los actos contemplados en el artículo 2 (STS 214/2017; 146/2020; 422/2020) ► El objetivo de esta protección es salvaguardar los derechos humanos de las víctimas, evitar una mayor victimización y animarlas a actuar como testigos en los procesos penales contra los autores. Resultaría manifiestamente contradictorio con este objetivo que la propia posibilidad de obtener los beneficios legales que tutelan a las víctimas se transmutase en una causa de invalidez probatoria de sus declaraciones inculpatorias (STS 214/2017; 146/2020; 422/2020) ► **El necesario periodo de restablecimiento de las víctimas de trata de seres humanos** El derecho que asiste a este tipo de víctimas a un periodo de restablecimiento y reflexión, el cual está contemplado en los artículos 13 del Convenio de Varsovia, 6 de la Directiva 2004/81, 11.6 de la Directiva 2011/36 y 59 bis de la LOEX; este derecho implica que durante un plazo de al menos 90 días, las personas identificadas como víctimas de trata, a las que se les brinda apoyo e información, podrán decidir libremente si colaboran o no con las autoridades en la investigación de los hechos y persecución de los autores. Durante dicho periodo, que puede ser ampliado en atención a las circunstancias concretas del caso, queda en suspenso cualquier medida repatriativa de carácter administrativo en relación con las mismas (STS 146/2020).

Sin embargo, como en todos los **testimonios premiados** (declaraciones de arrepentidos; art. 59 bis LOEX; etc.) deben ir necesariamente acompañados de la concurrencia de elementos objetivos de corroboración.

► Es cierto también que estos beneficios procesales imponen una especial valoración del testimonio, para descartar supuestos en los que la incriminación de terceros se utilice de forma espuria, y para salvaguardar el derecho a la presunción constitucional de inocencia de estos terceros. Valoración cuidadosa que debe ir necesariamente acompañada de la concurrencia de elementos de corroboración del testimonio, pues en todos los casos de **testimonios premiados**, como sucede por ejemplo con las declaraciones de los “arrepentidos”, la concurrencia de elementos objetivos de corroboración es imprescindible para que sus declaraciones puedan ser valoradas como prueba de cargo suficiente para desvirtuar el derecho constitucional a la presunción de inocencia (STS 214/2017; 146/2020) ► **Hay corroboración** En el caso actual, concurren numerosos elementos de corroboración. Entre otros que la declaración de cada una de las víctimas viene ratificada por la de la otra, pues ambas vivieron situaciones diferenciadas pero ocasionadas por el mismo acusado, con métodos prácticamente idénticos. Ha de tomarse en consideración además que, en el caso enjuiciado, pese a lo que suele ser frecuente en los enjuiciamientos por este tipo delictivo, las víctimas acudieron al juicio y declararon personalmente en el mismo, por lo que no hubo de practicarse la prueba como mera reproducción de una prueba anticipada. Las dos testigos son mujeres muy jóvenes, una de ellas menor de edad cuando salió de Nigeria, hacía un país del que lo desconocían casi todo, desde el idioma al valor del dinero, y donde fueron obligadas a ejercer la prostitución. En esta situación **el hecho de que ambas declaraciones se ratifiquen mutuamente es muy significativo, sin que pueda afirmarse que el simple hecho de poder obtener beneficios de sus declaraciones invalide éstas, sino que, simplemente, exige una mayor corroboración.** El propio Tribunal sentenciador considera que las dos testigos protegidas, efectúan un relato muy vívido donde no existe indicio alguno de que pudieran haberse puesto de acuerdo, y **además se expresan con gran dolor, con miedo incluso, así como vergüenza y por tanto no cabe apreciar indicios de que presten declaración sobre un relato aprendido o repetido.** Si bien es cierto que algunas de sus respuestas son hostiles hacia el acusado, también lo es que, como señala el Tribunal sentenciador, esta hostilidad no es más que la expresión natural del dolor, rabia y miedo que sienten por la experiencia sufrida (STS 214/2017) ► Es cierto que la obtención de beneficios procesales por parte de las víctimas de trata impone una especial valoración de su testimonio como prueba de cargo, para descartar supuestos en los que la incriminación de terceros se utilice de forma espuria, y para salvaguardar el derecho a la presunción constitucional de inocencia de estos terceros. Por ello, es necesaria la valoración cuidadosa que debe ir necesariamente acompañada de la concurrencia de elementos de corroboración del testimonio, pues en todos los casos de testimonios premiados, como sucede igualmente con las declaraciones de los “arrepentidos”, la concurrencia de elementos objetivos de corroboración es imprescindible para que sus declaraciones puedan ser valoradas como prueba de cargo suficiente para desvirtuar el derecho constitucional a la presunción de inocencia. La sentencia recurrida contiene una explicación exhaustiva de los hechos, por lo que su motivación es exquisita, particularmente en los fundamentos de derecho, tercero a octavo (páginas 47 a 144) de la sentencia combatida, que aquí damos por reproducidos. Concurren multitud de elementos de corroboración, y la exhaustividad de la convicción judicial se expone con tanto detalle, que nos remitimos a los fundamentos jurídicos indicados. En efecto, el texto constitucional en nada ha derogado el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: la misión del Tribunal de casación en orden a la presunción de inocencia, no es la de proceder a un nuevo análisis, ni a una

renovada valoración de la prueba practicada en la instancia, sino que únicamente nos corresponde la función de comprobar y verificar, si hubo una actividad probatoria suficiente, practicada con las debidas garantías, como soporte y respaldo en la actividad valorativa del Tribunal de instancia, sin que tal valoración pueda ser revisada en casación, ni, por supuesto, que este recurso extraordinario pueda ser utilizado como una nueva instancia revisora de la prueba, sin perjuicio de la limitada depuración canalizada por la vía del 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con respecto a la documental literosuficiente (STS 396/2019).

④ La valoración de la coherencia interna del relato de la testigo de trata de seres humanos necesariamente debe tener en cuenta que, al haber padecido unas condiciones tan especiales de sufrimiento, es normal que sus exposiciones sufran lagunas o sean incompletas.

► Resulta evidente que en este tipo de delitos existan especiales dificultades, ..., para que las víctimas expongan todo lo que ha ocurrido, ya que la situación que han vivido, las posibles amenazas que sufren con respecto a ellas, o la creencia de que las que les efectúan de que actuarán contra sus familiares en el país de origen les dificulta que puedan contar lo ocurrido e implicar directamente a sus captores y explotadores, lo que surge en el seno de una organización (STS 146/2020; 422/2020).

⑤ En relación con la coherencia externa hay que aceptar que surjan contradicciones entre los testimonios de las víctimas entre sí debido a las circunstancias concurrentes en cada una de ellas.

► Añade el Tribunal de apelación que: Las declaraciones vertidas en el juicio por los tres testigos protegidos fueron, muy diferentes. (a) Por un lado, de dos víctimas de las acciones criminales de los acusados, siendo una de ellas muy explícita y contundente, en tanto que la otra seguía bajo los efectos del miedo que aquéllos le producían, temor que se extiende a su familia residente en Nigeria. (b) De ahí que debamos contemplar ambas declaraciones bajo el mismo prisma de credibilidad, pero desde diferentes perspectivas, por la personalidad y estado anímico de una y otra dicentes. (c) Por otro lado, en relación con el tercer testigo protegido, se trata de la persona que las rescató en Bilbao del sórdido ambiente en que se hallaban las dos muchachas de su misma nacionalidad nigeriana, las alojó en su domicilio y las convenció para que, al menos la primera, que fue su pareja sentimental durante un tiempo, denunciara los hechos, sin que por ello haya perdido su testimonio ningún grado de fiabilidad (STS 146/2020) ► Se ha destacado la posibilidad de contradicciones, pero tales contradicciones son posibles cuando no existe un relato memorizado, y el tiempo transcurrido y la carga emocional pueden producir pequeños desajustes entre ambas declaraciones, que no pueden dejarlas sin contenido incriminatorio, ni carga sustancial de convicción judicial... Por otro lado, es cierto que las manifestaciones de varios testigos-víctimas con respecto a cada uno de los hechos en que personalmente se vio afectado, cuando tales hechos plurales son de unas características similares, la credibilidad de las manifestaciones de cada testigo se ve robustecida por las manifestaciones de los otros (STS 1016/2003) ... Ha sido, pues, esencial el testimonio prestado por las dos mujeres víctimas de los hechos, corroborado por la información policial, por la pericial practicada y por la propia versión dada por los acusados que confirmaban algunos de los datos objetivos ofrecidos por las denunciadas. Además, el Tribunal ha dado respuesta racional a las conclusiones que las defensas de los acusados proponían como posible resultado de valoración de la prueba y que naturalmente difería de la realizada por las acusaciones y que fue la definitivamente asumida en la sentencia (SSTS 214/2017; 565/2020).

⑥ Uno de los criterios a tomar en consideración a la hora de analizar la coherencia del relato es el de que encajan con la **mecánica delictiva propia de la trata de seres humanos** (máximas de experiencias).

► Son manifestaciones detalladas, contundentes, precisas, difícilmente controvertibles, que **resultan verosímiles porque encajan con la mecánica delictiva propia de la trata de seres humanos con destino a la explotación sexual, que cosifica a las mujeres víctimas y las humilla y veja con toda clase de maltratos, incluida la violencia, la agresión sexual y, si llega a plantearse, el aborto forzado**. Existen elementos de corroboración, como los partes médicos de las lesiones, la verificación clínica del aborto, etc. Y es al Tribunal sentenciador a quien, concurriendo todas estas circunstancias, le corresponde valorar en conciencia la credibilidad del testimonio que recibe de forma directa, pública y contradictoria. En consecuencia, los motivos por supuesta infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia deben ser desestimados (STS 214/2017).

⑦ La corroboración por datos objetivos externos (coherencia externa) pueden ser de la más variada naturaleza y contenido: se trata únicamente de reseñar que, aun cuando se pueda cuestionar la fuerza probatoria individual de algunos de estos elementos, el conjunto es absolutamente irrefutable.

► **Ejemplos de elenco de datos que corroboran las declaraciones inculpatorias:** (1) Además, el tribunal analiza y valora las declaraciones de los funcionarios policiales, del instructor y del secretario del atestado, con una impronta en la declaración en el juicio oral realmente importante, como es que las declaraciones en las que analizan los seguimientos y vigilancias, así como los registros, se acompañan de la lectura de actas y de las transcripciones de las intervenciones telefónicas que corroboran y apuntalan las declaraciones; (2) Además, la resultancia de las entradas y registros en las casas en las que las testigos protegidas eran vigiladas por los acusados y en las que se intervienen pasaportes que habían sido retenidos por los acusados; (3) El tribunal también valora, como prueba de importancia, los ocho vídeos grabados por la primera de la testigo protegida cuando advierte que la exigían dinero, o dedicarse a la prostitución para pagar la deuda, con retención del pasaporte y la grabación de la comunicación con la organización en China para solventar las deudas existentes; (4) El testimonio de las testigos protegidas, practicadas en condiciones de legalidad y

regularidad, aparece corroborado por las declaraciones de los funcionarios policiales y la resultancia de las entradas y registros y las intervenciones telefónicas, así como el visionado de los vídeos grabados pro al testigo protegida G6 que, en su declaración es asertiva respecto de la intervención en los hechos del recurrente al que reconoce e indica que era el que le exigió el pago de 70.000 yuanes a cambio de su pasaporte (STS 167/2017) •► (1) La documentación relativa a las personas empadronadas en la casa del recurrente, documentación de la que se desprende, sin ningún género de dudas, que en ese domicilio residieron ambas testigos protegidas; (2) Los partes de asistencia médica de una de las víctimas, que acreditan que en la fecha en que se emitieron residía en Gandía, como ha declarado, y precisamente en la casa del acusado, habiendo sido víctima de diversas agresiones, como las que relata en su declaración inculpatoria contra el recurrente; (3) La documentación bancaria relativa a la cuenta abierta en a nombre de la testigo protegida, en la que existen imposiciones en efectivo realizadas en Palma de Mallorca y disposiciones a través de cajero en sucursales de Gandía y Valencia, coincidiendo con lo que la víctima ha declarado, y confirmándolo, por tanto; (4) La historia médica del aborto al que se sometió la testigo protegida 1, que también confirma y ratifica sus declaraciones sobre este hecho delictivo, y sobre el conjunto del relato; (5) Las intervenciones telefónicas, en las que, pese a su inconcreción, pueden apreciarse pasajes que, como razona detalladamente el Tribunal de Instancia, corroboran de forma periférica las declaraciones de las víctimas. (6) Las declaraciones de diversos agentes policiales, que confirman diversos aspectos de lo que las víctimas han declarado, como analiza detalladamente el Tribunal sentenciador, a cuya resolución nos remitimos para evitar innecesarias reiteraciones; (7) Los antecedentes policiales del acusado; (8) La expulsión de la hermana del recurrente; (9) La visita al centro de internamiento donde se encontraba una de las víctimas de un abogado, como ella ha declarado; (10) La declaración testifical de cada una de las víctimas que constituye un elemento de corroboración de la realidad de lo contado por la otra. Todos estos elementos se analizan minuciosamente en la sentencia de instancia, y no procede en este trámite reiterar dicho análisis, al que nos remitimos. **Se trata únicamente de reseñar que, aun cuando se pueda cuestionar la fuerza probatoria individual de algunos de estos elementos, el conjunto es absolutamente irrefutable** (STS 214/2017)

⑧ En relación con las víctimas de trata de seres humanos es aceptable que, para limitar su revictimización se acumulen progresivamente datos en declaraciones sucesivas lo que no afecta al parámetro de la persistencia inculpativa, En este sentido es aconsejable seguir **la Guía de Criterios de la Actuación Judicial en Delitos de trata de Seres Humanos del Consejo General del Poder Judicial**.

•► Apunta el Tribunal de apelación que "La víctima no ofreció el relato de todas sus vivencias en una primera y única declaración ante la Policía, sino que fueron varias las veces que la Policía habló con ella y ella, poco a poco, fue añadiendo datos, ello es conforme con el proceder recomendado en Guía de Criterios de la Actuación Judicial en Delitos de trata de Seres Humanos del Consejo General del Poder Judicial, que señala que "ha de tenerse en cuenta que en la inmensa mayoría de los casos las víctimas de trata han estado sometidas a situaciones muy traumáticas, en ocasiones durante largos periodos de tiempo, por lo que pueden necesitar un plazo para recuperar la serenidad de ánimo que les permita llevar a cabo una declaración. Un interrogatorio practicado demasiado pronto puede resultar infructuoso (si no contraproducente) debido al estado de shock o bloqueo emocional de la víctima, además de generar una clara victimización secundaria". Y así ha ocurrido en el presente supuesto, el Instructor de las actuaciones ha relatado en el plenario como optaron por recibir declaración a la víctima poco a poco, para que fuera añadiendo detalles a medida que ganaba confianza en ellos y se sentía más segura, de modo que evolucionó desde un relato en el que les pedía ayuda para que la organización no siguiera amenazándola por haberse marchado hasta otro en el que ya facilitaba datos que permitieron identificar a otras víctimas del delito así como a los autores del mismo y consecuentemente, el desmantelamiento de parte de la organización criminal" (STS 146/2020) •► (a) **Plena credibilidad:** Frente a tales consideraciones, que pretenden invalidar las declaraciones de dicha esencial testigo, este Tribunal reitera que las manifestaciones puestas en duda merecen plena credibilidad, por su firmeza, coherencia e incluso persistencia, puesto que aun admitiendo que con el tiempo se han producido adiciones de datos, los añadidos incorporados en ningún momento son contradictorios con otros anteriores, sino que van reforzando la total declaración; (b) **Lógica de la progresividad del contenido de las declaraciones.** Resulta lógica la actitud adoptada por la testigo, quien iba perdiendo el miedo a admitir los graves hechos de que fue víctima conforme iba ganando su confianza en un país donde no tiene arraigo y ante personas que pretenden ayudarla a superar los aberrantes actos a que fue sometida. Un somero examen de las actuaciones consolida nuestra tesis sobre inexistencia de motivos espurios en las declaraciones efectuadas y sobre coherencia con el discurso desde el inicio de las actuaciones mantenido por dicha declaracional testigo, que básicamente es el mismo. Pues los añadidos efectuados han permitido conformar el ámbito organizativo en que están insertas las conductas denunciadas. (c) **Se descarta móvil espurio.** Ningún motivo de enemistad ha sido puesto de manifiesto por la defensa entre ella y los procesados, siendo preguntados a este respecto EEE y GGG en el plenario. El testigo protegido 56211, quien mantuvo una relación sentimental en el pasado con la víctima 56209 a quien conoció mientras era cliente suyo, manifestó que en un principio **la misma no quería denunciar a nadie y que si lo hizo fue debido a que él la convenció puesto que tras su huida del piso en el que era controlada, la organización comenzó a amenazarla telefónicamente para que volviera a ejercer la prostitución por cuenta de ellos, o les pagara la deuda contraída.** Sólo para que las amenazas cesaran y superando el miedo que tenía que pudiera pasarle algo tanto a ella como a sus familiares que seguían en Nigeria (ya fuera por la acción directa de los traficantes o como consecuencia del rito vudú al que había sido cometida) decidió denunciar (d) **La exención de pena de los delitos cometidos por la víctima de trata.** (se remite a la doctrina de la STS 214/2017).

③ LA VÍCTIMA DE TRATA COMO TESTIGO PROTEGIDO TRATA

Una gran parte de las víctimas de trata de seres humanos son acreedoras a un **sistema integral de protección** que se extienda desde el mismo momento de su localización, se haya o no abierto proceso penal en la persecución del delito,

hasta que alcanzase su plena recuperación. Es una exigencia recogida en todos los instrumentos internacionales en los que se funda la acción mundial contra la trata de Naciones Unidas, del Consejo de Europa y de la Unión Europea y a ello responden tanto el Protocolo Marco de Protección de Víctimas de Trata nacional como los territoriales aprobados en nuestro país.

Sin embargo, cuando en el ámbito del procedimiento penal hablamos de testigos protegidos, nos estamos refiriendo a aquellos a los que se les ha reconocido esa condición por el juez de instrucción en aplicación de la anticuada e insuficiente LO 19/1994 de 23 de diciembre, *de protección de testigos y peritos en causas criminales*. Esa ley es aplicada a una gran mayoría de víctimas del delito de trata toda vez que si colaboran con la administración de justicia en la persecución de los tratantes asumen graves riesgos contra su seguridad o la de sus familiares.

En principio, la LO 19/1994 es acorde con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, según la cual es plenamente acorde con los principios del juicio equitativo al que tiene derecho todo imputado en un proceso penal el que las leyes nacionales establezcan un régimen jurídico de protección de aquellos que colaboren con la Administración de Justicia en la persecución del delito por el que se garantice su seguridad ante posibles represalias de los delincuentes. Dichas medidas pueden ser de distinto contenido y adoptarse en cualquier fase del proceso, y deben ponderar adecuadamente los intereses en juego (necesidad de protección de determinados testigos y respeto de las garantías del acusado).

► • *En el seno del proceso penal, la colaboración con la Administración de Justicia desempeñada por testigos y peritos puede en ocasiones verse menoscabada por la amenaza de represalias para su vida, integridad física o libertad, por lo que resulta indispensable introducir diversas medidas legales de protección, tanto en fases anteriores y posteriores del juicio oral como incluso en el marco de su desarrollo, que permitan al órgano judicial, tras una ponderación de los intereses en conflicto, aplicar las que resulten procedentes en cada caso (en sentido similar SSTEDH, caso Dorson c. Holanda, 23.4.1997; caso Van Mechelen y otros c. Holanda, 14.2.2002, caso Visser contra Holanda, 6.12.2012; caso Pesukic c. Suiza) (STS 422/2020) ► Tal y como afirmábamos en nuestra sentencia 200/2017, de 27 de marzo, debemos recordar el tema de los testigos protegidos en las diversas Sentencias de Tribunal Constitucional, 64/94, de 28 febrero, 65/2013, de 8 abril, y del Tribunal Supremo 649/2010, de 18 junio, 525/2012, de 19 junio, 455/2014, de 10 junio, que destacan la ponderación que debe presidir las necesidades de protección de determinados testigos y las garantías inherentes a un proceso equitativo. A esa finalidad responde de la promulgación de la LO 19/1994 de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales que, en su Exposición de Motivos, recogiendo la necesidad de coherencia tal protección con las garantías de defensa tantas veces reiterada por el Tribunal de Estrasburgo, manifiesta el afán de mantener "el necesario equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de derechos fundamentales a los testigos y peritos y a sus familiares (STS 422/2020).*

En relación con la aplicación de esta ley surgen una multiplicidad de problemas a la hora de ponderar la oportunidad de la aplicación de las medidas de protección que están previstas en relación con los derechos que amparan a los acusados a un juicio equitativo, justo o debido. En concreto, en lo que se refiere a su actuación testifical, los derechos derivados de los **principios de inmediatez y contradicción** en la práctica de la prueba testifical, o el cumplimiento del primer parámetro que debe concurrir en la valoración subjetiva y objetiva de la prueba (credibilidad o fiabilidad del testimonio).

► • *El tema de los testigos protegidos y de la aplicación del régimen especial establecido en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, genera complejas cuestiones en su aplicación práctica, debido a las dificultades que suscita el compatibilizar la tutela de los bienes jurídicos personales del testigo que se ponen riesgo con el derecho de defensa de los imputados, y más en concreto con las garantías procesales que imponen los principios de inmediatez y contradicción en la práctica de la prueba testifical, así como la valoración de la prueba desde la perspectiva de la fiabilidad y credibilidad del testimonio (STS 422/2020).*

Dos han sido los problemas más graves que se han suscitado en relación con la práctica de la prueba testifical del testigo protegido:

► • *Los problemas que emergen en la práctica procesal diaria con las declaraciones de los testigos protegidos se focalizan generalmente en dos puntos principales: **el descubrimiento de la identidad del testigo** y la forma **más o menos opaca o encubierta en que éste presta su declaración en la vista oral del juicio** (STS 422/2020) ► Dentro, pues, de la categoría general de testigos protegidos pueden distinguirse **dos subcategorías** en orden al nivel de protección: los **testigos anónimos**, de los que ni siquiera se dan a conocer a las partes sus datos personales; y los **testigos ocultos**, que sí son identificados personalmente con nombres y apellidos, pero que deponen en el plenario con distintos grados de opacidad a la visión o control de las partes procesales (STS 422/2020) ► Ambas modalidades de*

testimonios, anónimos y ocultos o semiocultos, han sido contempladas en la STC 64/1994, de 28 de febrero, en la que se distingue aquellos testimonios en los que se desconocen los datos identificativos del testigo (testigos anónimos), de aquellos otros en que sí se conoce la identificación del testigo, pero éste declara oculto para el acusado o para éste y también las partes (testigos ocultos) (STS 422/2020).

A) Testigos anónimos.

Cuando la identidad del testigo es desconocida por las partes puede surgir una colisión entre los derechos a la seguridad de las víctimas y el derecho de las defensas a cuestionar la credibilidad del testigo.

•► También se ha considerado relevante que la defensa conociera la identidad del testigo para cuestionar en el plenario su credibilidad, así como poner en evidencia sus contradicciones e incoherencias (...). También se ha considerado contrapeso la existencia de otras pruebas decisiva (Seton c. Reino Unido, de 31 de marzo, de 2016) (STS 430/2019) •► En cuanto al primer aspecto (la identificación nominal del testigo protegido), el interés personal del testigo en declarar sin que sea conocida su identidad con el fin de evitar cualquier clase de represalia que pudiera poner en riesgo su vida o integridad física, bienes jurídicos de primera magnitud, tanto de su persona como de sus parientes o allegados, suele entrar en colisión con el derecho de las defensas a cuestionar la imparcialidad, credibilidad y la fiabilidad del testimonio de cargo, que pudiera fácilmente devaluarse en el caso de que se constatará cualquier clase de hostilidad, enemistad o animadversión entre el testigo y el acusado. Sin olvidar tampoco que también es relevante conocer las razones de conocimiento del testigo y posibles patologías personales que pudieran repercutir en la veracidad y fiabilidad de sus manifestaciones. La contradicción queda, pues, notablemente limitada y con ella el derecho de defensa (STS 422/2020) •► En la subcategoría de los testigos anónimos, caben distintas modalidades de anonimato: los supuestos en que el testigo debido a las contingencias o circunstancias particulares del caso no ha podido ser identificado con datos personales y por lo tanto se ignora su identidad dentro del proceso; y aquellos otros supuestos en que sí ha sido identificado y consta su identidad en el proceso, pero por decisión del Tribunal se mantiene secreto y no se da a conocer a las partes, que es lo que al parecer ha sucedido en el caso que ahora se enjuicia (STS 422/2020).

La **ocultación absoluta de la identidad del testigo** está proscrita por el Tribunal Constitucional siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de derechos humanos (STS 64/1994). Se entiende que es absoluta cuando la identidad es desconocida por el Tribunal, por la defensa, o por ambos, pues ello conduce a una restricción de los derechos de defensa al imposibilitar la contradicción ante el órgano judicial encargado de decidir sobre la inocencia o culpabilidad. Pero tiene que ser real o efectiva.

•► La identidad de la testigo protegida era conocida por el Tribunal. En realidad, también lo era por los acusados, si se tiene en cuenta el contenido de su testimonio y el hecho de que no negaron su relación con aquella, aun cuando la enmarcaran en una situación de ejercicio voluntario de la prostitución. Además, tal como se recoge en la sentencia impugnada y ya se ha puesto de relieve más arriba en esta sentencia de casación, en ningún momento solicitaron que la identidad les fuera comunicada formalmente al amparo de la Ley Orgánica 19/1994. Incluso, el Tribunal de instancia les permitió en la primera sesión del juicio oral el acceso a la pieza secreta donde constan los datos de identidad de la testigo, sin que las defensas se acogieran a esa posibilidad. Por lo tanto, no se trata, de un testigo anónimo, sino de un testigo protegido que declara oculto. De otro lado, en el juicio oral, las defensas pudieron interrogar a la testigo sobre todos aquellos aspectos que consideraron pertinentes. No se aprecia, pues, una limitación relevante en las posibilidades al alcance de la defensa para cuestionar la credibilidad del testigo y la fiabilidad de su testimonio (STS 910/2013) •► En este caso, según hemos señalado anteriormente, estos testimonios se suman a los de otras víctimas de contenido similar y las defensas conocían la identidad de las testigos lo que ha permitido que pudieran valorar y cuestionar en su integridad esos testimonios. A la vista de todo lo anterior, la falta de contradicción no es una deficiencia atribuible a una actuación judicial censurable y, valorando en su conjunto el desarrollo del proceso, esa falta de contradicción no vulnera el derecho de defensa o el derecho a un juicio justo. El análisis global del proceso permite afirmar la fiabilidad de las declaraciones en la medida en que confirman y corroboran las declaraciones prestadas por las testigos que comparecieron en el acto del juicio. Por último, resulta necesario insistir en que las declaraciones sobre las que pesa la censura del recurso no son determinantes de la culpabilidad o la inocencia (STS 430/2019; 554/2019) •► La primera de esas exigencias, la contradicción procesal, deriva directamente –dice el Tribunal Constitucional– del art. 6.3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, a la luz del cual ha de interpretarse el art. 24.2 C.E. por exigencia del art. 10.2 de la Norma fundamental. El art. 6.3 d) del Convenio exige que el acusado pueda interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo en las mismas condiciones que los de descargo. A continuación, se refiere la STC 64/1994 a la jurisprudencia del TEDH sobre la materia, argumentando que "ha examinado en diversas Sentencias el problema, pero referido más bien a los testimonios anónimos, es decir, aquellos en los que la identidad de los testigos era desconocida para el Tribunal o para la defensa o para ambos. En este sentido pueden citarse las Sentencias de Kostovski, de 20 de noviembre de 1989, y Windisch, de 27 de septiembre de 1990, o, finalmente, la Sentencia LUDI, de 15 de junio de 1992 (STS 422/2020) • En estas resoluciones ha reconocido el TEDH la importancia de proteger a los testigos susceptibles de ser objeto de represalias y de permitir el enjuiciamiento y condena de delincuentes pertenecientes a bandas organizadas o miembros de una gran criminalidad (Sentencias Ciulla y Kostovski), mostrando asimismo comprensión hacia la necesidad de garantizar y estimular la colaboración de los ciudadanos con la policía en la lucha contra la criminalidad (Sentencia Windisch). Pero, aun así, y en dos de las precitadas Sentencias (casos Kostovski y Windisch) ha estimado contrario a las exigencias derivadas del CEDH la condena de un acusado sobre la base de testimonios anónimos, entendiéndose por tales las declaraciones de personas cuya identidad es desconocida por el Tribunal, por la defensa, o por ambos, pues ello conduce a una restricción de los derechos de defensa al imposibilitar la contradicción ante el órgano judicial encargado de decidir sobre la inocencia o culpabilidad. En el caso LUDI, insistió en la importancia

de posibilitar la contradicción del testimonio de cargo, aunque en esta ocasión se tratase de persona (funcionario de policía) cuya identidad era necesario proteger" (STS 422/2020) ●► **Ocultación real** Tampoco está fuera de lugar apostillar que las quejas con citas jurisprudenciales sobre la limitación de garantías, que supone mantener oculta la identidad de un testigo, son más retóricas que reales. Es patente que los acusados –y lo han demostrado según ha relatado la testigo y se ha comprobado- conocen su identidad. Esa ignorancia pudo ser real en la fecha de la prueba preconstituida (uno de los recurrentes estaba pendiente de detención), pero no en las fases posteriores del procedimiento... En el caso actual podía fácilmente deducirse de la prueba practicada en el sumario que los testigos protegidos eran simplemente unos vecinos que desde su ventana habían visto al recurrente en las proximidades del local incendiado poco después de iniciarse el incendio. El recurrente, que por la declaración sumarial se encuentra informado de esta condición, no ha manifestado en momento alguno que hubiese tenido algún conflicto con alguno de los vecinos que pudiesen pretender perjudicarlo. De existir algún problema que pudiese afectar a la credibilidad de unos vecinos concretos, con los que pudiera estar enfrentado, por ejemplo, podía haberlo manifestado, justificando así su necesidad de conocer la identidad de los testigos. Al no haberlo hecho, y estimar el Tribunal subsistentes las razones que justificaron la protección inicial durante el sumario (temor por parte de los testigos a represalias del acusado, e informaciones no contrastadas, pero tampoco negadas por el acusado, que aseguraban que había pertenecido en su país, Rumanía, a las fuerzas armadas y cometido actos violentos), puede estimarse que la denegación de la revelación de la identidad de los testigos protegidos es razonable (STS 686/2016).

ⓑ Testigos ocultos.

Comprende los supuestos en los que el testigo realiza su declaración de manera que no pueda ser observado por los acusados (denominada declaración opaca o encubierta). En estos casos el conflicto se produce especialmente con los principios de inmediación e igualdad de armas. Sin embargo, aunque puede limitar el principio de contradicción no necesariamente lo anula.

●► Es la imposibilidad de contradicción y el total anonimato de los testigos de cargo lo que el citado Tribunal considera contrario a las exigencias derivadas del art. 6 del Convenio; por lo que, por el contrario, en aquellos casos, como el presente, en el que el testimonio no pueda calificarse de anónimo sino, en todo caso, de «oculto» (entendiendo por tal aquel que se presta sin ser visto por el acusado), pero, en los que la posibilidad de contradicción y el conocimiento de la identidad de los testigos -tanto para la defensa como para el Juez o Tribunal llamado a decidir sobre la culpabilidad o inocencia del acusado- resulten respetados, han de entenderse cumplidas las exigencias derivadas del art. 6.3, d) del Convenio y, en consecuencia, también las garantías que consagra el art. 24.2 de nuestra Constitución" (STC 64/1994). "...cuando se trate de declaraciones de testigos que depongan ocultos o semiocultos, pero cuya identidad se conoce, resulta claro que el déficit de garantías procesales ya no atañe a la fiabilidad o la credibilidad del testimonio sino a su eficacia probatoria en el caso concreto en relación con los principios de inmediación. En estos casos el cuestionamiento del testimonio ha de afectar sólo al grado de convicción alcanzado y por lo tanto a la eficacia probatoria en el caso concreto, dependiendo de la intensidad del ocultamiento del testigo y de las posibilidades que tuvieron las partes de visualizar y percibir las declaraciones del testigo. No resultando, pues, razonable que las limitaciones en la forma de practicar la prueba puedan determinar en principio una nulidad o total ineficacia del elemento probatorio" (STS 649/2010) (STS 910/2013) ●► Y en lo que respecta a la forma de deponer en el plenario, también es habitual que el testigo protegido muestre su deseo de no ser visto u observado al menos por los acusados y por el público, y en algunas ocasiones incluso por las defensas de las partes. En estos casos la tutela de sus derechos personales entra en conflicto con la aplicación de los **principios de inmediación** y de **contradicción**, pues se priva a las partes procesales y a los acusados de comprobar a través de la visualización directa la convicción, veracidad y firmeza con que declara el testigo y se puede también limitar en alguna medida el grado de la contradicción procesal (STS 422/2020).

Por ello, esta modalidad, en la medida que posibilite la contradicción y el conocimiento de la identidad de los testigos, no sólo es compatible con un proceso justo, sino también debería ser de aplicación generalizada en relación con las víctimas de trata de seres humanos de conformidad con las previsiones de la Directiva 2011/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

En efecto, el art. 12.4 de la Directiva, establece que *sin perjuicio de los derechos de defensa, y con arreglo a una evaluación individual de las circunstancias personales de la víctima por parte de las autoridades competentes, los Estados miembros velarán por que las víctimas de la trata de seres humanos reciban un trato especial destinado a prevenir la victimización secundaria, evitando, en la medida de lo posible y de conformidad con los criterios establecidos por el Derecho nacional y las normas relativas al poder discrecional, a la práctica o a las orientaciones de los tribunales:* a) *repetir innecesariamente interrogatorios durante la investigación, la instrucción o el juicio;* b) **el contacto visual entre víctimas y demandados incluso durante la prestación de declaración, como en el interrogatorio y las preguntas de la parte contraria, mediante medios apropiados como el uso de tecnologías de la comunicación adecuadas;** c) *testificar en audiencia pública, y d) preguntar sobre la vida privada de la víctima cuando no sea absolutamente necesario* (vide, STS 910/2013) ●► La referencia a la anterior doctrina del TEDH permite, pues, concluir –según el Tribunal Constitucional– que es la imposibilidad de contradicción y el total anonimato de los testigos de cargo lo que el citado Tribunal considera contrario a las exigencias derivadas del art. 6 del Convenio; por el contrario, en aquellos casos en que el testimonio no pueda calificarse de anónimo sino, en todo caso, de "oculto" (entendiendo por tal aquel que se presta sin ser visto por el acusado), pero, en los que la posibilidad de contradicción y el conocimiento de la identidad de

los testigos –tanto para la defensa como para el Juez o Tribunal llamado a decidir sobre la culpabilidad o inocencia del acusado– resulten respetados, han de entenderse cumplidas las exigencias derivadas del art. 6.3 d) del Convenio y, en consecuencia, también las garantías que consagra el art. 24.2 de nuestra Constitución. Con posterioridad a la STC 64/1994, ha dictado otras resoluciones el TEDH sobre la materia de los testigos protegidos: 26 de marzo de 1996 (Doorson c. Países Bajos), 23 de abril de 1997 (Van Mechelen c. Países Bajos), 14 de febrero de 2002 (Wisser c. Países Bajos), 28 de marzo de 2002 (Birutis c. Lituania) y 22 de noviembre de 2005 (Taal c. Estonia) (STS 422/2020) •► A través de las mismas se colige como pautas insoslayables para que puedan operar como prueba eficaz de cargo los testimonios anónimos, aparte de que esté justificada la necesidad del anonimato, que tal situación aparezca compensada por un interrogatorio de la defensa que permita apreciar la fiabilidad y veracidad del testimonio, y señalándose también el matiz importante de que éste nunca podría servir como única prueba de cargo o como prueba incriminatoria decisiva para fundamentar la condena. En el caso enjuiciado, se trataba de un testigo oculto, pero no anónimo, protegido por razones de seguridad, que no vulneró su declaración los derechos de los procesados (STS 422/2020).

La condición de testigo protegido de la víctima de trata no altera el régimen común de su declaración “*premiada*”. Por ello, en la medida que constituya una prueba de cargo su valoración exige de manera ineludible la corroboración por otros medios de prueba de carácter objetivo.

•► “El objetivo de esta protección es salvaguardar los derechos humanos de las víctimas, evitar una mayor victimización y animarlas a actuar como testigos en los procesos penales contra los autores. Resultaría manifiestamente contradictorio con este objetivo que la propia posibilidad de obtener los beneficios legales que tutelan a las víctimas se transmutase en una causa de invalidez probatoria de sus declaraciones inculpatorias. Es cierto también que estos beneficios procesales imponen una especial valoración del testimonio, para descartar supuestos en los que la incriminación de terceros se utilice de forma espuria, y para salvaguardar el derecho a la presunción constitucional de inocencia de estos terceros. Valoración cuidadosa que debe ir necesariamente acompañada de la concurrencia de elementos de corroboración del testimonio, pues en todos los casos de testimonios premiados, como sucede por ejemplo con las declaraciones de los “arrepentidos”, la concurrencia de elementos objetivos de corroboración es imprescindible para que sus declaraciones puedan ser valoradas como prueba de cargo suficiente para desvirtuar el derecho constitucional a la presunción de inocencia” (SSTS 1016/2003; 214/2017; 565/2020).

La intermediación (comparecencia del testigo ante el tribunal, art. 702 LECrim) no es un presupuesto inexcusable para que el Tribunal pueda entrar a valorar la prueba testifical. Tal ocurre con el uso de la videoconferencia instrumento de comunicación que no constituye impedimento para que los principios en que debe desarrollarse el juicio se cumplan, hasta el punto de ser especialmente previsto por nuestro derecho procesal.

•► El propio artículo 702 se refiere ya a supuestos en los que el testigo puede declarar por escrito, y lo mismo está previsto en el artículo 703. En ambos casos, la intermediación no existe. Algo similar ocurre en los casos previstos en los artículos 448, 777.2 o 730 de la LECrim, en los que el Tribunal responsable del enjuiciamiento no presencia directamente la declaración del testigo. El artículo 731 bis, por su parte, prevé la práctica de algunas declaraciones mediante videoconferencia, sistema que solo permite una intermediación limitada. Otro tanto puede desprenderse de la regulación contenida en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, en tanto que prevé la posibilidad de practicar la prueba en condiciones en las que la intermediación y la contradicción pueden verse limitadas (STS 910/2013) •► “El art. 229 LOPJ establece la videoconferencia como medio de emitir y recibir declaraciones. El art. 325 LECrim regula la utilización de aquel medio por razones de seguridad. La Ley Orgánica 19/1994, prevé, en su art. 2, que, por razones de peligro grave, cabe que los testigos comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando procedimiento que imposibilite su identificación visual normal”, señaló esta Sala que “...en lo que concierne a la declaración en el juicio oral, no aparece que, más allá de la tolerancia legal, el que la práctica se halla desarrollado por videoconferencia y sólo con la voz (extremo sobre el que protestaron las partes) haya supuesto impedimento para que se actuaran los principios propios del juicio oral, o que se haya producido efectiva indefensión para las partes (STS 910/2013).

Cuando el extranjero reside en país extranjero habrá que acudir a los convenios de asistencia judicial (*Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal de 20 de abril 1959 complementado por el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000*) pudiendo ser prestada a través de videoconferencia.

•► Debe recordarse que, como regla general, la comparecencia o declaración del testigo residente en el extranjero se debe procurar acudiendo a la asistencia judicial internacional si tal mecanismo está disponible (...). El TEDH también ha afirmado que una medida positiva para garantizar la contradicción cuando el testigo reside en el extranjero es acordar la práctica de la declaración por video conferencia, de conformidad con el Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal de 20 de abril 1959 complementado por el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000 (Simón Price c. Reino Unido, de 15 de septiembre de 2016). En el caso, se realizaron diligencias tendentes a la localización de los testigos acudiendo a instrumentos de cooperación internacional y se acordó su declaración en el **juicio plenario por video conferencia**, sin que fuera posible llevar a efecto su comparecencia por estar los testigos en paradero desconocido. El Tribunal de instancia no tenía medios

para hacer comparecer a los testigos o para llevar a cabo diligencias adicionales para su localización (STS 430/2019; 554/2019).

Si la videoconferencia se realizó desde país extranjero es plenamente válida, aunque según las leyes del Estado donde se realizó no se hubieran cumplimentado las **exigencias formales** que exige nuestro ordenamiento jurídico.

► Se señala en la sentencia que las preguntas "...en la práctica, fueron contestadas por la testigo de forma oral, aunque en un segundo plano de audición y trasladadas por la Juez rumana a la intérprete, quien a su vez traducía a la Sala", añadiendo que las partes pudieron interrogar sobre todos los extremos que estimaron necesarios. que "...este Tribunal oía sus declaraciones si bien en idioma rumano", lo que implica que del mismo modo fueron oídas por las defensas, que se encontraban en la misma sala. Respecto del conocimiento de la identidad de la testigo protegida, la misma descripción de los hechos imputados y el contenido de su declaración permitía a los acusados su identificación, lo que pudiera explicar que, tal como se recoge en la sentencia impugnada, no se efectuó por parte de aquellos ninguna petición al Tribunal sobre la pieza que contiene los datos de identidad de la testigo protegida, añadiéndose en la sentencia que el Tribunal permitió a las defensas el acceso a dicha pieza en la primera sesión del juicio oral, sin que utilizaran dicha posibilidad. Por lo tanto, mediante la presencia de la Juez rumana y la conexión oficial se acreditó la regularidad de la diligencia y la identidad de la testigo, y con la supresión de la imagen y la traslación de su voz a un segundo plano, se adoptaron las medidas necesarias para garantizar su protección, en atención a su condición de testigo protegida y víctima de un delito de trata de seres humanos. Las partes conocían la identidad de la testigo y en todo caso no solicitaron que les fuera formalmente comunicada, y pudieron interrogar directamente sobre los extremos que tuvieron por conveniente. De manera que, aunque no haya existido propiamente una inmediación plena, la prueba testifical se practicó de modo válido por lo que nada se opone a su valoración por el Tribunal junto con las demás pruebas disponibles. En cuanto a la **ausencia del acta de la sesión** que hubo de redactar la autoridad rumana, es cierto que no consta en las actuaciones remitidas a esta Sala. Sin embargo, se trata de una exigencia formal, cuyo incumplimiento, sin negar su importancia ni la necesidad de su observación, no determina la invalidez de la diligencia a los efectos probatorios, puesto que, como se ha dicho, el Tribunal contó con otros medios de aseguramiento de su sujeción a las normas que la regulan (STS 910/2013)

► En la STS 456/2013, 9 de junio, se dijo que "la pretensión de que los Tribunales españoles se conviertan en custodios de la legalidad de actuaciones efectuadas en otro país la Unión Europea deviene inaceptable. Existe al respecto ya una consolidada doctrina de esta Sala que en general, y más en concreto, en relación a los países que integran la Unión Europea, tiene declarado que no procede tal facultad de supervisión". En la STS 1521/2002 de 25 de septiembre, apuntábamos que "... en el marco de la Unión Europea, definido como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que la acción común entre los Estados miembros en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal es pieza esencial (...), no cabe efectuar controles sobre el valor de los realizados ante las autoridades judiciales de los diversos países de la Unión, ni menos de su adecuación a la legislación española cuando aquellos se hayan efectuado en el marco de una Comisión Rogatoria y por tanto de acuerdo con el art. 3 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia Penal". En la misma línea, la STS 340/2000, 3 de Marzo, precisaba que "...la incorporación a causa penal tramitada en España de pruebas practicadas en el extranjero en el marco del Convenio Europeo de Asistencia Judicial (...) no implica que dichas pruebas deban ser sometidas al tamiz de su conformidad con las normas españolas"; mientras que la STS 947/2001, 18 de Mayo, concluía que "...no le corresponde a la autoridad judicial española verificar la cadena de legalidad por los funcionarios de los países indicados, y en concreto el cumplimiento por las autoridades holandesas de la legalidad de aquel país ni menos sometidos al contraste de la legislación española..." (STS 430/2019; 554/2019)

► Esa no indagación por las autoridades jurisdiccionales españolas del grado de cumplimiento en otro Estado de las garantías propias de nuestro sistema, está también presente en la STS 556/2006, 31 de mayo. En el apartado 2º de su FJ 7º puede leerse lo siguiente: "...la posible existencia de irregularidades en la detención y ejecución de la misma en el extranjero no tendría consecuencias respecto de la validez de las actuaciones policiales y procesales desarrolladas en España, pues el control de legalidad constitucional y ordinaria que efectúa este Tribunal ha de referirse a la actuación de las autoridades españolas dentro del marco del proceso penal, en sentido amplio, seguido en nuestro país. Y ello no supone la aplicación del principio "male captus bene detentus", según el cual, cuando la detención está acordada en legal forma, las irregularidades en la ejecución de la misma no constituyen una excepción procesal que pueda afectar a la validez del proceso en su conjunto. Pues, aunque de alguna forma se alegue, no se ha acreditado ninguna infracción cometida en el apresamiento del recurrente. Y, por otra parte, como se ha dicho, esta regla no exige una excepción cuando la infracción no ha sido cometida por las autoridades españolas". La sentencia 116/2017, añade unas interesantes conclusiones finales: "(...)" (STS 430/2019; 554/2019).

Por el contrario, carecen de virtualidad probatoria alguna aquellas diligencias de prueba practicadas en el extranjero que no cumplen el canon de garantías que nuestro ordenamiento jurídico exige (declaraciones policiales, testimonios de referencia, etc.).

► Es lógico que la validez en el proceso penal español de actos procesales practicados en el extranjero no se condicione al grado de similitud entre las reglas formales que, en uno y otro Estado, singularizan la práctica de esa prueba. Al juez español no le incumbe verificar un previo proceso de validación de la prueba practicada conforme a normas procesales extranjeras. Pero la histórica vigencia del principio locus regit actum, de dimensión conceptual renovada a raíz de la consolidación de un patrimonio jurídico europeo, no puede convertirse en un trasnochado adagio al servicio de la indiferencia de los órganos judiciales españoles frente a flagrantes vulneraciones de derechos fundamentales. Incluso en el plano semántico la expresión principio de no indagación, si se interpreta desbordando el ámbito exclusivamente formal que le es propio, resulta incompatible con algunos de los valores constitucionales comprometidos en el ejercicio de la función jurisdiccional. Esta idea tampoco es ajena a la jurisprudencia de esta Sala (STS 430/2019; 554/2019) ► De hecho, en la STS 829/2006, 20 de julio, en una causa incoada por delito de terrorismo, negábamos validez a la valoración de una "entrevista policial" de dos agentes españoles a un preso interno en la base militar de Guantánamo, cuyo testimonio fue recuperado como indicio probatorio de refuerzo de la declaración prestada

por el acusado. Decíamos entonces que "...la detención de cientos de personas, entre ellas el recurrente, sin cargos, sin garantías y por tanto sin control y sin límites, en la base de Guantánamo, custodiados por el ejército de los Estados Unidos, constituye una situación de imposible explicación y menos justificación desde la realidad jurídica y política en la que se encuentra enclavada. Bien pudiera decirse que Guantánamo es un verdadero «limbo» en la Comunidad Jurídica". La cita de este fragmento sugiere una doble reflexión. De una parte, se opone de manera frontal a la proclamación del principio de no indagación como una regla de valor apodíctico en nuestra jurisprudencia (STS 430/2019) ●► La Sala indagó y lo hizo para concluir la falta de virtualidad probatoria de un testimonio de referencia, por más que procedía de agentes de la autoridad españoles expresamente desplazados a territorio estadounidense para la práctica de un interrogatorio que fue ajeno a los principios estructurales de contradicción y defensa y que, por si fuera poco, se practicó en el entorno de coacción moral que es imaginable en un centro de reclusión concebido en los términos en los que aquél fue diseñado. De otra parte, la lectura de ese razonamiento es bien expresiva de la necesidad de no fijar reglas generales que en su inflexibilidad no tomen en consideración la rica variedad de supuestos que nos ofrece la práctica. La intensidad de la vulneración de derechos denunciada admite matices de los que no puede prescindirse en el momento de fijar el alcance de la regla de exclusión (STS 430/2019; 554/2019) ●► En definitiva, el principio de no indagación no puede interpretarse más allá de sus justos términos. Su invocación debería operar en el marco exclusivamente formal que afecta a la práctica de los actos de investigación en uno u otro espacio jurisdiccional. De tal forma que la flexibilidad admisible en los principios del procedimiento –adecuados por su propia naturaleza a cada sistema procesal- no se extienda a la obligada indagación de la vigencia de los principios estructurales del proceso, sin cuya realidad y constatación la tarea jurisdiccional se aparta de sus principios legitimadores (...)". Esta larga cita jurisprudencial nos pone en el camino de resolver la queja que ahora nos ocupa. La declaración de los testigos que depusieron en Rumanía ante la policía se produjo en el marco de una petición de cooperación jurídica internacional y dentro del territorio de la Unión Europea. La diligencia no fue llevada a cabo por funcionarios españoles, sino rumanos, y la ausencia de contradicción tuvo su justificación en la previa declaración de secreto. No se ha formulado queja alguna sobre la existencia de algún tipo de irregularidad o deficiencia en las declaraciones que pueda justificar una duda razonable sobre el contenido de lo declarado por los testigos. Por lo tanto, valorando estas circunstancias y de acuerdo con el principio de no indagación no hay razones para negar validez a las declaraciones de los testigos, en los limitados términos en que la sentencia las ha apreciado (STS 430/2019; 554/2019) ●► En el motivo cuarto del recurso se cuestiona la validez probatoria de la declaración de la testigo protegida, por cuanto fue prestado mientras la causa permanecía en secreto, ante la policía y sin intervención de la defensa. La falta de contradicción debió dar lugar a que su declaración no se introdujera en el plenario mediante lectura, por no cumplirse las exigencias que se derivan del artículo 730 de la LECrim, y a que no fuera valorado en la sentencia como prueba de cargo. Esta misma queja ha sido formulada por otros recurrentes respecto de las tres testigos que estuvieron en la misma situación por lo que la respuesta que ahora se dé servirá de fundamento para la contestación de los restantes recursos (STS 554/2019).

La inexistencia de una intermediación plena -como ocurre en la utilización de la video conferencia- no anula la validez del testimonio ni tiene por sí misma que afectar al derecho de defensa del acusado.

●► Cuando se trata de prueba testifical, la inexistencia de una intermediación plena puede aconsejar una valoración más cautelosa o la búsqueda de elementos de corroboración de la declaración examinada, todo ello como consecuencia de la devaluación de su valor como prueba, pero no conduce a declarar la imposibilidad de valorarla como prueba (STS 910/2013).