

LA PRUEBA PRECONSTITUIDA EN CASOS DE VÍCTIMAS
ESPECIALMENTE VULNERABLES. COMENTARIO A LA STS NÚM.
848/2017, DE 22 DE DICIEMBRE (RJ 2017, 4595)

*PRECONSTITUTED EVIDENCE IN PARTICULARLY VULNERABLE
VICTIMS CASES. COMMENT ON STS NO. 848/2017, OF DECEMBER 22
(RJ 2017, 4595)*

Rev. Boliv. de Derecho N° 26, julio 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 502-513



Elisa
SIMÓ SOLER

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de marzo de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 10 de abril de 2018

RESUMEN: La sentencia aquí comentada permite analizar un instrumento legal de utilización excepcional que dota de valor probatorio a las diligencias de investigación practicadas fuera del acto del juicio oral. La posibilidad de hacer uso de la prueba preconstituida, cumpliendo con los parámetros de las garantías de los investigados, es ampliamente beneficioso para las víctimas especialmente vulnerables.

PALABRAS CLAVE: Prueba preconstituida; víctima; vulnerabilidad; garantías legales.

ABSTRACT: This paper is based on a ruling to analyze a legal instrument used under exceptional circumstances that provides the pretrial proceedings undertaken outside the trial with probative value. The possibility of using the preconstituted evidence, provided the parameters of the legal guarantees for the accused are guaranteed, could be widely beneficial for the particularly vulnerable victims.

KEY WORDS: Preconstituted evidence; victim; vulnerability; legal guarantees.

SUMARIO.- I. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS.- II. GARANTÍAS DEL INVESTIGADO.- III. CONCLUSIÓN.

SUPUESTO DE HECHO

Con fecha 15 de diciembre de 2016, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres dictó sentencia condenatoria contra Segismundo y Luis María por los delitos consumados de violencia psíquica y física habitual (artículo 173.1 y 2 del Código Penal), agresiones sexuales continuadas (artículo 179 en relación con el 180 del Código Penal) y prostitución (artículo 188.1, 2 y 4 c) del Código Penal) por parte de Segismundo contra su pareja Estrella, acusación particular en dicho procedimiento, y por el delito de prostitución y abuso sexual (artículo 181.1, 2 y 4 CP) contra Luis María, persona mayor de edad que conocía y tenía amistad con Segismundo.

Además, las penas privativas de libertad que ascienden, en Primera Instancia, a dieciséis años y seis meses para Segismundo y doce años para Luis María, llevan aparejadas las penas accesorias de privación de la tenencia y porte de armas, la prohibición de aproximación al domicilio, lugar de trabajo o lugares frecuentados por la víctima, la prohibición de comunicación con la misma, así como la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena. Se castiga también el delito de agresiones sexuales y abuso sexual con la medida de libertad vigilada posterior al cumplimiento de la condena prevista en el artículo 192 del Código Penal.

En lo que respecta al ámbito pecuniario, las costas del procedimiento se imponen a la parte condenada junto a una indemnización por daños morales de 60.000 € para Segismundo y de 50.000 € para Luis María.

Para la apreciación de los delitos se valoran los siguientes hechos probados. Estrella y Segismundo son dos personas declaradas incapaces judicialmente. La Sentencia núm. 635/2011 dictada por el Juzgado nº 3 de Cáceres, declaró la incapacidad total de Estrella para gobernarse por sí misma y para la administración

• **Elisa Simó Soler**

Graduada en Derecho (2016) y Ciencias Políticas y de la Administración Pública (2016) por la Universidad de Valencia, Máster en Derecho y Violencia de Género (Premio Extraordinario, 2017). Actualmente, estudiante del Máster Universitario en Abogacía en dicha Universidad y estudiante de Doctorado en el Programa Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional

de sus bienes dadas sus limitaciones volitivas y cognitivas que acreditaban un déficit intelectual de grado moderado, permanente e irreversible. Por su parte, Segismundo fue declarado incapacitado parcialmente por Sentencia núm. 105/2013 por el Juzgado nº 1 de Cáceres quedando la administración de los bienes limitada y sometida a curatela y, en concreto, de la vivienda arrendada en la que, desde junio de 2012, iniciaron la convivencia Estrella y Segismundo, quienes mantenían una relación de pareja desde hacía dos años. Estrella es, además, madre de dos hijos menores de edad cuya guarda y custodia recae en la abuela de los mismos pero los gastos de manutención son sufragados por Estrella con su pensión de incapacidad. De esta forma, Estrella es económicamente dependiente de Segismundo.

La dependencia no sólo se derivaba de la exclusiva aportación de ingresos por parte Segismundo sino también de la sumisión emocional a la que se vio sometida desde el inicio de la relación por actos de maltrato que son constitutivos de violencia de género tales como empujones, pellizcos, golpes, impedimento de salir a la calle (encerraba a Estrella en la habitación sin dejarle salir y le quitaba las zapatillas y la ropa) y amenazas de no ver a su familia y de futuras agresiones por parte de un sujeto que el acusado identificada como Isaac -primo policía de Segismundo- pero de quien se desconoce su verdadera existencia.

La participación de Luis María en los hechos se produce a raíz de la amistad que mantenía con Segismundo desde 2009 al acudir a la misma Asociación de Discapacitados ADEX. Para remediar la situación de precariedad económica de Estrella y, prevaliéndose de la incapacidad conocida de ambos, le propuso a Segismundo la posibilidad de que Estrella ejerciera la prostitución con la finalidad de aportar dinero a la relación y así evitar el enfado de su pareja. Luis María y Segismundo, controlaban el ejercicio de la prostitución de Estrella, desde su preparación para la captación telefónica de clientes, el visionado de pornografía como medio de aprendizaje, hasta la apropiación y reparto de las ganancias de Estrella entre los condenados, entregando a Estrellas solamente tabaco.

Ambos condenados obligaban a Estrella a ejercer la prostitución bajo amenazas de muerte, imposibilidad de ver a sus hijos o de agresiones por parte del primo de Segismundo. (sexo anal, sexo sádico o sexo sin preservativos) cuando ella expresamente había manifestado su rechazo a tal actividad. Las relaciones sexuales no consentidas también se produjeron durante la relación con Segismundo, quien la forzaba a través del empleo de la fuerza y de las amenazas. Asimismo, también era sometida por Luis María, llegando a realizar "un trío" en un viaje a Portugal para acostumbrarse a dichas prácticas con los clientes.

El Tribunal Supremo resuelve dos recursos de casación interpuestos por las defensas de Segismundo y Luís María, partiendo de la denuncia de falta de imparcialidad del juez (artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo

5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 24.1 de la Constitución Española). Petición que acaba siendo desestimada. En segundo lugar, se alega el quebrantamiento de forma por denegación indebida de la utilización de diligencias de prueba (artículos 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 24.1 de la Constitución Española), motivo también desestimado por una interpretación extensa y sistemática de los presupuestos y requisitos materiales -necesidad, utilidad, pertinencia y posibilidad- para la aceptación por parte del Juez de la proposición de prueba. En tercer lugar, alegan, y es desestimada por el Alto Tribunal, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 24.2 de la Constitución Española).

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La vulneración del derecho a la presunción de inocencia constituye el elemento nuclear de este comentario, esto es, la utilización de la prueba preconstituida y la apreciación de déficits en su práctica por parte de la defensa que supondrían un ataque al principio de presunción de inocencia. Al respecto las partes recurrentes alegan la “inutilizabilidad” absoluta de la declaración de la víctima, pues no lo hizo en el acto del juicio oral, sino que se reprodujo una grabación de su declaración durante la Instrucción. La petición consiste en la denegación de la prueba y, por ende, que no sea valorada. Sin embargo, El Tribunal resuelve que la declaración de la víctima es prueba valorable por los siguientes tres motivos (F.D.7°): “Es prueba hecha a presencia judicial, y con intervención activa de las partes a través de las direcciones letradas”; “Es prueba que fue objeto de grabación y luego se reprodujo en el acto del juicio oral donde fue visionado por Tribunales y partes” y “El hecho de que los investigados no estuviesen presentes durante esa diligencia no lastra hasta el punto de hacerla inválida la prueba”.

En definitiva, argumenta el Tribunal Supremo que, pese a que la prueba no fuera formalmente practicada con el carácter de preconstituida ni tampoco en la fase de juicio oral, goza de suficiente claridad epistémica y garantista como para ser prueba homologable y ser valorarla por los magistrados.

COMENTARIO

I. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS.

La regla general es que la práctica de la prueba tenga lugar en el acto del juicio oral ante el Tribunal encargado de enjuiciar y dictar sentencia, por lo que la prueba preconstituida reviste el carácter de excepcional en el Ordenamiento Jurídico español. En concreto, está prevista en los artículos 448 y 449 de la LECrim para el procedimiento ordinario, en el caso del procedimiento abreviado en el artículo

777.2 de la LECrim y en el artículo 797.2 de la LECrim para el procedimiento rápido de determinados delitos.

En España ha tenido lugar una evolución jurisprudencial y de la técnica jurídica fruto de la promulgación de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos (DOUE L 315/57, 14 de noviembre de 2012) y de la entrada en vigor en octubre de 2015 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015).

El Estatuto de la Víctima del Delito (en adelante, EVD) aspira a ser una norma protectora y garantista de los derechos de las víctimas en el proceso penal, pero al mismo tiempo trata de favorecer una óptica distinta desde la victimología y la Justicia Restaurativa como nuevos marcos teóricos y doctrinales en el ámbito del Derecho penal y procesal. Esta nueva corriente aboga por impulsar la idea-fuerza de que una mayor protección de las víctimas, que no viene dada por la imposición de un mayor reproche penal al delincuente, sino por la introducción de la noción de reparación de las víctimas como objetivo privilegiado dentro de proceso penal a través de nuevas vías como la reparación del daño, la responsabilidad civil derivada del delito o la implementación de programas específicos de ayuda.

En este sentido, los artículos 20 a 26 del EVD contienen un listado de derechos para evitar el riesgo de que las víctimas que se ven inmersas en un procedimiento penal puedan sufrir victimización secundaria. El derecho a evitar contacto con agresor (art. 20), la protección de la víctima durante la agresión (art. 21), el derecho a la protección de la intimidad (art. 22), la evaluación individual de las necesidades de protección (arts. 23 y 24), las medidas de protección durante la fase de investigación y enjuiciamiento (art. 25) pero, en especial, las medidas de protección para menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección previstas en el artículo 26 del EVD están íntimamente relacionadas con la prueba preconstituida y con el caso objeto de estudio.

Dicho precepto establece en su apartado 1, en concreto, que “las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal” con la posibilidad de que la intervención de las partes para la toma de declaración se realice a través de expertos. Aclara la STS 96/2009, 10 marzo de 2009 (RJ 1804/2009) en su F.D.6º, que “ser instrumento emisor de las preguntas formuladas a un menor, cuando lo que se persigue es preservar su equilibrio emocional al relatar unos graves hechos de abuso sexual, constituye un modo de ejercer la función para la que se requiere su presencia. [...] Eso no significa que el interrogatorio lo dirija el experto, sino el Juez de Instrucción

con intervención de las partes presentes, bajo el control de aquél y por medio instrumental del experto”.

La particularidad que ofrecen los delitos castigados en el presente supuesto reside en la clandestinidad en su comisión, carácter que dota de especial relevancia y utilidad al recurso a la prueba preconstituida, así como la situación de especial vulnerabilidad de la víctima.

Por lo que respecta al primer elemento, la preconstitución de la prueba es efectiva en aquellos casos en los que la declaración de la víctima es la única prueba directa sobre los hechos, ya que las restantes suelen ser declaraciones de testigos de referencia a quienes la víctima les ha narrado los hechos, ya sean familiares o profesionales especializados que evalúan las condiciones y el grado de credibilidad del relato. Normalmente esta circunstancia tiene lugar cuando el delito se comete en el ámbito del hogar y en los delitos contra la indemnidad sexual como ocurre con Estrella. La STS 96/2009 fue pionera al considerar la idea de “imposibilidad” para testificar en juicio oral y ampliar su apreciación más allá de lo previsto legalmente cuando “exista riesgo cierto de producir con el testimonio en el Juicio Oral graves consecuencias para la incolumidad psíquica y moral de menores de edad víctimas de delitos de contenido sexual” (F.D. 4º.2).

En cuanto al segundo aspecto, es posible “considerar víctimas vulnerables a las personas que tienen un mayor riesgo de sufrir una victimización secundaria o re-victimización provocada por el sistema judicial, con una escasa capacidad para defender sus derechos sin ayuda, e incluso con el riesgo de ser excluidas por el sistema”. Del articulado del EVD se desprende que se consideran como tal a los menores y a las personas con diversidad funcional. En la sentencia del Tribunal Supremo consta expresamente que la testifical de Estrella “se hizo valer mediante la reproducción de la grabación en el juicio oral, sin su renovada práctica, por razones victimológicas: la discapacidad de la víctima desaconsejaba la reiteración de un nuevo interrogatorio cruzado”.

En efecto, en la exposición de los hechos queda constancia de que Estrella no sabe leer ni escribir y de que es “una persona altamente sugestionable, inmadura y con escasa capacidad de iniciativa y de resistencia ante presiones externas, con déficit de asertividad (esto es, posee escasa actitud de autoafirmación y defensa de sus derechos personales, incluyendo como parte de ellos la expresión de sus propios sentimientos, preferencias, opiniones y necesidades de una manera adecuada). A nivel cognitivo, cuenta con limitaciones en el razonamiento abstracto y dificultad para discernir las conductas adecuadas e inadecuadas”.

A esta circunstancia personal hay que añadir un segundo elemento, la condición de Estrella como víctima de violencia de género, tal y como queda conceptualizada

del artículo 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y del artículo 173.2 del CP. La condición de víctima de violencia de género podría ser de igual modo considerada, ya que la reiteración del número de ocasiones en las que la víctima es sometida a interrogatorio podría constituirse como un factor de victimización secundaria si existen razones fundadas y explícitas de producirle daños psicológicos acreditadas en un informe psicológico (STS 598/2015, 14 octubre 2015, RJ 4426/2015, F.D. 1º.3).

II. GARANTÍAS DEL INVESTIGADO.

El intento para que los derechos de las víctimas ocupen una mayor centralidad en el proceso penal no supone -ni debe suponer en ninguno de los casos- una disminución de las garantías de los investigados o acusados. Por este motivo, y en lo que respecta al ámbito de la prueba penal, el artículo 6.3 letra d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, reconoce el derecho de los testigos 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”.

Sobre este aspecto la Sentencia aclara a partir de la reproducción de la STEDH, 19 febrero 2013 (Caso Gani contra España) que “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”. Por tanto, la no presencia de los investigados durante la diligencia no invalida la prueba cuando ésta se realiza en presencia de sus letrados.

Dada su naturaleza de excepción a la regla general de la práctica de la prueba en el acto del juicio oral, es doctrina consolidada del Tribunal Supremo que para que la prueba preconstituida sea válida, se deben cumplir cuatro requisitos y presupuestos que recoge la STS 598/2015, 14 octubre 2015, (RJ 4426/2015) en su F.D.1º.3:

“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”.

De la sentencia se deriva que, *prima facie*, no se está propiamente ante una prueba preconstituida, sino ante una “prueba homologable”, ya que, si se analiza cada uno de los requisitos expuestos, todos ellos se cumplen en el presente caso.

La diversidad funcional de Estrella es causa legítima para evitar la reiteración de la declaración, por lo que la intervención del Juez de Instrucción en la práctica de la diligencia, se garantiza el principio de contradicción con la presencia e intervención de las respectivas direcciones letradas, pudiendo introducirse el contenido de la declaración en el sumario a través de su reproducción videográfica. En cuanto al principio de contradicción, cabe advertir que su vulneración supondría la nulidad de la prueba. No obstante, tal y como señala la sentencia, la ausencia de los imputados en la preconstitución probatoria como argumento para anular su valor no sólo no era exigible de la diligencia examinada al no tratarse formalmente de prueba preconstituida sino que siéndolo no es defecto invalidante de la misma.

III. CONCLUSIÓN.

La introducción de la prueba preconstituida en el proceso penal y su utilización con víctimas especialmente vulnerables supone una evolución positiva en la concepción de la Justicia. Frente a la tendencia histórica en la conceptualización del Derecho Penal como esfera dirigida a salvaguardar los derechos y las garantías de los acusados, la Justicia Restaurativa y la Victimología (re)evolucionan el Derecho Penal proponiendo una mayor atención por parte de los operadores jurídicos sobre el estado de la víctima en el ínterin del proceso.

La mayor presencia de la víctima en el proceso no supone una alteración del justo equilibrio entre derechos de las víctimas y garantías del acusado tal y como se ha podido observar del fallo de la sentencia analizada. Supone redirigir la mirada de la justicia hacia las víctimas especialmente vulnerables, favoreciendo que su participación en el proceso penal, tendente a su reparación, sea lo menos traumática posible, en el sentido de evitar que se vean expuestas a situaciones de victimización secundaria.

Es aquí donde la prueba preconstituida juega un papel fundamental, no sólo en favor de las víctimas sino en beneficio de las garantías del proceso puesto que asegura una reducción de relatos falsos (con la inmediatez del testimonio) y, por consiguiente, un alto grado de credibilidad de la narración de los hechos (con la evitación de la

contaminación por posibles manipulaciones). Se buscan las condiciones idóneas para que la víctima pueda expresar lo sucedido sin presiones ni malestares que puedan alterar su percepción o, incluso, causar un perjuicio psicológico por la mera exigencia de declarar en el acto del juicio oral. Además, otorga la ventaja de conocer hechos cometidos por sujetos que quizá quedarían absueltos si la víctima es la única prueba de cargo y se ve imposibilitada para declarar; ya que en este supuesto no se estarían poniendo todos los medios a disposición de la Administración de Justicia.

De la lectura de la sentencia se extrae que la prueba preconstituida evita, en definitiva, que la víctima tenga que (re)vivir en cada una de las declaraciones los hechos constitutivos de un delito contra su persona en modalidades delictuales tan graves como la violencia en el seno de la pareja o los abusos y las agresiones sexuales.

BIBLIOGRAFÍA

BLANCO GARCÍA, A. I.: "Estatuto de la Víctima del Delito. Trascendencia de una Ley", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, núm. 3, p. 774.

GONZÁLEZ, J. L., MUÑOZ, J. M., SOTOCA, A. y MANZANERO, A. L.: "Propuesta de Protocolo para la conducción de la prueba preconstituida en víctimas especialmente vulnerables", *Papeles del Psicólogo*, vol. 34(3), 2013, p. 227.

MARTÍNEZ GARCÍA, E.: *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 19-45.

MUERZA ESPARZA, J.: "Sobre el valor de la prueba preconstituida en el proceso penal", en JIMENO BULNES, M. y PÉREZ GIL, J.: *Nuevos horizontes del Derecho Procesal. Libro-Homenaje al Profesor Ernesto Pedraz Penalva*, Bosch, Barcelona, 2016, p. 775.

