

# LA PRUEBA PRECONSTITUIDA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

Comentario a la STS de 15 de marzo de 2017<sup>1</sup>

**José Ignacio Esquivias Jaramillo**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid*

---

## EXTRACTO

Para que sea válida la prueba preconstituida en el procedimiento penal, hacen falta una serie de requisitos: si el testigo manifestare 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. El reo, asistido de letrado en el término de veinticuatro horas, intervendrá en el interrogatorio. El juez, por tanto, recibirá juramento y examinará al testigo, 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 estos hacerle cuantas repreguntas tengan por conveniente. Por el letrado de la Administración de Justicia se consignarán las contestaciones a las preguntas, y la diligencia será firmada por todos los asistentes. Luego viene la necesaria contradicción, inmediación y publicidad en el acto de la vista oral, con la reproducción del vídeo grabado en la instrucción, o centrando el debate en el acta, a falta de aquel.

**Palabras clave:** procedimiento penal y prueba preconstituida.

---

*Fecha de entrada: 11-05-2017 / Fecha de aceptación: 25-05-2017*

---

<sup>1</sup> Véase el texto de esta sentencia en [www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com) (selección de jurisprudencia de Derecho Penal del 1 al 15 de mayo de 2017).

Al margen de otras cuestiones jurídicas tratadas en la sentencia –a las que haremos una breve referencia al final del comentario–, llama la atención la crítica velada del Supremo en el fundamento preliminar de su resolución, que se asienta en las deficiencias de la remisión de la documentación al tribunal en soporte digital de la instrucción de la causa que se somete a su revisión, acumulándose las diferentes diligencias practicadas, un tras de otras, sin orden. Crítica desde una doble perspectiva:

Por un lado, se echa de menos un índice o una edición adecuadas. Cuando la documentación no se contiene en papel sino en un DVD, y cuando el DVD no contiene un índice o una edición sistemática de contenidos, revisar los diez tomos de una causa hace difícil la labor del Tribunal Supremo. Esta sentencia así lo pone de manifiesto, y salva la precariedad de los recursos puestos a su disposición fundamentalmente porque el tribunal de instancia documenta de manera adecuada todo lo actuado en el juicio oral, e incorpora pruebas personales relacionadas con las intervenciones telefónicas. Llama la atención de los comentarios que se hacen al respecto, desdeñándose por lo general este tipo de pruebas, que pareciera como si el Supremo se hubiera visto obligado a hacer una restrictiva interpretación del valor de estas aun cuando no haya podido existir «un análisis mínimo de valoración».

La prueba preconstituida, por consiguiente, salva parte de la labor de interpretación del Supremo en casación. La transcripción literal de las declaraciones que prestaron las perjudicadas fue esencial. Ya se sabía que se irían a sus países, y que no estarían en el acto de la vista oral, de ahí la necesidad de tomarles declaración anticipada.

El segundo reproche pasa por reconocer la falta de adaptación a las nuevas tecnologías de las funciones del letrado de la Administración de Justicia. Al documentarse en soporte digital la prueba del juzgado de Instrucción y dar fe el letrado de su contenido, faltó un orden y faltó también calidad en la recuperación de los contenidos, que permitiera el conocimiento exacto de lo instruido. Por tanto, las declaraciones, las intervenciones telefónicas, las entradas y registros..., todo ello se resiente y colisiona con el principio tan sensible de presunción de inocencia. O no se tienen medios, o no se saben manejar, o no se posee la tecnología adecuada al efecto. Pero sea cual sea la causa, es evidente el reproche del tribunal porque tuvo ardua tarea por delante en el análisis de los 10 tomos de la instrucción.

Siendo la prueba preconstituida la esencia de la función revisora del Tribunal Supremo, nos centramos en ella, mencionando los delitos que se desprenden del fallo: trata de personas y contra los derechos de los trabajadores. La sentencia no se extiende en comentar estos delitos –nosotros tampoco lo vamos a hacer–. Importa el razonamiento fundado de los requisitos necesarios para dar validez probatoria a la prueba preconstituida, desde la fase de instrucción hasta el acto de la vista oral, precisamente porque así reconoce su importancia el Tribunal Supremo. La desestimación de este motivo aludiéndose a que la prueba fue practicada sin las debidas garantías, no habiéndose destruido la presunción de inocencia, decae por cuanto vamos a decir a continuación.

El fundamento de la prueba preconstituida radica en la imposibilidad de su práctica en el acto de la vista. En nuestro caso, las principales testigos fueron las perjudicadas-víctimas de la

explotación, traídas a España con «engaños laborales» para dedicarlas a la prostitución. Al retornar a sus países de origen, su presencia el día del juicio es imposible, y por este motivo se practica la prueba preconstituida de declaración. La validez de esta requiere de una serie de requisitos: el interrogatorio ha de hacerse a presencia de los letrados; estos pueden realizar preguntas; ha de procurarse una proximidad en el tiempo entre el acaecimiento del hecho y la toma de declaraciones, etc. Para que el derecho de defensa quede protegido, el acusado, a través de su representación letrada, puede interrogar al testigo, tanto en la fase de instrucción como en el juicio oral (art. 6 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos). Como es evidente, en este caso no cabe el interrogatorio en el juicio oral de quienes, habiendo sido víctimas (testigos) de unos hechos, se encuentran en sus países de residencia. Salvaguardar el derecho a la presunción de inocencia supone suplir la carencia del requisito aludido por otro que ofrezca garantías procesales, con el fin de no colisionar con este artículo 6 mencionado. El Tribunal Supremo invoca varias sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y el artículo 777 de la LECrim. para preservar el derecho fundamental del acusado «haciendo posible la contradicción de las partes» (art. 777 LECrim.).

En el procedimiento ordinario, los motivos se hallan en los artículos 448 y 449 de la LECrim. El letrado puede y debe extender acta expresando los intervinientes en la prueba, a falta de medios técnicos de grabación del sonido y la imagen. Estos preceptos permiten el interrogatorio de las testigos-víctimas porque se encuentran en algunos de los supuestos previstos de imposibilidad de comparecencia al acto de la vista oral.

Dice la norma:

«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 este, 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 estos hacerle cuantas repreguntas 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».

Por tanto, cuando se critica por el Supremo el acta remitida, probablemente se está refiriendo al precepto que acabamos de transcribir. El acta ha de contener la relación de los intervinientes y también constatar las diferentes preguntas que se han realizado. El Supremo llama inmediatez de segundo grado a esta obligación del instructor de practicar la prueba del interrogatorio de las víctimas en las circunstancias previstas.

Y, una vez practicada esa prueba, la introducción en el debate oral se hace precisa con el cumplimiento de otras garantías procesales que no indican los artículos mencionados para el procedimiento ordinario, pero que, por pura lógica, como dice la sentencia que comentamos, ha de extraerse esa consecuencia procesal del artículo 779 de la LECrim.: «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». A lo que se añade la inmediación y la publicidad. Es decir, inmediación, publicidad y contradicción son los tres principios por los que se rige la validez de la prueba preconstituida y la forma de llevar su contenido al debate oral.

Ahora, ya sabidos los pasos previos procesales de esta prueba, solo le queda al Supremo analizar si ha llegado a la vista el DVD, la transcripción de lo narrado, la relación de los testigos víctimas, la reproducción en el acto oral del DVD con el interrogatorio para su audición (aquí los reproches de la falta de índices o de una edición adecuada, etc.), el debate oral con las declaraciones de otros testigos, policías; pero salva su labor revisora con la correcta documentación de la sentencia de la Audiencia, incorporando pruebas personales relacionadas con las intervenciones telefónicas...). La reproducción del contenido del acta en su caso y la introducción del debate en la vista permiten salvar las garantías procesales, unidas a las previas –ya indicadas– durante la fase de instrucción (tal y como refiere la sentencia al invocar otras múltiples, en especial la del TC de 22 de febrero de 2013).

Por todo ello, el Tribunal Supremo dice al final que han sido practicadas todas las pruebas en condiciones de legalidad y regularidad, pues luego declararon los policías, hay resultancia de entradas y registros, intervenciones telefónicas y visionado de los vídeos grabados a los testigos protegidos. Con lo cual se cumplen la inmediación, la contradicción y la publicidad aludidas.

De otras cuestiones se ocupa la sentencia, pero nos ha parecido más relevante centrarnos en cuanto queda comentado. La simple lectura de la misma nos permitirá instruirnos sobre aspectos relativos a la suficiencia o insuficiencia de la denuncia de un testigo protegido para enervar la presunción de inocencia. Pocos argumentos utiliza el Supremo para desestimar la invocación de infracción de ley por indebida aplicación de los artículos 177 bis, 188.1.4, o 318 bis 1 y 3 del CP (este último vigente en la época de los hechos). Sí es singular la petición del derecho a un proceso con todas las garantías, por entender el recurrente que «no se ha dispuesto de traducción simultánea», cuestionando «la calidad de los intérpretes intervinientes». Al respecto, sabemos perfectamente que la falta de protesta en el acto de la vista oral, relativa a estos defectos detectados, impide analizarla en casación. Pero sí incide, una vez más, en la línea iniciada en el fundamento preliminar, porque el Supremo dice literalmente: «En todo caso, la ley procesal no prevé el sistema que el recurrente propone, por otra parte, difícilmente compatible con una administración de justicia infradotada». La falta de denuncia de los actos procesales a tiempo es otro de los motivos del rechazo de la petición.

El resto, esencialmente, pertenece a la libre valoración de prueba, y ya sabemos que el tribunal de casación mantiene los criterios de la Audiencia a falta de una infracción clara de la ley o de un proceso de integración del hecho en la norma ilógico, en todo caso contrario a los fundamentos derivados del razonamiento adecuado.