



ASOCIACION
DE JUEGES Y MAGISTRADOS
FRANCISCO DE VITORIA



Dirección
Natalia Velilla Antolín

Coordinación
Luis Cáceres Ruiz



BOLETÍN DIGITAL PENAL

NUMERO 18. OCTUBRE 2017

DELITO FISCAL. EL CASO MESSI

STS, Sala Segunda, de 24 de mayo de 2017.
Sentencia: nº 374/2017
Recurso: nº 1729/2016

MANUEL JAÉN VALLEJO
Magistrado
Juzgado de lo Penal número 4 de Getafe

LA INSTRUCCIÓN EN EL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS: LA PRUEBA PRECONSTITUIDA.

MARÍA GAVILÁN RUBIO
Profesora Universitaria



www.ajfv.es

AJFV

1. STS, SALA SEGUNDA, DE 24 DE MAYO DE 2017. SENTENCIA NÚMERO 374/2014. EL CASO MESSI.

MANUEL JAÉN VALLEJO
Magistrado

VOCES: Dignidad de la persona. Función de la pena. Libertad. Derecho a no declarar contra sí mismo. Actuar en nombre de otro. Delegación en vertical o en horizontal. Error e ignorancia deliberada. Delito continuado en el delito fiscal, estanqueidad.

La Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 374/2017, de 24 de mayo, especialmente relevante por la indudable proyección mediática de sus afectados, ha confirmado la condena del jugador del Barcelona, manteniendo los tres delitos fiscales apreciados por la Audiencia Provincial de Barcelona, rebajando la pena respecto a su padre, al aplicar también a éste la atenuante de reparación del daño. Se trata de una sentencia de especial relevancia, no sólo por la trascendencia del caso en la opinión pública, sino principalmente por las cuestiones, de alto interés, que se tratan en la misma, a algunas de las cuales me refiero en este breve comentario escrito para el Boletín de la AJFV. Esas cuestiones son las siguientes: dignidad de la persona (art. 10 de la CE); derecho a no declarar contra sí mismo (nemo tenetur se ipsum accusare) (art. 24.2 CE); actuar en nombre de otro (art. 31 del CP); tratamiento del error e «ignorancia deliberada» (art. 14 CP); y el delito continuado en el delito fiscal (art. 74 CP).

1. DIGNIDAD DE LA PERSONA.

El recurrente había planteado en su recurso la vulneración del art. 10 CE, en cuanto en él se garantiza la intangibilidad de la dignidad de la

persona, basando la vulneración en que la sentencia recurrida había utilizado al acusado para enviar «un mensaje a la ciudadanía» sobre el cumplimiento del derecho en materia fiscal, es decir, se habría utilizado al acusado como medio para lograr el objetivo de cumplimiento de los deberes fiscales por la ciudadanía en general, afectando así a su dignidad.

Se planteaba, pues, una cuestión referida a la función que ha de cumplir la pena y, por tanto, el derecho penal, una cuestión sobre la que se viene debatiendo en la doctrina desde hace siglos y, más concretamente, la cuestión planteada por el recurrente tenía que ver con las críticas que ya efectuara Kant contra la posibilidad de utilizar al acusado para el logro de ciertos fines, como parecía que se hacía en la sentencia de instancia.

Se ha debatido mucho acerca de la función de la pena¹, intentando dar respuesta, desde diferentes perspectivas, tanto al porqué se impone la pena, como al para qué de la pena. Las teorías absolutas centraron su atención en la primera de aquellas preguntas, sosteniendo así que el derecho penal tiene una función metafísica, consistente en la realización de un ideal de justicia, y que se impone la pena porque se ha cometido un delito, es decir, la pena es retribución (*punitur quia peccatum est*) y se debe imponer la misma por razones de justicia o de imperio del derecho; fines o valores absolutos. Y dentro de esas teorías, la de la retribución moral, del filósofo alemán Kant, sobre la base de que el hombre es libre, afirma que, al hacer mal uso de su libertad, se hace acreedor, en justicia, del mal de la pena; la pena, pues, viene a ser un imperativo categórico, una exigencia incondicional de la justicia, que debe imperar a toda costa. La pena, desde esta perspectiva del idealismo alemán, es un fin, porque si se convirtiera en un medio para conseguir otra meta, como se sostiene, en cambio, en el marco de las teorías relativas, se estaría tratando al hombre como un simple instrumento al servicio de ciertos fines, con menoscabo de la dignidad

¹ V. AGUDO FERNÁNDEZ, E., JAÉN VALLEJO, M., y PERRINO PÉREZ, A., *Penas, medidas y otras consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 2017, pp. 17 y ss.

humana², por lo que cualquier finalidad preventiva de la pena carecería, desde esta perspectiva, de legitimidad. Por eso, Kant justificaba la pena exclusivamente en la justicia de la misma, al retribuir en forma proporcional al mal causado.

La STS, sin embargo, centra su respuesta a la cuestión planteada en algo diferente, en la libertad, señalando al respecto que la libertad del hombre es el fundamento de la imputación al mismo de sus actos, y que la merma de la libertad del autor de un delito es constitucional y éticamente justificada, consideraciones que más bien tienen que ver con el fundamento de la culpabilidad, tradicionalmente centrado en la discusión sobre el libre albedrío, que tantos enfrentamientos dialécticos originó entre deterministas y no deterministas, en especial a finales del siglo XIX³, no con la dignidad de la persona, y con la cuestión realmente planteada de la ética de Kant, cuando este autor refiere que las personas nunca pueden ser equiparadas a las cosas, que no se las puede utilizar para motivar a otras personas.

2. DERECHO A NO DECLARAR CONTRA SÍ MISMO. (NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE).

Sin duda, este derecho fundamental constituye una pieza clave del proceso penal, tanto durante la fase de instrucción como en la del juicio oral, y guarda una estrecha relación con el derecho a guardar silencio y a no declarar que a todo detenido reconoce el art. 17.3 de la Constitución. Básicamente, significa que el acusado no tiene la obligación de decir la verdad, no tiene por qué autoinculparse o declarar contra sí, en su contra⁴. El acusado puede no responder, sin que pueda

² KANT, I., *Metaphysik der Sitten*, 1797, p. 332. Hay una traducción al español de esta relevante obra de KANT: *La metafísica de las costumbres*, Madrid, 2005 (traducción de ADELA CORTINA ORTS Y JESÚS CONILL SANCHO).

³ V., ampliamente sobre esta cuestión, Pérez del Valle, C., *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 2016, pp. 221 y ss.

⁴ V. BAJO, M. y BACIGALUPO, S., *Derecho penal económico*, Madrid, 2010, quienes concluyen afirmando que “la obligación de colaborar con la Administración, al igual que la de colaborar con la policía o con el Juez de Instrucción, queda condicionada siempre a la vigencia del derecho a no autoincriminarse” (p. 269).

utilizarse contra él ningún medio coactivo ni intimidatorio, a diferencia de los testigos, que están obligados a decir la verdad, e incluso pueden cometer delito de falso testimonio si así no lo hacen (art. 458 del Código penal).

Por consiguiente, del silencio o de la falta de colaboración del acusado con la acusación no se puede hacer derivar ninguna consecuencia negativa en su contra. Incluso, como lo ha puesto de manifiesto Bacigalupo, «el Estado es garante de que el sospechoso no se incrimine contra su voluntad, pues el Derecho vigente impone a las autoridades de persecución del delito el deber de instruir a cualquier persona que es interrogada como posible autor de un delito sobre los derechos que tiene reconocidos, especialmente sobre el derecho a guardar silencio y a no declararse culpable»⁵.

Precisamente como consecuencia de lo dispuesto en la Constitución en el art. 17.3 («ninguna persona detenida puede ser obligada a declarar») y, con carácter general, en el art. 24.2 respecto a todos los imputados, estén o no detenidos («derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpables»), que pueden acogerse a este derecho en el momento de ser sometidos a un interrogatorio, se puede entender que, desde la entrada en vigor de la Constitución, el art. 387 de la LECrim., que establece que se le debe exhortar al procesado a decir la verdad y que debe contestar conforme a la verdad las preguntas del interrogatorio, está derogado en virtud del núm. 3 de la Disposición derogatoria de la Constitución, pues, en realidad, lo que la Constitución exige es más bien lo contrario: que se instruya al acusado – esté o no detenido – de su derecho a guardar silencio y a no confesarse culpable.

El Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto que este derecho representa una garantía instrumental del derecho de defensa, especialmente vinculado con el derecho a la presunción de inocencia. Así, la Sentencia 18/2005 puso de relieve la vinculación de los derechos a “no declarar contra sí mismo” y a “no confesarse culpable” con los

⁵ *Justicia Penal y derechos fundamentales*, Madrid, 2002, p. 181.

derechos de defensa y a la presunción de inocencia, de los que, dice la Sentencia “constituyen una manifestación concreta”, pues “son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable”.

Pues bien, en el caso resuelto por la STS 374/2017, el recurrente basaba uno de sus motivos en la vulneración de este derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y, consecuentemente, de los derechos de defensa y a la presunción de inocencia, alegando que la inspección tributaria, requiriéndole para que aportara documentos que le incriminaban, debió ser paralizada, derivándose el asunto a la jurisdicción penal, pues ya había elementos suficientes que permitían tomar en consideración la existencia de un delito fiscal y, al no hacerlo, bajo sanción de multa, sometiéndole, pues, a una evidente compulsión, vulneró el derecho fundamental, causándole además indefensión y vulnerando así su derecho a la presunción de inocencia. En apoyo de su tesis, el recurrente invocaba lo dispuesto en el art. 95.3 LGT, que dispone que para el caso de que se aprecie por la Administración tributaria la posible existencia de un delito, ésta ordenará deducir el tanto de culpa remitiéndolo a la jurisdicción penal. Por su parte, el art. 250.1 LGT señala que cuando la Administración Tributaria aprecie indicios de delito contra la Hacienda Pública, debe trasladar el asunto a la jurisdicción competente, o remitir el expediente al Ministerio Fiscal, lo que supone, sin duda, activar desde ese mismo momento las garantías procesales *ex art. 24 CE*. También mencionaba el recurrente la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 17 de diciembre de 2006, *Sanders v. Reino Unido*, que rechaza que se pueda otorgar cualquier trascendencia penal a las declaraciones efectuadas

con vulneración de este derecho procesal, incluyéndose aquí también las aportaciones efectuadas de documentos bajo coacción⁶.

La STS desestima el motivo, aclarando que el hecho al que se refería la STEDH del caso Sanders invocada por el recurrente era diferente al planteado por éste, pues ni se refería a la aportación de documentos ni podía dar lugar la no aportación de documentos a un delito de desobediencia, aunque tal aportación de documentos es perfectamente equiparable a las declaraciones, siendo lo relevante, desde la perspectiva del derecho fundamental, que una y otra no se hagan voluntariamente, pues en tal caso se habrá hecho violentando el significado de aquél y, además, tampoco parece que tenga relevancia el hecho de que la compulsión consista en un delito de desobediencia o en una sanción administrativa, pues en uno y otro caso desaparece la voluntariedad.

La STS recuerda la doctrina del TC sobre el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, con cita de la Sentencia 68/2006, en el sentido de que “son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable”, y que “los citados derechos entroncan también con una de las manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia: la que sitúa en la acusación la carga de la prueba”, no pudiendo recaer en el imputado “la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación”.

⁶ V. el interesante trabajo de Alonso Tejuca, J.L, sobre “Algunos aspectos procesales vinculados al delito fiscal”, publicado por la AJFV en el Boletín Digital Penal núm. 11 (enero 2017), en donde señala este autor, con cita de varias sentencias del TEDH, que el derecho a la no autoincriminación “presupone que las autoridades deben probar los hechos que afirman, sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad del acusado” (p. 6).

Lo cierto es que la STS no aplica en el caso concreto esta doctrina por entender, siguiendo la misma jurisprudencia constitucional, que no había sido posible apreciar “la existencia del requisito subjetivo de que la coacción haya sido ejercida por el poder público sobre la persona que facilitó la información incriminatoria y que finalmente fue la destinataria de las medidas punitivas”.

3. ACTUAR EN NOMBRE DE OTRO (ART. 31 CP).

Muy criticado fue, tanto en sede de recurso como en sede de sentencia, que quedaran fuera del proceso los asesores, a los que había acudido el acusado para dar cumplimiento a sus deberes fiscales, señalando al respecto la STS que resultaba difícil de comprender que aquéllos quedaran excluidos de toda preocupación acusadora por el Ministerio Fiscal y por la Abogacía del Estado, aunque la sentencia concluye que “tan insólita actitud de esas acusaciones no puede incrementar el indeseable resultado de añadir a tal eventual impunidad la del defraudador aquí acusado”.

Ciertamente, no es comprensible que si se entendía por quienes sostenían la acusación que cuando el acusado acudió al despacho profesional, cuyo nivel técnico no se cuestiona, era para que le asesoraran sobre cómo eludir la obligación tributaria, un comportamiento, pues, alejado ya de una acción meramente neutral, cuya tipicidad no podía negarse, al representar una clara colaboración con el hecho presuntamente delictivo, los asesores quedaran fuera del proceso penal; sin duda, su participación en el proceso hubiera permitido un más efectivo esclarecimiento de los hechos realmente sucedidos.

En el recurso se sostenía que el acusado había quedado desvinculado de las declaraciones tributarias en virtud de la delegación que aquél hizo en los asesores fiscales del despacho profesional al que acudió con tal fin, por lo que éstos, y no el acusado, habrían realizado, conforme a lo dispuesto en el art. 31 CP, la acción típica. Se planteaba,

en fin, la cuestión de la delegación de la gestión del cumplimiento de los deberes fiscales, que no cabe duda exige contar con conocimientos especiales, desde el sujeto obligado a favor de un *extraneus*.

Según el art. 31 CP⁷, “el que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”. El tenor de este texto legal, pues, es claro: si la acción la realiza el administrador o representante de otro, éste será el responsable, aunque no concurren en las condiciones que el delito especial exija, en el caso del delito fiscal, que él no sea el obligado tributario.

La explicación de esta figura del actuar en nombre de otro se ha encontrado en la doctrina en la necesidad de delegación de la gestión del cumplimiento de deberes que requieren conocimientos especiales, como es el caso del deber fiscal⁸.

Sin embargo, la STS rechaza la aplicación del art. 31 CP, distinguiendo según que la delegación tenga lugar en vertical o en horizontal, admitiéndola sólo en el primer caso. Así, dice la STS que cuando la acción delictiva tiene lugar en el marco de una organización jerarquizada y compleja en lo económico y en lo jurídico, poniendo como ejemplo el caso de una empresa de la que derivan daños ambientales, “la creación del riesgo por la empresa, con pluralidad de sujetos,

⁷ Artículo incorporado al CP por la Ley Orgánica 8/1983, inicialmente como art. 15 bis, con el fin de atender el legislador a la necesidad de cubrir la laguna existente en la “actuación en nombre de otro”; v. Jaén Vallejo, M., en la obra colectiva (dirigida por J. Barja de Quiroga y L. Rodríguez Ramos), *Código penal comentado*, Madrid, 1990 (comentario al art. 15 bis).

⁸ Cfr., en este sentido, BACIGALUPO, E., en “Cuestiones de la autoría y la participación en el delito fiscal”, *Diario La Ley*, nº 8715, de 4-4-2016, con cita de la STS de 26-3-1994, en la que se afirmó que “el ordenamiento jurídico reconoce valor exonerante de la responsabilidad a la delegación de la posición de garante, cuanto tal delegación se efectúa en personas capacitadas para la función y que disponen de los medios necesarios para la ejecución de los cometidos que corresponden al deber de actuar” (p. 8).

generalmente relacionados entre sí jerárquicamente, obliga a la búsqueda de criterios de imputación para determinar quién de aquellos es criminalmente responsable”, pero cuando la pluralidad de intervinientes se desarrolla horizontalmente (codelincuencia), “fuera del marco de una organización económica o jurídica compleja y que puede dar lugar a responsabilidades penales plurales, ya de coautoría ya de participación, resulta extraño el concepto mismo de delegación”, de tal manera que, añade la STS, en este supuesto “la «distribución de funciones» entre los partícipes acarrea entonces acumulación de responsables criminales”, “en ningún caso exoneración de ninguno”. Finalmente, la STS concluye que “la referencia a la ineludible demanda de asesoramiento técnico en sociedades complejas y en el ámbito de actuación referida a determinados deberes, podría dar lugar a reflexiones en el ámbito de la culpabilidad cuestionando la exigibilidad de una conducta diversa a la seguida por el autor”, “pero en modo alguno en el ámbito del examen de concurrencia del elemento objetivo del tipo”.

No cabe duda del interés del planteamiento sugerido por la STS, en verdad muy discutible, pero tampoco cabe duda del interés de la tesis planteada por el recurrente sobre la figura del actuar en nombre de otro del art. 31 CP, probablemente no resuelta aún en forma definitiva.

4. TRATAMIENTO DEL ERROR E «IGNORANCIA DELIBERADA» (ART. 14 CP).

Probablemente sea una de las cuestiones principales del caso⁹, pues si como se argumentaba en el recurso ninguno de los recurrentes sabía cómo cumplir adecuadamente con las obligaciones fiscales, razón por la que acudieron a un despacho especializado, la cuestión del error era esencial.

⁹ V., JAÉN VALLEJO, M., “Dolo, error y prueba del dolo: análisis crítico de jurisprudencia”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 100/2010, pp. 205 y ss.

Los hechos probados de la sentencia de instancia, de los que siempre hay que partir, dada su intangibilidad, a la que reiteradamente se ha referido el alto Tribunal, reflejaban que los recurrentes habían acudido a un despacho profesional para que se ocupara de presentar las correspondientes declaraciones tributarias y llevara a cabo labores de asesoramiento en materia fiscal internacional, dado su desconocimiento sobre la materia, no que hubieran acudido al mismo para que les asesoraran sobre cómo engañar a la Hacienda pública; y si así hubiera sido, lo coherente es que el procedimiento, como se dijo, hubiera estado dirigido también contra los asesores del despacho. Es decir, no se comprende bien que, por un lado, se pueda entender que cuando se acudió al despacho profesional no era solo para que se les informara sobre las obligaciones tributarias y su cumplimiento sino para que se les informara sobre cómo eludir esas obligaciones y, por otro lado, no se haya perseguido también ese fraude fiscal actuando sobre aquellos pretendidos corresponsables del mismo.

Naturalmente, la cuestión planteada afectaba al dolo y, en consecuencia, al eventual error en que se hubiera podido incurrir. El propio Ministerio Fiscal, en el informe emitido en casación, reconocía que la hipótesis de que el contribuyente pueda actuar confiando plenamente en las indicaciones de quien le presta asesoramiento jurídico es imaginable y no extravagante, aunque concluyendo que no se le vulneró su derecho a la presunción de inocencia porque actuó con indiferencia grave queriendo permanecer en la ignorancia sin acceder a informaciones que eran relevantes, una especie, pues, de «ignorancia deliberada», una construcción que aunque rechazada en la STS comentada por entender, correctamente, que “en el derecho vigente no cabe ni la presunción del dolo, ni eliminar sin más las exigencias probatorias del elemento cognitivo del dolo”, se ha aplicado en algunas Sentencias del TS. Por ejemplo, a ella se refería la Sentencia 946/2002, de 22 de mayo, cuando decía que “quien no quiere saber aquello que puede y debe conocer y, sin embargo, trata de beneficiarse de dicha situación, si es descubierto no puede alegar ignorancia alguna, y debe

responder de las consecuencias de su ilícito actuar”, equiparando, pues, la ignorancia deliberada, el no querer saber algo con el objetivo de evitar una posible responsabilidad, con el conocimiento requerido por el dolo (*willfull blindness*: ceguera intencional)¹⁰. La STS comentada rechaza la expresión y la aplicación de la «ignorancia deliberada» al caso, pero afirma el dolo entendiendo que “la consciencia y voluntad del método y resultado fraudulento en relación al deber de tributar por IRPF, viene evidenciado por los datos objetivos constatados por prueba directa e indiciaria que acreditan los actos que se dicen ejecutados material y directamente por el acusado y que permiten inferir consciencia y voluntad de que con tales actos eludía el debido pago fiscal”.

En el recurso planteado se había alegado la indebida inaplicación del art. 14.3 CP (error de prohibición), en relación con el art. 305 CP, así como la vulneración del art. 24.1 en relación al 120.3, ambos de la CE, argumentando al efecto que la sentencia de instancia condenó a pesar de haber planteado la posibilidad de un error de prohibición, pero sin motivar su desestimación; en el recurso se alegaba que si un lego en derecho recurre a especialistas en materia fiscal para que lo asesoren, pagando por el asesoramiento, importantes honorarios, no actúa con indiferencia, ni ha querido deliberadamente ignorar cuáles eran sus obligaciones fiscales. La STS rechaza de plano el argumento, aunque con cierta confusión entre las dos modalidades de error que contiene el art. 14 CP, pues al referirse al conocimiento de los elementos del tipo penal del art. 305 CP comprende la conciencia de la antijuricidad, sin tener en cuenta que una cosa es el conocimiento del dolo, perteneciente a la tipicidad, y otra la consciencia (potencial) de la ilicitud del hecho, perteneciente a la culpabilidad, niveles diferentes de la estructura del delito, luego con presupuestos igualmente diferentes.

En el recurso se había señalado, como lo indica la propia STS, que debió apreciarse error en el acusado, por cuanto que el Ministerio Fiscal

¹⁰ V. PÉREZ DEL VALLE, C., *Conciencia y Derecho penal*, Granada, 1994, pp. 82 y ss., en relación a la ceguera jurídica (Mezguer).

y la Abogacía del Estado, al no haber formulado acusación contra los asesores, debieron considerar que en tal error incurrieron éstos, a lo que la STS responde que aun compartiendo con el recurrente su perplejidad por la no persecución de los asesores, pues “no se acierta a encontrar coherencia entre esa estrategia procesal, que garantiza impunidad a tales profesionales, y funda la acusación al recurrente en el empleo de las fórmulas que éstos crearon y suministraron al acusado, incluso hasta gestionar su puesta en práctica”, “la impunidad acarreada a los asesores no puede erróneamente incrementarse con su reiteración respecto del acusado, sin claudicación del deber de sancionar los hechos constitutivos de delito”, razón por la que concluye que no cabe hablar en el caso concreto ni de exclusión del tipo ni de minoración del juicio de reproche de culpabilidad.

5. DELITO CONTINUADO EN EL DELITO FISCAL (ART. 74 CP).

Otra cuestión especialmente interesante es la del delito continuado y su eventual aplicación al caso resuelto, que es precisamente la que motivó la discrepancia de varios magistrados, quienes emitieron voto particular al respecto. Durante mucho tiempo el alto Tribunal ha venido entendiendo la imposibilidad de aplicación del delito continuado en el delito fiscal, siendo el hecho correspondiente a cada ejercicio fiscal un delito, por lo que debe aplicarse el concurso real; básicamente, por entenderse que este delito tiene una característica muy especial, la de la estanqueidad. El delito fiscal es un delito fiscal, se ha venido afirmando, que no permite adicionar las cuotas defraudadas, imposibilitando la aplicación del delito continuado. En cambio, tratándose de otros impuestos, como el IVA, que también es temporal, repitiéndose cada tres meses, sí ha aplicado el TS el delito continuado, algo, en verdad, discutible.

El recurrente alegaba en su recurso un error de derecho por la inaplicación de la continuidad delictiva en relación con los tres delitos fiscales del art. 305 CP por los que había recaído la condena, sin

haberse aplicado el art. 74 CP, argumentando que aunque la jurisprudencia ha sido renuente a la aplicación de esta figura en el delito fiscal, existe una jurisprudencia que no la ha impedido, y que la denegación de su aplicación ha estado referida a tributos de distinta naturaleza, añadiendo que en el caso concreto se deriva del hecho probado que ha existido un procedimiento estable y permanente en el tiempo, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, por lo que era plausible la aplicación de la continuidad delictiva del art. 74 CP, permitiendo así “superar algunos inconvenientes del sistema de acumulación jurídica propia del concurso real, en particular en los delitos patrimoniales cuando la pena a imponer resulta desproporcionada”, de manera que “considerándolas conjuntamente como un único hecho, permite ajustar la pena a su auténtica gravedad”.

La STS, aun reconociendo la “gran corrección técnica” del motivo, lo desestima, oponiendo que la cuestión no había sido planteada en la instancia, aunque ello no sea motivo para su planteamiento en sede de casación, que las defraudaciones eran suficientemente importantes como para considerar el argumento de la proporcionalidad, y que el apoyo jurisprudencial del recurso tampoco era relevante, pues la jurisprudencia ha venido afirmando la no aplicación de la continuidad delictiva al delito fiscal, citando la STS 88/2017. Dice la STS que “la exclusión no es tanto porque el delito contra la Hacienda pública no participe de la naturaleza de delito patrimonial, pues podía ampararse en una interpretación analógica favorecedora”, sino que “la exclusión se produce porque el art. 305 CP exige como condición objetiva una cuantía defraudada, los 120.000 euros en un período impositivo concreto, para cuya determinación el art. 305 CP prevé unas reglas especiales de determinación, ajenas a la mera causalidad de la acción realizada”, “y hacen que cada hecho típico sea estanco conformado por un período impositivo, el año, y una cuota, 120.000 euros”.

Como excepciones a la inaplicación del delito continuado en el delito fiscal menciona la infracción tributaria referida al IVA y otros supuestos con períodos tributarios cortos o referidos a actuaciones generadoras de la obligación específicos, dada la especial configuración de la infracción tributaria en estos supuestos. Luego de recordar que el delito fiscal participa de la categoría de los delitos en blanco, y participa de los denominados delitos de infracción de deber, señala que “la redacción típica del delito fiscal, con la doble exigencia de un período impositivo, en el caso de un año de duración, y la exigencia de una cuota defraudada de 120.000 euros, permite establecer que en su conformación no pueden adicionarse otros impuestos distintos entre sí, que no caben formas imperfectas y que no cabe conformar la cantidad con defraudaciones de distinta anualidad”, aludiéndose así, añade la STS, a un criterio conocido en la jurisprudencia como de “estanqueidad”, en referencia a la exigencia de una cuota tributaria defraudada, 120.000 euros, en un concreto período del tributo correspondiente.

En cambio, en el voto particular emitido por el propio ponente de la sentencia, se concluye afirmando la compatibilidad del art. 305.2 CP con la previsión del art. 74.1 CP, por entender el magistrado disidente que en el caso resuelto existía una pluralidad de hechos, realizados aprovechando la misma ocasión, con unidad de plan, siendo el deber fiscal siempre el mismo, esto es, el derivado de la ley reguladora del IRPF, y el mismo tipo penal en los tres hechos cometidos, y el sujeto titular del derecho defraudado siempre el mismo, esto es, la Hacienda Española. En sentido similar, a favor de la aplicación del delito continuado, emitió voto particular el Magistrado D. Andrés Palomo del Arco, aunque advirtiendo que no siempre el delito continuado aminora las penas resultantes del concurso real. Otro voto particular, en cambio, el del Magistrado D. Alberto Jorge Barreiro, aparte de compartir la inaplicación del delito continuado por razones vinculadas al elemento objetivo de esta figura, añade la imposibilidad de su concurrencia por

no concurrir tampoco el elemento subjetivo propio de la continuidad delictiva.

STS 24 MAYO 2017. Roj: STS 1885/2017 - ECLI: ES:TS:2017:1885

BIBLIOGRAFÍA

AGUDO FERNÁNDEZ, E., JAÉN VALLEJO, M., y PERRINO PÉREZ, A., *Penas, medidas y otras consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 2017.

ALONSO TEJUCA, J.L., «Algunos aspectos procesales vinculados al delito fiscal», *Boletín Digital Penal, AJFV*, núm. 1, enero 2017.

BACIGALUPO, E., *Justicia Penal y derechos fundamentales*, Madrid, 2002.

- «Cuestiones de la autoría y la participación en el delito fiscal», *Diario La Ley*, nº 8715, de 4-4-2016.

BAJO, M., BACIGALUPO, S., *Derecho penal económico*, Madrid, 2010.

JAÉN VALLEJO, M., *Código penal comentado*, BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L. -directores-, Madrid, 1990, comentario al art. 15 bis.

- Dolo, error y prueba del dolo: análisis crítico de jurisprudencia”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 100/2010.

KANT, I., *Metaphysik der Sitten*, 1797 (*La metafísica de las costumbres*), Madrid, 2005 (traducción de CORTINA ORTS, A., CONILL SANCHO, J.).

PÉREZ DEL VALLE, C., *Conciencia y Derecho penal*, Granada, 1994.

- *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 2016.

2. LA INSTRUCCIÓN EN EL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS: LA PRUEBA PRECONSTITUÍDA

MARÍA GAVILÁN RUBIO

Profesora de Universidad

VOCES: Trata de Seres Humanos. Prueba preconstituida. Explotación sexual. Prostitución. Instrucción. Esclavitud.

1. INTRODUCCIÓN.

La TSH se constituye como la moderna de esclavitud, la esclavitud del siglo XXI, que incide de manera especial en determinados colectivos, como las mujeres en situación de vulnerabilidad, menores de edad y personas extranjeras en situación administrativa irregular. Es un fenómeno que afecta a un gran número de países que se ven afectados por la presencia de redes criminales que se dedican a la compra, venta y explotación de seres humanos. Evitar y combatir el tráfico de seres humanos, a tenor de la Directiva 2011/36/UE ha de ser una prioridad de los Estados, que han de combatir esta delincuencia, y más allá, proteger y dar asistencia y todo tipo de apoyo a las víctimas (alojamiento, tratamiento médico, asistencia psicológica y jurídica, información, servicios de traducción e interpretación si es necesario, acceso a la educación en el caso de los menores de edad, etc.). Por ello se hace imprescindible reforzar la cooperación y la coordinación entre autoridades policiales, judiciales, fiscales, letrados y organizaciones de cada territorio con experiencia en la asistencia a las víctimas¹¹.

Las notas esenciales de la esclavitud contemporánea pasan por la tolerancia social e invisibilización del problema lo que se proyecta sobre

¹¹ MONTALBÁN HUERTAS, I. “La trata de seres humanos. El Derecho y la esclavitud en el siglo XXI” en *Cuadernos Digitales de formación del CGPJ*, número 10, 2016.

la actuación policial y judicial; pues, la principal prueba de cargo suele ser el testimonio de las víctimas, en su inmensa mayoría mujeres que, generalmente, tienen miedo por las amenazas recibidas y carecen de redes sociales de apoyo.

Así mismo, y en relación con esto, debemos destacar que la prostitución es un fenómeno con un claro componente de género y de dimensión mundial que afecta en torno a 40-42 millones de personas en todo el mundo, siendo la inmensa mayoría de las personas que se prostituyen mujeres y niñas, y casi la totalidad de los usuarios hombres¹². Por ello, no hemos de perder de vista la perspectiva de género, y podemos concluir que la causa y consecuencia de este fenómeno es la desigualdad de género, lo que agrava aún más el problema. Los datos de la UE ponen de manifiesto que la actual política de lucha contra el tráfico de seres humanos no es eficaz y que hay un problema para identificar y perseguir a los responsables, por lo que la solución del problema pasa por reforzar la investigación y la persecución y condena de los traficantes de seres humanos. Los convenios y documentos internacionales destacan la importancia de una formación adecuada de los servicios de policía y del personal del sistema judicial en los distintos aspectos de la TSH con fines de explotación sexual.

2. LA DIFICULTADES PROBATORIAS: IDENTIFICACIÓN DE LAS VÍCTIMAS, TESTIGOS PROTEGIDOS, Y PRUEBA PRECONSTITUÍDA

Quizá el principal problema, desde el punto de vista de la persecución penal, radica en que se centra la investigación del delito en el testimonio de la víctima. Se concluye necesario profundizar en otros medios y técnicas de investigación propios de la delincuencia organizada. Habría que aplicar estrategias globales basadas en los

¹² Estas declaraciones se contienen en la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de febrero de 2014, sobre explotación sexual y prostitución, y su impacto en la igualdad de género. Identifica estos fenómenos como una forma de violencia contra la mujer y una violación de la dignidad humana y de la igualdad de género, que encuentra su causa última en la desigualdad de hombres y mujeres, y en la pobreza.

derechos humanos, especialmente para las víctimas que tienen que ser atendidas en primer lugar por encima de cualquier otra consideración. Debemos destacar que la TSH se trata de un proceso delictivo, en lugar de un acto delictivo único. No debemos descuidar la investigación de las actividades delictivas asociadas y la frecuente participación de grupos delictivos organizados¹³.

Los juzgados de instrucción debemos acudir a menudo en este tipo de instrucciones al auxilio judicial internacional, con el fin de la persecución transnacional de este tipo de delitos, encontrándonos con instrucciones muy complejas y grandes dificultades, como la dificultad para identificar a las víctimas, la tardanza que a menudo supone el auxilio, lo que se contrapone con la urgencia en la instrucción de los procedimientos, y plazos, ya sea a los que la propia instrucción se encuentra sometida como los plazos de las prisiones provisionales, la necesidad de intérpretes y traductores adecuados (lo cual no siempre es así, al hablar muchas veces las víctimas dialectos), y, además, se centra la investigación en el testimonio de las víctimas y, después, también se da prevalencia en el juicio a dichos testimonios¹⁴.

Siguiendo a BERMEJO ROMERO, desde el punto de vista de auxilio judicial, existen tres grandes enfoques que no se excluyen mutuamente:

1º) la investigación reactiva, en base a los testimonios de las víctimas; 2º) la investigación proactiva (originada por información confidencial, en base a actuaciones policiales) y finalmente 3º) la investigación de desarticulación (opción basada en la actuación policial cuando ninguna de las otras dos opciones resulta indicada). La investigación reactiva, que es la forma más utilizada en la práctica

¹³ BERMEJO ROMERO DE TERREROS, J. A.: “ Formas e instrumentos de cooperación judicial internacional en el delito de trata de personas” disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20de%20Juan%20Andrés%20Bermejo%20Romero%20de%20Terreros.pdf?idFile=c0bbf9b3-a2c2-4675-ba40-ad541c6d5d9f

¹⁴ GARCÍA ORTIZ, L. “Análisis de las cuestiones que plantea la prueba en el delito de trata de seres humanos” en *Cuadernos digitales de Formación del CGPJ*, número 21, 2015.

policial, debería abandonarse por investigaciones proactivas que se sirvan de técnicas especiales de investigación. La experiencia nos demuestra que las víctimas-testigos no suelen denunciar y se muestran reacias en ocasiones a colaborar en el proceso penal contra los autores del delito, ya que sufren con demasiada frecuencia una revictimización al enfrentarse con un sistema judicial poco sensibilizado ante esta realidad, sin recursos humanos y materiales suficientes para realizar una efectiva protección de testigos.

La praxis pone de manifiesto que sería conveniente recurrir a otros medios y técnicas de investigación, comunes para otros delitos, como, a modo de ejemplo, las intervenciones telefónicas, los operativos policiales (vigilancias y seguimientos de personas y de cosas, la búsqueda de información en base de datos e internet), rastreo de telecomunicaciones, la interceptación y grabación de otras formas de telecomunicación, la inspección de lugares públicos, la televigilancia, y medios de investigación específicos como la recopilación y análisis de información confidencial (entre los Estados y en ocasiones con la colaboración de los delincuentes), para la localización de las víctimas y por ende de los tratantes, con base en actuaciones policiales, sin hacerlo residir únicamente en la cooperación de la víctima, investigación paralela financiera, lo que es toda la ingeniería societaria de la organización, entregas vigiladas, vigilancia electrónica y operaciones encubiertas, que se recogen en el art. 20 de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente la de Mujeres y Niños, delincuentes colaboradores: informantes o testigos, con mitigación de pena o inmunidad judicial, operaciones y vigilancias transfronterizas.

También resulta de interés, en los casos en que las víctimas son menores de edad, cuando los tratantes simulan que las víctimas son mayores de edad para que sean admitidas a trabajar en locales de prostitución y con ese fin es habitual que se falsifiquen tarjetas de identidad y demás documentación, que una vez interceptadas deben ser

objeto de la correspondiente pericia, así como sus certificados originales de nacimiento o pasaportes auténticos, por parte de dos peritos, pues, por la elevada pena prevista para este delito, la causa se tramita por el cauce del sumario.

Debemos destacar la importancia de la labor policial en el descubrimiento de estos delitos mediante una investigación amplia y coordinada de las actividades que desarrollan los tratantes en las distintas etapas, con el fin de obtener pruebas materiales en cualquiera de las etapas del proceso. Así, en el proceso de captación, en las actividades de publicidad, alquiler de locales (pisos francos, prostíbulos, talleres donde se explota a los trabajadores), transporte (documentos de identidad y de viaje), comunicaciones (organización de la captación y explotación), transacciones financieras, etc. dirigidas a identificar e incriminación de los tratantes.

Por lo que se refiere a la protección de los testigos, en España se encuentra regulado por la Ley Orgánica 19/1994, de protección de testigos y peritos en causas criminales, la cual recoge unas normas destinadas a salvaguardar a los testigos y peritos que van a colaborar con la justicia, prestando su testimonio, tendente a incriminar a los culpables, y que exista en consecuencia una situación objetiva de riesgo para el testigo, apreciada por el juez o jueza. Es una regulación claramente insuficiente, a la par que obsoleta, que debe ser, cuanto menos, objeto de un desarrollo reglamentario con un programa de protección de testigos más amplio y concreto, que pase por detallar específicas necesidades de protección de las víctimas, en armonía con el Estatuto de víctima del delito. Las medidas previstas en la LO 19/1994 consisten, básicamente, en que no conste en el procedimiento ningún dato identificativos de la víctima ni de los testigos, denominando a la víctima con un número o cualquier otra clave, que al practicar cualquier diligencia en el juzgado o fuera de éste, y se utilice cualquier procedimiento que imposibilite su identificación mediante la distorsión de la imagen o de la voz (utilización de un procedimiento que

imposibilite su identificación visual normal); se fijará, a tenor de la Ley, como domicilio a efectos de citaciones y notificaciones el mismo juzgado, que las hará llegar reservadamente al destinatario/a o pueden ser recogidas en el órgano judicial; protección policial para la víctima; y, en los casos más extremos, habitualmente en supuestos de delincuencia organizada, se puede facilitar una nueva identidad a las víctimas y testigos, así como medios económicos para cambio de residencia y trabajo. Pero en aras de garantizar el derecho de defensa en el plenario se podrá conocer la identidad del testigo protegido.

Al amparo del Estatuto de víctima del delito se llevará a cabo la evaluación de los riesgos existentes, y la unidad policial informará a la víctima de los posibles riesgos y de las medidas de protección y seguridad que es necesario adoptar, que pudieren consistir en facilitar un teléfono de comunicación permanente con el personal encargado de la investigación, informar a la víctima sobre medidas de autoprotección, con la posible inclusión de la necesidad de que permanezca en un alojamiento seguro o de su traslado a otra comunidad autónoma, así como sobre la conveniencia de que comunique cualquier cambio de domicilio y otras adecuadas a su situación de riesgo. También se dice en el protocolo que las fuerzas y cuerpos de seguridad, en lo que respecta a las medidas de protección, estarán a lo dispuesto por el Ministerio Fiscal.

Estas medidas se harán extensivas a las hijas e hijos menores o con discapacidad de las víctimas, cuando se encuentren en España, así como, en su caso y con carácter extraordinario, a aquellas otras personas que se encuentren en España con las que la víctima tenga vínculos familiares o de cualquier otra naturaleza, cuando se acredite que la situación de desprotección en que quedarán frente a los presuntos tratantes constituye un obstáculo insuperable para que la víctima acceda a cooperar.

Así mismo, se puede llevar a cabo la protección de las víctimas mediante la adopción de alguna de las medidas cautelares que recoge

nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal en sus arts. 13, 504,544 bis y 731 bis, como lo son la prisión provisional de los presuntos culpables, prohibiciones de acercamiento, comunicación y residencia en determinados lugares, o que las declaraciones que la víctima tenga que hacer en los juzgados o tribunales se realicen a través de videoconferencia o evitando cualquier confrontación visual con los imputados que puedan intimidarle y afectar a su testimonio, así como cualquiera otras necesarias para su protección, según se valore en cada caso en concreto.

La presencia de la víctima es necesaria tanto en la fase de instrucción como en el acto del juicio, si bien, en caso de que no sea localizada, o cuando existan indicios para que pueda dejar de serlo (en ocasiones con escaso arraigo en España), es posible que el juez o la jueza de instrucción practique la declaración de la víctima como prueba preconstituida, garantizando la debida contradicción y demás garantías legales, pudiendo llevarse a cabo la grabación de la misma para su reproducción en el acto del juicio. Podremos en aras de garantizar la seguridad de la víctima utilizar medios como un distorsionador de voz, pelucas, gafas, etc. para evitar que el acusado pueda verlas en el acto del juicio a través de la grabación, al igual que se podría hacer en el mismo acto del plenario, en su caso.

2.1. La prueba preconstituida.

La prueba preconstituida constituye un instrumento idóneo para evitar la doble victimización de la víctima, y la práctica forense así lo demuestra. Se venía considerando como una diligencia inusual y excepcional en la instrucción, pero en los delitos de trata debe considerarse como habitual y recomendable. A mayor abundamiento el Estatuto de víctima del delito lo pone de manifiesto.

En los últimos tiempos nuestro marco normativo-procesal ha experimentado una notable modificación que ha repercutido

favorablemente en la mejora de la protección de los intereses de las víctimas, en adecuado equilibrio con los derechos de todo acusado.

En el caso del testimonio de personas especialmente vulnerables que han sido víctimas de un delito de TSH como el que nos ocupa, la causa legítima que justifica la pretensión de impedir, limitar o modular su presencia en el juicio oral para someterse al interrogatorio personal de la acusación y la defensa, tiene que ver tanto con la naturaleza del delito investigado (que puede reclamar una mayor garantía de su intimidad) como con la necesidad de preservar su estabilidad emocional y normal desarrollo personal.

Así, la *Decisión Marco 2001/220/JAI, del Consejo, de 15/03/2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal* dispone en su artículo 2.2, que "Los Estados miembros velarán por que se brinde a las víctimas especialmente vulnerables un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación"; en el artículo 3, que "Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que sus autoridades sólo interroguen a la víctima en la medida necesaria para el proceso penal"; y en el artículo 8. 4, que "Los Estados miembros garantizarán, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho". Disposiciones respecto de las que el *Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia de 16 de junio de 2005, en el caso Pupino*, entendió que deberían interpretarse en el sentido de que "el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que aleguen haber sido víctima de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta"

En este sentido, La Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito, que ciertamente entró en vigor tras la celebración de la vista, dispone en el artículo 26 que cuando se trate de víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección 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, así como que la declaración podrá recibirse por medio de expertos.

Además, modifica varios artículos de la LECr. En el artículo 433 se dispone que 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. El Juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales.

En el artículo 448 se dice 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 inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba.

En el artículo 707, se dispone que la declaración de los testigos menores de edad o con discapacidad necesitados de especial protección, 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.

Y en el artículo 730, que 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 aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección.

Sin embargo, esa misma doctrina (SSTS 96/2009 de 10 de marzo, 743/2010, de 17 de junio; 593/2012, de 17 de julio; y 19/2013, de 9 de enero, entre otras) también señala que la «imposibilidad» de practicar una prueba testifical en el juicio oral, exigible para justificar la práctica anticipada de la prueba durante la instrucción, incluye los supuestos de menores víctimas de delitos sexuales, con el fin de evitar los riesgos de victimización secundaria, especialmente importantes en menores de muy corta edad y víctimas necesitadas de especial protección, cuando sea previsible que dicha comparecencia pueda ocasionarles daños psicológicos. Lo cual se ha vinculado con la existencia de razones fundadas y explícitas, generalmente contenidas en un informe psicológico sobre un posible riesgo para los menores en caso de comparecer y verse sometidos al interrogatorio de las partes. En esos casos ha de actuarse siempre salvaguardando el derecho de defensa del acusado, por lo que tiene que sustituirse la declaración en el juicio por la reproducción videográfica de la grabación de la exploración realizada durante la instrucción judicial de la causa, en cuyo desarrollo haya sido debidamente preservado el derecho de las partes a introducir a los menores cuantas preguntas y aclaraciones estimen necesarias, y ordinariamente practicada en fechas próximas a

las de ocurrencia de los hechos perseguidos. Esto le ha de ser aplicado así mismo a las víctimas de TSH.

En este sentido, la STS nº 19/2013, de 9 de enero, señalaba que atendiendo a los compromisos internacionales contraídos (Convención de las Naciones Unidas de 20 noviembre 1989, sobre los Derechos del Niño y Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal), hemos apuntado que nuestro ordenamiento procesal y la jurisprudencia constitucional y de esta Sala que lo interpreta -cfr. STS 80/2012, 10 de febrero y STC 174/2011, 7 de noviembre, entre otras- no son ajenos a estas necesidades. Así, a través de los arts. 433, 448, 455, 707, 731 bis, 777.2 y 797.2 LECr, es posible, ya desde la fase de instrucción, dar protección a los intereses de la víctima sin desatender el derecho de defensa, acordando que la exploración de los menores se realice ante expertos, en presencia del Ministerio Fiscal, acordando su grabación para una posterior utilización y asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes; como es legítimo que la exploración se realice, en todo caso, evitando la confrontación visual con el inculpado, a cuyo fin se utilizará cualquier medio técnico que lo haga posible, previéndose expresamente la utilización de la videoconferencia como procedimiento de realización del interrogatorio.

Por ello, si se comprueba que la diligencia se ha practicado con todas las garantías, se llevó a cabo ante expertos si fuera necesario, en condiciones de óptima calidad victimológica y con indiscutible vigor contradictorio por la presencia de las partes, el testimonio de las víctimas se llevará a cabo en el plenario por vía de reproducción de prueba preconstituida (grabación de la exploración previa realizadas en instrucción) con la presencia de las partes y los psicólogos si hubieren intervenido, en evitación del riesgo de una victimización secundaria.

La STS de la Sala 2.^a, rec. núm. 10576/2013, de 04/02/2014, establece que "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"¹⁵.

Con mayor contundencia establece la idoneidad de este mecanismo probatorio la STS de 4 de febrero de 2014¹⁶, que establece que si concurre – como en el caso de autos, un supuesto de TSH-, el requisito material, dada la imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral de la declaración de la testigo- víctima, al encontrarse en ignorado paradero, tratándose de una ciudadana extranjera que había abandonado el territorio español, no siendo posible su localización; concurre el requisito subjetivo, pues la declaración a la que se dio lectura fue prestada en el sumario, en presencia y con intervención del Juez de Instrucción, como consta en los folios correspondientes de las actuaciones; concurre el requisito objetivo, pues consta que en la declaración sumarial estuvieron presentes los abogados de los imputados, garantizándose la posibilidad de contradicción y el derecho fundamental a la asistencia letrada de los imputados, a fin de que pueda interrogar al testigo. Por ello la incomparecencia al juicio no causó indefensión alguna a los acusados, pues en ese momento anterior, con todas las garantías, tuvieron la oportunidad de someter la declaración a contradicción, planteando las preguntas que tuvieron por conveniente; y concurre el requisito formal, pues se procedió formalmente en el juicio a la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo previsto en el art. 730 Lecrim., y según consta debidamente documentado en el acta del juicio.

En consecuencia, la garantía y certeza del testimonio, proviene de haberse realizado a presencia del Juez de Instrucción y bajo la fe

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, rec. núm. 10576/2013, de 04/02/2014. ROJ: STS 1291/2014. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es>

¹⁶ STS 53/2014 de 4 de febrero, Sala II.

pública del Secretario judicial. La contradicción y el derecho de defensa se han garantizado mediante la intervención de los letrados en la declaración sumarial y asimismo a través de la lectura de la declaración en el acto del juicio, con posibilidad de la defensa de cuestionar su contenido en relación con el conjunto de las pruebas practicadas en el propio juicio.

Cumplíendose los requisitos de validez de la prueba de cargo, es el Tribunal sentenciador debe valorar su credibilidad, atendiendo a la coherencia interna y externa de la declaración, a los elementos periféricos que puedan reforzarla y al contraste con el resto de las pruebas practicadas.

El hecho de acudir a la preconstitución probatoria durante la fase de instrucción, en los términos previstos en el arts. 433, párrafo último, y 448, párrafo último, LECrim, puede eximir a la víctima de prestar declaración como testigo en el acto del juicio oral, si se ha practicado con todas las garantías procesales.

La preconstitución probatoria sea llevada a cabo por profesionales expertos (psicólogos infantiles...) o sin ellos, bajo la directa dirección y supervisión judicial, con la presencia de todas las partes, aunque sin confrontación visual con la víctima (por ejemplo, la entrevista cognitiva mediante la utilización de la conocida como Sala o Cámara *Gessel*), es un instrumento adecuado que evita en gran medida la revictimización y posibilita obtener una información de alta calidad epistémica. En estas condiciones, no sería necesaria una declaración de la víctima en el acto del juicio oral, pues la misma sería sustituida por el visionado de la grabación de la entrevista realizada en fase de investigación, que podrá ser complementada, especialmente en el caso de menores, con una prueba pericial psicológica, o informe de verosimilitud del testimonio, que identificara la concurrencia de indicadores de credibilidad de sus manifestaciones.

La práctica de esta diligencia, practicada ante el juez de instrucción, debe reunir como hemos visto, una serie de requisitos

(debe practicarse bajo la fe pública del secretario judicial y con la intervención del Ministerio Fiscal y del letrado o letrados de los investigados, si bien puede plantearse el problema de que en el momento en que se practique aún no se haya dirigido la causa contra todos los imputados, y tan solo estén presentes los letrados de las personas imputadas en ese momento, lo que imposibilita al resto de defensas, llegadas a la causa con posterioridad, que puedan interrogar, cuestión que será analizada posteriormente)

En conclusión, requeriremos una serie de requisitos para practicar la prueba preconstituida:

a) materiales: que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral- si bien el Estatuto de la víctima del delito lo recomienda y fomenta en aras de evitar la doble victimización-

b) subjetivos: la necesaria intervención del juez de instrucción y bajo la fe pública del Letrado de la Administración de Justicia.

c) objetivos: que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el abogado del investigado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo.

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 el visionado de la prueba, o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron en el juicio oral.

La STC 345/2016 establece que "En este contexto hemos de recordar que 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 por sí misma los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del art. 6 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral y que se hayan respetado los derechos de

defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar el testimonio de cargo e interrogar a su autor bien cuando se presta, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski, § 41; 15 de junio de 1992, caso Lüdi, § 47; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros, § 51; 11 de noviembre de 2005, caso Bocos-Cuesta, § 68, y de 20 de abril de 2006, caso Carta, § 49). Como el Tribunal Europeo ha declarado en la Sentencia de 27 de febrero de 2001, caso Lucà, § 40, "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".

En la STEDH dictada en el caso *A. S. contra Finlandia*, de 28 septiembre 2010, se declaró que, en la necesidad de lograr un adecuado equilibrio entre los derechos de la defensa y las necesidades de protección de las víctimas, deben adoptarse las siguientes garantías mínimas:

1. El imputado debe ser informado de la entrevista de la víctima y debe tener la oportunidad de presenciarla, bien mientras se está llevando a cabo o después mediante su grabación audiovisual.

2. Debe tener la oportunidad de formular preguntas a la víctima, directa o indirectamente, durante el curso de la entrevista o con posterioridad (§ 56).

Actualmente es habitual que la preconstitución se lleve a cabo mediante videoconferencia, estando la víctima en dependencias policiales y el investigado, defensas, acusaciones, Ministerio Fiscal, órgano judicial en sede judicial, donde también estará el Letrado de la Administración de Justicia para dar fe pública, en muchas ocasiones a través de un acta en el que se constata la mecánica de la diligencia. No plantea ningún problema su validez siempre que cumpla con los requisitos anteriores, por lo que en sede policial deberá estar el Letrado

de la Administración de Justicia para dar fe tanto de la identificación de los testigos como de la diligencia practicada. Dicha diligencia practicada de este modo favorece la sensación de seguridad y tranquilidad de la víctima promoviendo la evitación de la revictimización de la misma.

2.1.1. Problemática que se suscita cuando se practica la prueba y posteriormente existen otros coautores.

A continuación procedemos al análisis de la cuestión mediante el estudio de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 2014¹⁷ en cuyo supuesto se preconstituyó la prueba cuando solo había una investigada, madre de los menores tratados, y no habían sido aún detenidos el resto de los que finalmente fueron procesados por esa causa. Dicha sentencia, recoge la STS 1031/2013 de 2012, estableciendo que "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*", lo que recoge igualmente el tribunal Constitucional en su STC 80/2003.

Por tanto, y a tenor de la referida sentencia caben tres situaciones:

a) Que la falta de contradicción traiga como causa una conducta desidiosa o negligente o imputable a la parte (estaba en rebeldía; no formuló pregunta alguna; incompareció cuando había sido citada; no asistió a la prueba anticipada). En este caso la prueba es valorable.

b) La ausencia de una posibilidad de interrogar al testigo de cargo es fruto de una deficiente gestión procesal achacable al órgano judicial (se omitió la citación de la defensa debidamente personada o del Ministerio Público o alguna otra parte personada). En este caso la prueba no sería valorable.

¹⁷ Sentencia Audiencia Provincial de Burgos, Sección 1.ª, de 13 de junio de 2014, núm. 264/2014

c) Casos en que esa situación 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 “zona de penumbra” se resuelve según los casos. No plantea problema cuando el testigo ha fallecido inesperadamente, pues no es achacable a nadie, pero mayores problemas se plantean cuando un testigo es ilocalizado.

El Tribunal Constitucional recoge en la referida resolución que para determinar cuándo un testimonio prestado sin contradicción puede ser prueba de cargo, no hay que hacerlo residir en la falta de contradicción atribuida al investigado sino cuando esta falta de contradicción es atribuible al órgano judicial; a modo de ejemplo, cuando la declaración tiene lugar sin la presencia del acusado y su defensa por hallarse la causa bajo secreto de sumario, o cuando se efectúa en una fase procesal en la que el sujeto a quien apunta la incriminación aún no ha adquirido la condición de investigado. En tales casos, la ausencia de contradicción del testimonio prestado en instrucción no es imputable a la negligencia del órgano judicial, sino a factores inevitables e imprevisibles o instituciones inherentes al sistema procesal. Por tal razón, el TC entiende que una condena basada en tales testimonios “no vulnera el derecho a un proceso equitativo”.

Aplicando la doctrina jurisprudencial indicada al supuesto planteado al inicio, las declaraciones de víctimas, como pruebas preconstituidas, no será nula ni inválida en sus efectos contra los acusados cuyos letrados no estuvieron presentes en las mismas, en determinados casos, a pesar de la ausencia del requisito de la contradicción respecto a ellos, lo que puede implicar que su condena no pueda basarse en exclusiva en dichas declaraciones, sino que se constituyen como una prueba más en el acervo probatorio que debe ser puesta en relación con las restantes practicadas en el acto del juicio oral, pues en el momento de practicarse la declaración de las denunciadas no estaban aún detenidos, ni imputados, haciendo

imposible su intervención posteriormente al situarse las denunciadas en paradero desconocido o en el extranjero, lo que revela la importancia de la prueba testifical de los policías, integrantes en las unidades con formación específica en materia de trata de seres humanos, que de forma coordinada hayan llevado a cabo la investigación, como testigos directos de los hechos constatados a través de los seguimientos, vigilancias, intervenciones telefónicas, registros domiciliarios y demás diligencias de investigación practicadas, en su caso, con las correspondientes autorizaciones judiciales, a lo largo de la instrucción de la causa, cuyo resultado, a través de dichas testificales, es sometido a contradicción en el acto del juicio oral, con el fin de conformar un acervo probatorio suficiente¹⁸.

2.1.2. Efectos que pueden derivarse de la ausencia del investigado en el acto preconstitutivo¹⁹.

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de afirmar reiteradamente la compatibilidad del uso de la prueba preconstituida 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- siempre, además, que se den otras condiciones relativas, por un lado, al cómo se obtuvo la información testifical en la fase previa y, por otro, al cómo se introduce ésta en el plenario (SSTC 148/2005, 12/2002 209/2001; SSTEDH, caso *Lucà contra Italia*, de 27 de febrero de 2001; caso *S. N contra Suecia*, de 2 de julio de 2002; caso *Aigner c. Austria*, de 10 de mayo de 2012).

En cuanto a las condiciones de acceso a la información testifical, la doctrina constitucional ha reclamado (STC 12/2002, 187/2003, 1/2006) 1º) que la diligencia sea intervenida por la autoridad judicial;

¹⁸ GARCÍA ORTIZ, L. "Análisis de las cuestiones que plantea la prueba en el delito de trata de seres humanos" en *Cuadernos digitales de Formación del CGPJ*, número 21, 2015.

¹⁹ HERNÁNDEZ GARCÍA, J. "113 Cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal" en *Cuadernos Digitales de formación del CGPJ*, número 31, 2016

2º) que se dé, cuando sea factible, oportunidad efectiva a la defensa del inculcado a participar activamente en la práctica de la diligencia sumarial. En cuanto cómo debe acceder dicha información al plenario, la doctrina constitucional precisa la necesidad de su lectura (o visionado) posibilite someter su contenido a la confrontación con las demás declaraciones de los intervinientes en el acto del juicio oral, excluyendo fórmulas de elusión, incluso con el consentimiento de las defensas, pero, además, como precondition previa debe acreditarse de forma razonable que se han realizado todos los esfuerzos conducentes a obtener la presencia plenaria del testigo.

BIBLIOGRAFÍA

- BERMEJO ROMERO DE TERREROS, J. A. “Formas e instrumentos de cooperación judicial internacional en el delito de trata de personas” disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20de%20Juan%20Andrés%20Bermejo%20Romero%20de%20Terrerros.pdf?idFile=c0bbf9b3-a2c2-4675-ba40-ad541c6d5d9f
- GARCÍA ORTÍZ, L. “Análisis de las cuestiones que plantea la prueba en el delito de trata de seres humanos” en *Cuadernos digitales de Formación del CGPJ*, número 21, 2015.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, J. “113 Cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal” en *Cuadernos Digitales de formación del CGPJ*, número 31, 2016
- MONTALBÁN HUERTAS, I. “La trata de seres humanos. El Derecho y la esclavitud en el siglo XXI” en *Cuadernos Digitales de formación del CGPJ*, número 10, 2016.