

Roj: STS 3920/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3920
Id Cendoj: 28079120012016100698
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 10027/2016
Nº de Resolución: 686/2016
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO
Ponente: ANTONIO DEL MORAL GARCIA
Tipo de Resolución: Sentencia

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Julio de dos mil dieciséis.

Esta sala ha visto el recurso de casación número 10.027/2016, interpuesto por **Ricardo , Carlos Daniel y Saturnino** representados por los procuradores Sres. Arias Aranda, Fuentes Hernán Gómez y Bermejillo de Hevia, bajo la dirección letrada de D. Pedro Rodríguez Corrales, Juan Carlos Corbacho Martín y Miriam Luis Pérez, contra la sentencia de fecha 27 de noviembre de 2015 dictada por la Audiencia Provincial de Ávila (Sección Primera). Son partes recurridas Esmeralda representada por la Procuradora Sra. Moyano Cabrera y bajo la dirección letrada de D.ª Berta Araujo Velayos. Así como el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia.

I. ANTECEDENTES

1.- La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ávila dictó sentencia en fecha 20 de enero de 2015 contra Ricardo , Carlos Daniel y Saturnino , en el rollo Penal nº 3/2014 cuyo Fallo es el siguiente:

"Que debemos condenar y condenamos a Ricardo , como responsable en concepto de autor, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de los siguientes delitos:

- *Un delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis 1 b) del Código penal y un delito de determinación coactiva de la prostitución del artículo 188.1 del Código Penal , en concurso medial a penar conforme al artículo 77 del Código Penal , a la pena de 7 años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximarse a menos de 100 metros de Esmeralda o de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento durante 8 años.*

- *Un delito continuado de abuso sexual de los artículos 181.1 , 3 y 4 en relación con el artículo 74 del Código Penal a la pena de 7 años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximarse a menos de 100 metros de Esmeralda o de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento durante 8 años.*

- *Un delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis 1 b) del Código penal y un delito de determinación coactiva a la prostitución del artículo 188.1 del Código Penal , en concurso medial a penar conforme al artículo 77 del Código Penal , a la pena de 7 años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximarse a menos de 100 metros de la testigo protegido TP NUM000 o de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento durante 8 años.*

- *Se impone al citado procesado la medida de libertad vigilada consistente en prohibición de aproximarse a Esmeralda y de la testigo protegido TP NUM000 y de comunicarse con ellas, en los términos ya expuestos,*

durante 7 años y la prohibición de ejercer cualquier tipo de actividad relacionada con la hostelería por el mismo periodo de tiempo.

- Que debemos condenar y condenamos a Carlos Daniel , como responsable en concepto de autor, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de los siguientes delitos:

- Un delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis 1 b) del Código Penal y un delito de determinación coactiva a la prostitución del artículo 188.1 del citado texto legal a la pena de 7 años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximarse a menos de 100 metros de Esmeralda o de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento durante 8 años.

- Un delito de violencia de género del art. 173.2 del Código Penal a la pena de 1 año de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de 1 año y prohibición de aproximarse a menos de 100 metros de Esmeralda o de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento durante 2 años.

- Un delito continuado de abuso sexual de los artículos 181.1 , 3 y 4 en relación con el artículo 74 del Código Penal a la pena de 7 años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximarse a menos de 100 metros de Esmeralda o de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento durante 8 años.

- Un delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis 1 b) del Código penal y un delito de determinación coactiva a la prostitución del artículo 188.1 del Código Penal a la pena de 7 años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximarse a menos de 100 metros de la testigo protegido TP NUM000 o de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento durante 8 años.

- Se impone al citado procesado la medida de libertad vigilada consistente en prohibición de aproximarse a Esmeralda y de la testigo protegido TP NUM000 y de comunicarse con ellas, en los términos ya expuestos, durante 7 años y la prohibición de ejercer cualquier tipo de actividad relacionada con la hostelería por el mismo periodo de tiempo.

- Que debemos condenar y condenamos a Saturnino , como responsable en concepto de autor, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de los siguientes delitos:

- Por un delito de determinación coactiva a la prostitución del artículo 188.1 del Código Penal a la pena de 3 años de prisión y multa de 12 meses a razón de 6 € día, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximarse a menos de 100 metros de la testigo protegido TP NUM000 o de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento durante 4 años.

- Se impone al procesado la medida de libertad vigilada consistente en prohibición de aproximarse a la testigo protegido TP NUM000 y de comunicarse con ella, en los términos ya expuestos, durante 3 años y la prohibición de ejercer cualquier tipo de actividad relacionada con la hostelería por el mismo periodo de tiempo.

Se absuelve a Saturnino de un delito de trata de seres humanos.

Se absuelve a Ricardo de un delito de trata de seres humanos.

Se absuelve a Carlos Daniel de un delito de trata de seres humanos.

En materia de responsabilidad civil Ricardo y Carlos Daniel deberán indemnizar conjunta y solidariamente a Esmeralda en 50.000 € por los perjuicios morales causados y a la testigo protegido TP/ NUM000 en 5.000 € por los perjuicios morales ocasionados.

Saturnino deberá indemnizar a la testigo protegido TP/ NUM000 en 5.000 € por los perjuicios morales ocasionados.

A la responsabilidad civil fijada para cada uno de ellos se le aplican los intereses legales incrementados en dos puntos desde la fecha de la presente resolución.

Se les imponen las siguientes costas, incluidas las de la acusación particular:

- A Ricardo 5/15 partes de las costas.

- A Carlos Daniel 6/15 partes de las costas.

- A Saturnino 1/15 partes de las costas.

Se declaran de oficio 3/15 partes de las costas".

2.- Por Sentencia de esta Sala de fecha 4 de noviembre de 2015 se estimó el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Carlos Daniel , por **estimación del primer motivo de su recurso en base a ello se declara la nulidad de la sentencia de fecha 20 de enero de 2015** .

3.- El Juzgado de Instrucción núm. Cuatro de los de Ávila instruyó Sumario con el nº 1/2014, contra Ricardo , Carlos Daniel y Saturnino . Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Ávila (Sección Primera) que con fecha veintisiete de noviembre de 2015 se dictó nueva sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados:**

<PRIMERO.- Los procesados Ricardo y Carlos Daniel , ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, en fecha no precisada del año 2012, contactaron en Rumanía con Esmeralda , a la que conocían desde la infancia por ser todos ellos de la misma localidad. Dado que dichos procesados tenían conocimiento de que Esmeralda había estado en España unos meses atrás, ejerciendo la prostitución por un corto período de tiempo y que había sido explotada en dicho ejercicio por otro ciudadano rumano contra el que no se sigue el presente procedimiento, se dirigieron a Esmeralda diciéndole que tenía que volver a nuestro país a ejercer nuevamente la prostitución, a fin de obtener dinero para evitar que el ciudadano rumano antes mencionado entrase en prisión, logrando convencerla y trasladándola a España en el vehículo de los procesados, en el que viajaron los tres en compañía de otra persona contra la que no se sigue el presente procedimiento, llegando a nuestro país aproximadamente en el mes de abril de 2012. Una vez en España, los procesados, con evidente propósito de proceder a la explotación sexual de Esmeralda , la alojaron en el piso de Ricardo , sito en la AVENIDA000 nº NUM001 , NUM002 , NUM003 de esta capital, donde vivían los tres juntos, en compañía de otras personas, lo que les permitía mantener un inmediato control sobre las actividades de Esmeralda , iniciando Carlos Daniel , al propio tiempo, una relación de pareja con ella, lo que a su vez reforzaba el poder de control que ejercían los procesados sobre la mujer. Así establecida la relación de dominio de los procesados sobre Esmeralda que, además, carecía de cualquier otro medio de vida en España, no tenía relación con nadie más en nuestro país y desconocía por completo el idioma español, lo que la colocaba en una clara situación de dependencia respecto de los procesados, éstos procedieron a imponer a Esmeralda las condiciones en que debía ejercer la prostitución a fin de que ganara dinero para ellos, que no desempeñaban trabajo alguno ni tenían otros ingresos que los provenientes de la prostitución ejercida por Esmeralda . De este modo eran Ricardo y Carlos Daniel los que determinaban los lugares en que aquella debía prostituirse; eran ellos, unas veces Carlos Daniel , otras Ricardo y otras los dos, los que la trasladaban en sus vehículos a distintos clubes de alterne de Ávila y otras provincias limítrofes (entre ellos, Zagora y Plaza en esta capital y Flowers en la provincia de Madrid). En dichos establecimientos la mencionada Esmeralda ejercía la prostitución por decisión e imposición de los procesados, permaneciendo en cada uno el tiempo que dichos procesados determinaban, a veces incluso dos o tres días seguidos, hasta que era nuevamente recogida por Carlos Daniel o por Ricardo , o por los dos, retornándola al domicilio antes referido y exigiéndole la entrega del dinero que hubiera obtenido por los servicios sexuales prestados a los clientes, que los procesados incorporaban inmediatamente a su patrimonio, sin permitir que ella se quedase con nada. En los casos en que la víctima manifestaba su oposición a mantenerse en el ejercicio de la prostitución, Ricardo y Carlos Daniel la sometían mediante amenazas consistentes en el anuncio de matarla a ella o al hijo que tenía en Rumanía, o a cualquier otro miembro de su familia, lo que lograba amedrentar a Esmeralda , pues los procesados conocían perfectamente a la familia de aquella y el lugar en que se encontraba; igualmente recurrían los acusados, tanto el uno como el otro, a las agresiones físicas, propinando golpes con las manos y patadas en diversas partes del cuerpo a Esmeralda , sin que existan partes facultativas que reflejen estas agresiones, salvo la agresión que posteriormente se relatará, ya que los procesados le impedían acudir al médico. De esta forma, y debido a la situación de necesidad y vulnerabilidad de la víctima, a causa de las circunstancias antes descritas y del especial temor que sentía por la vida de su hijo, los procesados lograban fácilmente doblegar su voluntad, consiguiendo que siguiera ejerciendo la prostitución en beneficio de ellos. Igualmente, en aquellos casos en que, por las circunstancias que fueran, los ingresos obtenidos por Esmeralda no alcanzaban las cifras esperadas por los procesados, éstos recurrían también a las agresiones físicas y a las amenazas en los mismos términos antes referidos. Todo el dinero obtenido por Esmeralda en el ejercicio de la prostitución tuvo que entregárselo a los procesados, obligada por ellos, quienes disponían libremente del mismo, viviendo del trabajo de la víctima a la que, además, nunca permitieron enviar cantidad de dinero alguna a su hijo y demás familia en Rumanía.

SEGUNDO.- Mientras existió una relación de pareja entre el procesado Carlos Daniel y Esmeralda , dicho procesado procedió en numerosas ocasiones a agredir físicamente a Esmeralda , en la forma antes relatada, sin que conste más que un informe facultativo de fecha 10/7/2012 relativo a tales agresiones pues, como se indicó anteriormente, los procesados impedían a Esmeralda recibir asistencia facultativa. Dicho parte médico señala "refiere dolor precordial, nerviosa, refiere dificultad respiratoria, parestesias en las manos ... ahora refiere golpe en el lavabo ¿... crisis de ansiedad"

TERCERO.- A fin de consolidar su posición de dominio sobre la víctima y, por otra parte, con evidente propósito de satisfacer sus deseos libidinosos, ambos procesados atentaron contra la libertad sexual de Esmeralda en distintas ocasiones. Así, entre los meses de abril y agosto de 2012, el procesado Carlos Daniel procedió, al menos en tres ocasiones, siempre en el piso que compartían, a abusar sexualmente de Esmeralda , basándose en la situación de superioridad ya que la misma dependía psicológicamente y económicamente de él. En una primera ocasión, en el dormitorio de Esmeralda , la agarró al tiempo que le decía que él era su chulo y ella era su puta y, la tumbó en la cama de dicho dormitorio, tras quitarle la ropa y desnudarse él también, y, poniéndose encima de ella, le introdujo el pene en la boca, para a continuación darle la vuelta y penetrarle de forma anal, girándola finalmente y penetrándola por la vagina. En una segunda ocasión, también en el dormitorio de Esmeralda y tras desnudarla y desnudarse, la penetró por vía vaginal, oral y anal. En la tercera ocasión, cuando Esmeralda se encontraba en la cocina de la casa, Carlos Daniel entró y la increpó por los pocos ingresos que había obtenido esa semana en el ejercicio de la prostitución y quitándole el pijama que llevaba, quitándose él su propia ropa e introduciéndole el pene en la boca para, finalmente, penetrarla por vía anal.

Igualmente, el procesado Ricardo procedió, al menos en tres ocasiones, en el período en que Esmeralda convivió con los procesados, y en diferentes lugares, a abusar sexualmente de Esmeralda , siempre cuando se encontraban solos, basándose en la situación de superioridad ya que dependía psicológicamente y económicamente del mismo. En una primera ocasión, hallándose el procesado Ricardo y Esmeralda en el ya referido piso de la AVENIDA000 y desnudándola sobre la cama, procediendo también él a quitarse la ropa y a tumbarse sobre ella para, a continuación, introducirle el pene en la boca; seguidamente le dio la vuelta y, sobre la misma cama, la penetró de forma anal para finalmente tirarla al suelo e introducirla el pene en la vagina. En otra ocasión, condujo a Esmeralda hasta un descampado, cuya ubicación se desconoce, a bordo de su vehículo, haciéndola creer que iban de compras y, una vez en dicho descampado, la quitó la ropa al tiempo que él también se desvestía, agarrándola, procediendo el procesado a penetrarla analmente, dándole después la vuelta, e introduciéndola el pene en la boca. En una tercera ocasión, el procesado Ricardo llevó a Esmeralda en su vehículo y, en un momento dado, paró el coche, entrando ambos en la parte de atrás, quitándose la ropa y quitandosela a Esmeralda y penetrándola anal y vaginalmente para concluir introduciéndole el pene en la boca. Hay que hacer constar que en todo este periodo no existen partes médicos (salvo el señalado) de Esmeralda y ello debido al control que los hermanos ejercían sobre la misma.

CUARTO.- En fecha no precisada del año 2013, los procesados Ricardo y Carlos Daniel contactaron en Rumanía con la testigo protegido NUM000 (en adelante testigo protegido), a la que conocían por ser de una localidad muy próxima a la suya, proponiéndola venir a España a trabajar pero sin especificarle en qué consistiría dicho trabajo. Tras lograr convencer a la testigo, Ricardo le compró el billete de autobús para venir a nuestro país, viajando finalmente a Madrid en autobús, ella sola, en el mes de octubre de 2013. Cuando llegó a la capital de España la estaba esperando Carlos Daniel en la estación de autobuses de Llegada, procediendo éste a recogerla y a trasladarse con ella, también en autobús, a la ciudad de Ávila. Una vez en Ávila, Carlos Daniel la llevó al Club Windsor de esta capital, donde comenzó a ejercer la prostitución durante, aproximadamente, un mes o mes y medio, alojándose mientras tanto en un piso de esta capital en compañía de otras chicas del mencionado Club. Todo el dinero que obtuvo TP NUM000 durante este período de tiempo por los servicios sexuales prestados a los clientes se lo entregó a los procesados Ricardo y Carlos Daniel , encargándose este último de recoger periódicamente la recaudación, ya que ambos la obligaron a ello bajo la amenaza de agresiones físicas y de "hacerle mucho daño", teniendo en cuenta que los procesados eran conocedores del entorno de la víctima por ser de localidades muy próximas en su país y habiéndose, además, preocupado dichos procesados de crear, previamente, un fundado temor en aquélla mediante la exhibición, por parte de Ricardo , de un arma de fuego cuyas características no constan y de un bote de ácido sulfúrico anunciándole que con esos instrumentos podían hacer daño a quien se le enfrentara, lo que unido a las amenazas antes referidas, produjo el consiguiente miedo en la víctima que, además, sólo disponía de un teléfono móvil proporcionado por los procesados que únicamente permitía recibir llamadas pero no realizarlas, al no disponer de saldo, careciendo asimismo la víctima de cualquier otro medio de vida en España, no teniendo relación con ninguna otra persona en nuestro país y desconociendo por completo el idioma, lo

que la colocaba en una situación de desvalimiento y de dependencia tal respecto de los procesados que hacía imposible o extremadamente difícil el sustraerse al dominio de los mismos y sintiéndose, pues, lógicamente compelida a continuar, contra su voluntad, en el ejercicio de la prostitución en beneficio de los dos procesados.

QUINTO.- Transcurrido el período durante el cual TP NUM000 ejerció la prostitución en el Club Windsor de Ávila, comenzó a ejercer la prostitución en el Club K-80 de la localidad de Villacastín (Segovia), bajo las órdenes de Saturnino, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, que tenía pleno conocimiento de la situación de explotación a que se encontraba sometida Esmeralda por parte de los hermanos Carlos Daniel Ricardo, procediendo Saturnino, a partir de ese momento, a alojar a la víctima en una habitación del propio club, obligándola, bajo amenazas de muerte y de agresiones físicas, a mantenerse en el ejercicio de la prostitución en dicho establecimiento y a entregarle todo el dinero obtenido en dicho ejercicio>>.

4.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<<FALLO.- Que debemos condenar y condenamos a Ricardo, como responsable en concepto de autor, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de los siguientes delitos:

- Un delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis 1 b) del Código penal y un delito de determinación coactiva de la prostitución del artículo 188.1 del Código Penal (ahora 187 C.P), en concurso medial a penar conforme al artículo 77 del Código Penal, a la pena de 7 años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximarse a menos de 100 metros de Esmeralda o de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento durante 8 años.

- Un delito continuado de abuso sexual de los artículos 181.1, 3 y 4 en relación con el artículo 74 del Código Penal a la pena de 7 años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximarse a menos de 100 metros de Esmeralda o de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento durante 8 años.

- Un delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis 1 b) del Código penal y un delito de determinación coactiva a la prostitución del artículo 188.1 del Código Penal (ahora 187), en concurso medial a penar conforme al artículo 77 del Código Penal, a la pena de 7 años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximarse a menos de 100 metros de la testigo protegido TP NUM000 o de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento durante 8 años.

- Se impone al citado procesado la medida de libertad vigilada consistente en prohibición de aproximarse a Esmeralda y de la testigo protegido TP NUM000 y de comunicarse con ellas, en los términos ya expuestos, durante 7 años y la prohibición de ejercer cualquier tipo de actividad relacionada con la hostelería por el mismo periodo de tiempo.

- Que debemos condenar y condenamos a Carlos Daniel, como responsable en concepto de autor, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de los siguientes delitos:

- Un delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis 1 b) del Código Penal y un delito de determinación coactiva a la prostitución del artículo 188.1 del citado texto legal (ahora 187) a la pena de 7 años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximarse a menos de 100 metros de Esmeralda o de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento durante 8 años.

- Un delito de violencia de género del art. 173.2 del Código Penal a la pena de 1 año de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de 1 año y prohibición de aproximarse a menos de 100 metros de Esmeralda o de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento durante 2 años.

- Un delito continuado de abuso sexual de los artículos 181.1, 3 y 4 en relación con el artículo 74 del Código Penal a la pena de 7 años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximarse a menos de 100 metros de Esmeralda o de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento durante 8 años.

- Un delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis 1 b) del Código Penal y un delito de determinación coactiva a la prostitución del artículo 188.1 del Código Penal (ahora 187) a la pena de 7 años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la

condena y prohibición de aproximarse a menos de 100 metros de la testigo protegido TP NUM000 o de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento durante 8 años.

- Se impone al citado procesado la medida de libertad vigilada consistente en prohibición de aproximarse a Esmeralda y de la testigo protegido TP NUM000 y de comunicarse con ellas, en los términos ya expuestos, durante 7 años y la prohibición de ejercer cualquier tipo de actividad relacionada con la hostelería por el mismo periodo de tiempo.

- Que debemos condenar y condenamos a Saturnino , como responsable en concepto de autor, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de los siguientes delitos:

- Por un delito de determinación coactiva a la prostitución del artículo 188.1 (ahora 187) del Código Penal a la pena de 3 años de prisión y multa de 12 meses a razón de 6 € día, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximarse a menos de 100 metros de la testigo protegido TP NUM000 o de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento durante 4 años.

- Se impone al procesado la medida de libertad vigilada consistente en prohibición de aproximarse a la testigo protegido TP NUM000 y de comunicarse con ella, en los términos ya expuestos, durante 3 años y la prohibición de ejercer cualquier tipo de actividad relacionada con la hostelería por el mismo periodo de tiempo.

Se **absuelve** a Saturnino de un delito de trata de seres humanos.

Se **absuelve** a Ricardo de un delito de trata de seres humanos y de un delito continuado de agresión sexual.

Se **absuelve** a Carlos Daniel de un delito de trata de seres humanos y de un delito continuado de agresión sexual.

En materia de responsabilidad civil Ricardo y Carlos Daniel deberán indemnizar conjunta y solidariamente a Esmeralda en 50.000 € por los perjuicios morales causados y a la testigo protegido TP/ NUM000 en 5.000 € por los perjuicios morales ocasionados.

Saturnino deberá indemnizar a la testigo protegido TP/ NUM000 en 5.000 € por los perjuicios morales ocasionados.

A la responsabilidad civil fijada para cada uno de ellos se le aplican los intereses legales incrementados en dos puntos desde la fecha de la presente resolución.

Se les imponen las siguientes costas, incluidas las de la acusación particular:

- A Ricardo 5/15 partes de las costas.

- A Carlos Daniel 6/15 partes de las costas.

-A Saturnino 1/15 partes de las costas. Se declaran de oficio 3/15 partes de las costas>>.

5.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional por los recurrentes que se tuvieron por anunciados; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Ricardo .

Motivo primero .-Al amparo del art. 852 LECrim por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y de la tutela judicial efectiva en relación con el art. 448 LECrim y 24 CE . **Motivo segundo** .- Al amparo del art. 852 LECrim denuncia vulneración del art. 24 CE , presunción de inocencia, y tutela judicial efectiva.

Motivos aducidos en nombre de Carlos Daniel .

Motivo primero . - Al amparo del art. 849.1º LECrim denuncia infracción arts. 448 LECrim 177 bis 1b), 188.1 , 173.2 y 181.1.3.4 CP así como del art. 24.2 CE . **Motivo segundo** .- Al amparo del art. 849.2 LECrim por error de hecho en la valoración de la **prueba**. **Motivo tercero**.- Al amparo del art. 852 LECrim por vulneración del art. 24.1 y 2 CE .

Motivos aducidos por Saturnino .

Motivo primero.- Al amparo del art. 852 LECrim denuncia la vulneración art. 24.2 CE en relación con el 448 LECrim . **Motivo segundo.**- Al amparo del nº 2 del art. 849 LECrim por error de hecho. **Motivo tercero.** - Al amparo del art. 850.1 LECrim denuncia quebrantamiento de forma. **Motivo cuarto** .- Al amparo del art. 850.3 LECrim por quebrantamiento de forma por denegación de **prueba**. **Motivo quinto** .- Al amparo del art. 851.1 y 3 LECrim denuncia falta de claridad en los hechos probados e incongruencia omisiva.

6 .- El **Ministerio Fiscal** se instruyó de los recursos interpuestos por los recurrentes, **impugnando todos sus motivos** ; la Sala admitió los mismos quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

7.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día cinco de julio de dos mil dieciséis.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia objeto de casación quiere ajustarse a las pautas marcadas por la STS 662/2015, de 4 de noviembre que revisaba un primer pronunciamiento recaído en esta causa impugnado por motivos muy similares a los que ahora se van a examinar, anulándolo por insuficiencia de la motivación fáctica:

*"... en la parte de la resolución dedicada a discurrir sobre el resultado de la **prueba** relativa a los hechos de los delitos de los arts. 177 bis b) y 188,1º Cpenal - se lee en aquella sentencia de casación- se dice:*

"En resumidas cuentas ha quedado demostrado que los hermanos Carlos Daniel Ricardo convencieron a Esmeralda ...".

- "A lo largo del procedimiento se ha demostrado que el dinero [...] la policía, a través de todas las investigaciones y tal como figura en autos...".

- "El control que ejercían los hermanos sobre Esmeralda era demostrado por el hecho de que los hermanos (según quedó demostrado el día del juicio por el inspector n.º NUM004 ...".

- "En cambio la sala no puede conceder crédito a las manifestaciones de los testigos [...] por las evidentes relaciones de amistad y dependencia que mantienen con los procesados y debido a que se advirtió que faltaban a la verdad en sus manifestaciones" .

*A las afirmaciones reseñadas se une el traslado a este fundamento de derecho de lo que es una pura reiteración tautológica de extremos que forman parte de los hechos probados, que en sí mismos nada acreditan y que constituyen lo que tendría que ser objeto de **prueba**.*

*Pues bien, en la sentencia, que, como se ha hecho ver, no recoge en absoluto las manifestaciones de **cargo** debidas a cada testigo y que prácticamente prescinde del análisis de la **prueba** de descargo, todo se resuelve en algunos asertos (ahora transcritos en cursiva) en los que, ciertamente, se da por demostrado, justo aquello que el tribunal tendría que hacer ver ha sido acreditado de manera efectiva, con referencia concreta a los datos probatorios aptos para dotar de fundamento a esa convicción.*

La motivación del tratamiento dado a la quaestio facti - STS 1015/2012, de 20 de diciembre -no es otra cosa que la justificación de una inducción; en este caso inducción probatoria a partir del material de esta clase llevado por las partes al juicio. Y es imprescindible que cuente con expresión bastante en la sentencia, para que esta se autoexplique de forma bastante, ante los implicados en la causa y otros potenciales interesados; y también ante quienes, como es el caso de los componentes de esta sala, no han presenciado la vista pública y deben juzgar de la calidad del examen de que ha sido objeto la información producida en la misma. Pero no solo, ese esfuerzo (aquí ausente) tiene también la función de hacer que el tribunal de instancia controle el desarrollo de su propio discurso, para mantenerlo dentro de lo motivable, es decir, de lo susceptible de justificación por referencia a concretos elementos probatorios, racionalmente obtenidos.

*Para que una sentencia cumpla de forma eficaz estos requerimientos, ajustándose a las exigencias del art. 120,3 CE y a las de la presunción de inocencia como regla de juicio (art. 24,2 CE), es preciso que las fuentes de conocimiento aparezcan suficientemente identificadas; tiene que saberse el origen de las distintas aportaciones, de **cargo** y de descargo (en síntesis lo bastante expresiva: lo que dijo cada una de las personas escuchadas); y, en fin, deberá cruzarse esa información, los datos probatorios, para extraer como resultado hechos probados, dando cuenta del porqué de la conclusión alcanzada. Así, cada aserto de esta contará con un sustento claro en elementos de **prueba**, lo que permitirá conocer de dónde viene y por qué. De otro modo, ni el lector de la sentencia sabrá realmente a qué atenerse; ni tampoco el tribunal habrá cumplido con la tarea*

de plasmar por escrito los pasos de su proceso discursivo sobre la **prueba**, controlándolo adecuadamente, y habrá omitido el esfuerzo, imprescindible, que le imponen la Constitución y la ley.

Es evidente que esto es algo que en este caso no se ha hecho en absoluto, y la propia sala de instancia podría comprobarlo con solo ponerse ante el texto de la sentencia en la posición del que por primera vez tuviera que aproximarse al objeto de la causa contando con ese único medio. Haciéndolo advertirá hasta qué punto su discurso es inexpresivo y hermético.

Naturalmente, lo expuesto no quiere decir que el recurrente tenga razón, esto podrá ser o no ser así. El problema es que este tribunal no está en condiciones de pronunciarse al respecto, pues para hacerlo tendría que bucear directamente en la grabación del juicio y en la instrucción, para enfrentarse, también de forma directa o de primera mano, con los actos de **prueba**, lo que equivaldría a subrogarse en el papel del juzgador de instancia. Algo que no cabe y que, además, no podría hacerse sin desvirtuar el sentido del propio recurso de casación...".

SEGUNDO.- Estamos, así pues, ante una *segunda vuelta* de aquellos primeros recursos estimados. La nueva sentencia persevera en la decisión condenatoria enriqueciendo su motivación fáctica, al tiempo que sopesa, para descartar, la repercusión que pudiera haber tenido en la subsunción jurídica la reforma del CP de 2015 que entró en vigor en el tiempo transcurrido entre la primera sentencia, anulada, y la que ahora revisamos en casación. Pese a la nimia y disculpable errata en un momento dado en la numeración de la sentencia estamos ante algo más que una *irreflexiva* adaptación de la primera sentencia, aunque quizás hubiera sido deseable una motivación fáctica más consistente. Se exponen exhaustivamente los resultados arrojados por cada medio de **prueba** pero se es menos generoso a la hora de desarrollar las razones de credibilidad, que de cualquier forma sí aparecen con estándares suficientes.

Al igual que en los anteriores recursos, un tema medular absorbe buena parte del esfuerzo impugnativo de los tres recurrentes: la cuestión de la validez de las testificales que han sido tomadas en consideración como **prueba** anticipada o preconstituida (una advertencia: manejaremos indistintamente esas denominaciones pese a ser conscientes de que en rigor son deslindables ambas nociones).

Ninguna de las dos testigos víctimas declaró en el acto del juicio oral. Una de ellas no pudo ser localizada ni, por tanto, citada. La otra, pese a comparecer y estar preparada su **declaración** a través de videoconferencia, alegó una situación de miedo y angustia. Se le dispensó de declarar por esa razón.

La anterior sentencia de casación no estudió esa temática, auténtico nervio de los recursos: tanto de los iniciales como de los actuales. Si esas **declaraciones** no fuesen utilizables de ninguna forma -es lo postulado por los recurrentes- quedará un erial probatorio (únicamente subsistiría algún testimonio de referencia), inapto para extraer cualquier rendimiento. Solo desde la posibilidad de valorar esas **declaraciones**, que pasaron al juicio oral a través del visionado de su grabación, cobra cierto sentido el debate sobre la suficiencia de la **prueba**.

Es esa cuestión la que debemos abordar primeramente. De manera implícita en la anterior sentencia de casación late la opinión no argumentada ni exteriorizada de que eran testificales preconstituidas valorables. Se antoja absurdo que esta Sala requiriese una motivación renovada sobre la *nada*: si esas manifestaciones son material desechable se perdería el mínimo sustento probatorio. Se impone ahora un análisis detenido brindando los argumentos que respaldan la respuesta al interrogante que los tres recurrentes, con uno u otro formato, introducen en casación, coincidiendo entre sí en la invalidez de tales testificales preconstituidas y por tanto en la imposibilidad de extraer de ellas conclusión probatoria alguna.

Adelantaremos que la solución no puede ser idéntica para los tres recurrentes. Hay un matiz esencial que singulariza la posición de uno de ellos.

No es el art. 849.1 LECrim el precepto más adecuado para abrir este debate en casación. Esa es la percha de la que cuelga su discurso uno de los recurrentes (Carlos Daniel). El art. 849.1 LECrim se refiere a infracciones de normas de derecho penal sustantivo; no de preceptos procesales. Si fuese otra su inteligencia devendrían superfluos o redundantes todos los demás motivos legales de casación (arts. 850 a 852); quedarían abocados a la esterilidad. La infracción de una norma procesal no siempre es causal de casación: solo lo es cuando reviste alcance constitucional (art. 852 LECrim) o cuando esté expresamente prevista como tal (motivos por quebrantamiento de forma que constituyen *numerus clausus*).

Ese defecto en el envoltorio impugnativo no es obstáculo para el examen. Fiscalizar la sentencia desde la óptica de la presunción de inocencia (que es materia de otros motivos) exigirá comprobar que se ha producido **prueba i)** suficiente; **ii)** válida; y **iii)** practicada con todas las garantías. A través de esta tercera

vertiente accede con naturalidad a la casación el debate sobre la corrección formal y material de esa **prueba** preconstituida.

TERCERO.- Se ha hecho valer esa testifical mediante el visionado de la grabación en el acto del juicio oral, sin su renovada práctica, por dos razones diferentes:

a) Una de las testigos no asistió al juicio oral. Se encontraba en paradero desconocido. No pudo ser citada (pese a estar personada como acusación particular, incoherencia que no deja de ser una anomalía).

b) La otra víctima (revestida del estatuto de testigo protegido) sí compareció; pero ante su temor, próximo al pánico, y la angustia y ansiedad que exteriorizó (cuyos síntomas externos describe la sentencia), se le excusó del deber de someterse a interrogatorio cruzado ante su insinuada solicitud y, con la aquiescencia de las acusaciones y la oposición y protesta de las tres defensas. La obligación de deponer se sustituyó por el visionado de su anterior **declaración**. No se trata ahora tanto de determinar si la decisión de la Sala de instancia al resolver esta poco frecuente incidencia fue correcta, o era exigible algo más a la testigo (desde luego nunca hasta el punto de una intolerable revictimización que la pusiese en la disyuntiva de resignarse a declarar o ser perseguida penalmente: el art. 418 LECrim brinda protección frente a esa situación casi límite), cuanto de comprobar si el material probatorio desplegado en el juicio (sus previas **declaraciones** grabadas) era utilizable e indagar en qué medida y bajo qué condiciones.

Los recurrentes denuncian varios defectos en el incidente de preconstitución probatoria.

i) No estuvieron presentes en las **declaraciones** anticipadas los imputados.

ii) La testigo Esmeralda había anunciado su intención de abandonar el territorio español pero solo de forma transitoria. Iba a mantener su residencia en España lo que haría improcedente activar el mecanismo de preconstitución probatoria (art. 448 LECrim).

iii) La testigo protegido compareció al acto del juicio oral. Esa realidad inutilizaría el material previo, solo rescatable para su confrontación si se producía una nueva **declaración** en el plenario. Estando a disposición del Tribunal y siendo posible su **declaración** sería improcedente sustituirla por la **declaración** anticipada.

iv) Se mantuvo el anonimato de esta testigo protegido.

Confluyen en esta materia principios y factores de diverso signo que exigen una cuidadosa disección. No estamos ante una cuestión de reglas (*la **declaración** vale o no vale*), sino de principios: sopesar los valores en juego y en aparente conflicto para alcanzar un deseable equilibrio entre los derechos concernidos que parecen enfrentados. Ni se puede decir taxativamente que una **declaración** prestada en ausencia del acusado y no reproducida en el acto del juicio oral carezca absolutamente de validez; ni se puede afirmar de forma rotunda que sea siempre utilizable en todo caso y en toda circunstancia sin matización alguna. Adelantemos ya nuestra opinión concordante en vía de principios -aunque no en todas sus consecuencias- con la asumida por el Tribunal *a quo*: las **declaraciones** prestadas en la fase de instrucción por ambas testigos eran rescatables, es *prima facie* material probatorio idóneo para alimentar la convicción de culpabilidad. No hay un déficit de garantías tal que lo inutilice absolutamente respecto de dos de los procesados (los hermanos Carlos Daniel Ricardo). Para el tercero, sin embargo, la respuesta se distanciará de la preconizada por la Audiencia.

Obviamente no queda cancelado con esa conclusión el debate sobre presunción de inocencia más que respecto de ese tercer recurrente. El resto de **pruebas** sin el apoyo de esos dos testimonios es inapto para sostener un pronunciamiento de culpabilidad. Pero sentada la utilizabilidad de esas testificales en relación a los otros dos acusados, será preciso en un estadio ulterior valorar su fiabilidad; o mejor, su suficiencia para desactivar la presunción de inocencia.

CUARTO.- El primer tema concernido es el **derecho del acusado a interrogar a los testigos de cargo** consagrado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 6) e implícitamente comprendido en el derecho a un proceso con todas las garantías que proclama el art. 24 CE . Es ingrediente esencial del principio de contradicción exigencia del derecho de defensa.

Los párrafos 3 d) y 1 del artículo 6 del CEDH están recreados por abundante jurisprudencia del TEDH, " *los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del artículo 6 cuando una condena, se funda exclusivamente en **declaraciones** hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar ni en la fase de instrucción ni en la fase de Plenario*" (STEDH de 27 de febrero de 2001: caso *Lucá c. Italia*).

No es ese sin embargo un axioma pétreo e impermeable a matizaciones que, como se verá, ha ido introduciendo el propio TEDH (STS 1031/2013, de 12 de diciembre). La reciente STEDH de 19 de febrero de 2013 (*Caso Gani contra España*), a la que aludiremos extensamente, después de reiterar el principio general, alude a esas modulaciones: "...el artículo 6 § 3 (d) del Convenio es un aspecto específico del derecho a un proceso equitativo amparado por el artículo 6 § 1 que debe ser tomado en cuenta en cualquier valoración de la equidad del procedimiento. En consecuencia, la queja ha de ser examinada desde la perspectiva de las dos disposiciones tomadas en su conjunto (ver, entre otros, *Asch c. Austria*, 26 de abril de 1991, §25, series A nº 203, y *S.N. c. Suecia*, nº 34209/96 , § 43, TEDH 2002-V)...

...38. Todas las **pruebas** se deben normalmente practicar en presencia del acusado, en la vista pública, con el fin de que puedan ser confrontadas. Sin embargo, **la utilización como prueba de las declaraciones obtenidas en la fase de la investigación policial y de las diligencias judiciales, no entra, por sí misma, en contradicción con el artículo 6 §§ 1 y 3 (d), siempre y cuando, los derechos de la defensa hayan sido respetados. Como regla, esos derechos requieren que al demandado se le de la oportunidad de contradecir e interrogar a un testigo que testimonie en su contra, bien en el momento en que estuviera testificando o en una fase posterior del procedimiento (ver Unterpertinger c. Austria, 24 de noviembre de 1986, § 31, series A nº 110). Cuando una condena se basa exclusivamente, o en sumo grado, en las **declaraciones** que haya efectuado una persona, y cuando a la persona acusada no se le ha dado la oportunidad de interrogar, o hacer interrogar, bien durante las diligencias o en el juicio, los derechos de la defensa se restringen hasta un extremo que es incompatible con las garantías que ampara el artículo 6 (ver, en particular, *Lucà c. Italia* , nº 33354/96, § 40, TEDH 2001- II. y *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido [GC]*, nº 26766/05 y 22228/06, § 119, TEDH 2011).**

A este respecto, el TEDH manifiesta que el párrafo 1 del artículo 6, combinado con el párrafo 3 requiere que los Estados Partes tomen todas las medidas adecuadas para posibilitar al acusado interrogar o hacer interrogar a los testigos en su contra. (ver, *Sadak y Otros c. Turquía (nº 1)*, nº 29900/96, 29902/96 y 29903/96, § 67, TEDH 2001-VIII). Esta medida forma parte de la diligencia que deben ejercer las Altas Partes Contratantes con el fin de garantizar, de una manera efectiva, el disfrute de los derechos que ampara el artículo 6 (ver, entre otros, *Colozza c. Italia*, 12 de febrero de 1985, § 28, series A nº 89). **No obstante**, *impossibilium nulla obligatio est* ; siempre y cuando que no se pueda acusar a las Autoridades de falta de diligencia en sus esfuerzos en conceder al demandado la oportunidad de interrogar a los testigos en cuestión, la indisponibilidad de los testigos, como tal no es óbice para interrumpir el proceso (ver *Artner c. Austria*, 28 de agosto de 1992, § 21, series A nº 242-A; *Mayali c. Francia* , nº 69116/01, § 32, 14 de junio de 2005 ; y *?. c. Letonia*, nº 14755/03, § 94, 24 de enero de 2008).

QUINTO.- Determinar a quién es imputable la inexistencia de una oportunidad para interrogar es lo primero que debe indagarse.

La ausencia de contradicción carecerá de trascendencia si es imputable en exclusiva a las partes pasivas. Así sucede, por ejemplo, cuando el acusado se ha situado conscientemente en rebeldía, (STC 80/2003, de 28 de abril); o cuando, debidamente citado, no ha asistido al interrogatorio efectuado en fase de instrucción. En esos casos hubo posibilidad de contradicción; otra cosa es que no fuera aprovechada por la defensa. El principio de contradicción se respeta, no sólo cuando el demandante goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, *sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable*" (SSTC 80/2003 , 187/2003 , 134/2010). Es suficiente haber contado con la posibilidad de interrogar. No es indispensable un interrogatorio efectivo.

Sin embargo si la ausencia de contradicción es achacable a una actuación incorrecta del órgano jurisdiccional o de los poderes públicos la diligencia en principio no sería convalidable.

Caben idealmente tres hipótesis:

a) Que la falta de contradicción efectiva traiga como causa una conducta desidiosa o negligente o imputable de cualquier forma a la parte (estaba en rebeldía; no formuló pregunta alguna; desatendió la citación a la **prueba** anticipada). Será utilizable la **prueba**, según ha quedado dicho.

b) La ausencia de una posibilidad de interrogar al testigo de **cargo** es fruto de una deficiente gestión procesal atribuible al órgano judicial (no se preconstituyó la **prueba** pese a que las circunstancias invitaban a ello; se omitió la citación de la defensa debidamente personada...). En el asunto ahora analizado el órgano judicial citó a la defensa, aunque no a los imputados. Bien es cierto que la ausencia de estos no se debió en

exclusiva a esa falta de citación. Pero en todo caso hubo contradicción (el letrado de la defensa intervino). Solo se ha reducido su alcance en un aspecto no nuclear (presencia acusados).

c) Casos en que esa deficiencia no es achacable ni a las partes ni a los agentes estatales (el sumario estaba declarado secreto; falleció el testigo inesperadamente; no se había averiguado todavía la identidad del imputado; estaba ilocalizado). Esta es una zona de mayor penumbra. El canon empleado por el TC para determinar cuándo un testimonio prestado sin contradicción puede ser **prueba de cargo** no es el de la *atribución al propio imputado* de la falta de contradicción, sino el de *no atribución al órgano judicial*, (por ejemplo, cuando la **declaración** se efectuó en un momento en que el sujeto a quien apunta la incriminación aún no había adquirido la condición de imputado). En los casos en que, la ausencia de contradicción del testimonio prestado en instrucción no es imputable a negligencia del órgano judicial, sino a factores inevitables e imprevisibles, el TC tiende a considerar en general que una condena basada en unos testimonios no reproducidos (por fallecimiento o ilocalización) y sin estricta contradicción no lesiona necesariamente el derecho a un proceso equitativo (STS 1031/2013, de 12 de diciembre).

La idea de equidad actúa como parámetro ponderativo para dilucidar a quién podría achacarse la concreta ausencia de contradicción por imposibilidad sobrevenida.

El problema de la falta de contradicción no se resuelve mediante rígidas reglas de prohibición de valoración sino sopesando si las exigencias de equidad justifican el aprovechamiento mayor o menor de la información testifical obtenida en las fases previas. Los déficits contradictorios en la producción de la fuente de **prueba** se pueden compensar aplicando estándares más cautelosos en la valoración de la **prueba**. El problema se desplaza de la admisión del medio de **prueba** a su valoración. En ocasiones se ha dicho que esas **declaraciones** no podrán servir como **prueba** principal, definitiva, única o concluyente de la culpabilidad, reclamándose otras **pruebas** que corroboren la información testifical no sometida a contradicción (SSTEDH, caso *Mika contra Suecia*, de 27 de enero de 2009 , y de 13 de enero de 2009 , caso *Taxquet contra Bélgica*).

SEXTO.- Al margen de los casos en que es reprochable a la defensa la ausencia de contradicción, existen otros en que tampoco se concluye en una inmatizada inutilizabilidad del medio probatorio personal. La necesidad de que haya existido al menos una oportunidad de interrogar al testigo de **cargo** no es requisito *sine qua non* sino una condición que en caso de imposibilidad puede ser sustituida en ocasiones y a la vista del conjunto de circunstancias por fórmulas menos eficaces de contradicción. Conviene precisar esto porque ayuda a situar en su justo lugar lo que es un requisito de nivel inferior: la presencia de los acusados durante ese interrogatorio. Nótese como el TEDH a la hora de caracterizar este derecho habla de "interrogar o hacer interrogar".

No estamos, ante una regla taxativa, un mandato imperativo sin excepciones; Más bien nos enfrentamos a un principio ponderable con otros, es decir un mandato de optimización.

El TEDH enfatiza ciertamente el derecho a interrogar a los testigos de **cargo** consagrado con la categoría de derecho procesal autónomo en los arts. 6.1 y 6.3. d) CEDH , pero no eleva la ausencia de esa más que deseable posibilidad de contradicción a la categoría de radical invalidez.

Y, por supuesto, considera en principio suficientemente cumplida esa condición con el interrogatorio asumido por la dirección letrada.

La oportunidad de impugnar e interrogar al testigo de **cargo** puede producirse en fases previas al plenario. La utilización como **prueba** de las **declaraciones** obtenidas en la fase de investigación policial y/o judicial) no es en sí misma incompatible con los apartados 1 y 3. d) del art. 6 CEDH , siempre que se respeten los derechos de la defensa -Caso *Kostovski c/Holanda*, de 20 de noviembre de 1989; caso *Asch c/ Austria* de 26 de abril de 1999-.

El TEDH es muy flexible en el examen del modo en el que debe realizarse la contradicción en la producción de la fuente de **prueba**. Es suficiente que pueda detectarse un marco potencial de producción contradictoria, no necesariamente jurisdiccionalizado -Caso *S.N c/Suecia*, de 2 de julio de 2002; caso *Bocos-Cuesta c/ Holanda*, STEDH de 10 de noviembre de 2005; caso *P.S c/Alemania*, STEDH de 20 de diciembre de 2001 ; o caso *A.M c/ Italia*, STEDH de 14 de diciembre de 1999 -. Nuestro Tribunal Constitucional en ese punto es más exigente. No basta la **declaración** policial. Es imprescindible la comparecencia en el juicio de quienes oyeron tal **declaración**. Hace falta jurisdiccionalidad.

La STEDH (Gran Sala) de 15 de diciembre de 2011 (asunto *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido*) en línea con lo que venimos exponiendo, proclamará abiertamente que la posibilidad de contradicción no es una

regla de validez absoluta, sino un principio de elevado rango, susceptible de ser ponderado y modulado con otros intereses en virtud de las circunstancias de cada caso.

Tal garantía es concebida no sólo como un requisito para la correcta valoración probatoria -como garantía epistemológica- sino asimismo como una garantía de defensa.

Frente a precedentes como la sentencia *Lucá c. Italia* que dibujaba más una regla o presupuesto de valorabilidad, la citada sentencia *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido* reconduce esa perspectiva. El Tribunal de Estrasburgo matiza la "regla de la **prueba** única o decisiva", concepción a tenor de la cual una condena no podría fundarse, como **prueba** única o decisiva, en un testimonio prestado sin contradicción, y la sustituye por una aproximación basada en la ponderación de intereses, tanto del acusado como de las víctimas o la sociedad en su conjunto. Una condena basada en un testimonio sin contradicción sería legítima si del análisis del proceso en su conjunto revela factores de compensación de ese déficit de defensa. La salvaguarda efectiva de contradicción es susceptible de ponderación con intereses enfrentados. La regla de que no puede ser **prueba** única o decisiva no es dogma absoluto. Es modulable. La ausencia de contradicción de un concreto medio de **prueba**, no derivada de una gestión procesal errónea o equivocada no será contraria al derecho a un proceso equitativo si en el caso concreto se identifican medidas que permiten una correcta evaluación de la **fiabilidad** de la **declaración** a partir de una perspectiva global y tras sopesar los intereses contrapuestos concurrentes. Los testimonios prestados fuera del juicio oral puedan fundar una condena en ciertas condiciones. Cuando la ausencia del testigo esté apoyada en buenas razones una regla de exclusión ("*sole or decisive rule*") no puede ser aplicada "de un modo inflexible". Debe ser sometida a similares criterios de ponderación que los empleados en casos en que es preciso proteger intereses concretos de testigos o víctimas. Lo contrario "*transformaría la regla en un instrumento tajante e indiscriminado, contrario al modo tradicional en que el Tribunal aborda la cuestión de la equidad global del procedimiento, en aras a ponderar los intereses enfrentados de la defensa, la víctima y los testigos, así como el interés público en una efectiva administración de justicia*" (§ 146). El TEDH sienta el criterio de que cuando una condena está basada únicamente o de modo decisivo en **pruebas** ofrecidas por testigos ausentes, la imposibilidad de haber sometido a contradicción el testimonio no conllevará automáticamente una vulneración del derecho a un proceso equitativo. Dependerá de si en el caso concreto existen "*suficientes factores de compensación, incluyendo medidas que permitan una correcta y adecuada evaluación de la fiabilidad de esa prueba. Esto permitiría que una condena se fundara únicamente en dicha prueba solamente si es suficientemente fiable dada su relevancia en el caso*" (§ 147).

Insistirá más recientemente en esa manera *principal* de afrontar esta cuestión la STEDH de 12 de mayo de 2016 (asunto *Polentan y Azirovik c. la Antigua República Yugoslava de Macedonia*). Los testimonios de **cargo** que, junto con otras **pruebas**, fundaban la condena fueron leídos en el juicio oral al no comparecer los declarantes. Tras reiterarse que todas las **pruebas** han de practicarse en audiencia pública a fin de realizar un debate contradictorio y que las excepciones a ese principio no pueden entrar en conflicto con el derecho de defensa, se explica que el acusado debe gozar de una ocasión efectiva para refutar la credibilidad de un testigo examinándolo directamente en el juicio oral o en un momento anterior. Eso será más exigible cuanto mayor relevancia tenga el testigo de **cargo** para el resultado del proceso. Se añade que la equidad del proceso ha de analizarse en su conjunto y no en dependencia estricta e inexorable del cumplimiento de cada una de las condiciones, lo que en el caso concreto le lleva a reputar no atentatoria del derecho a la presunción de inocencia la condena en la medida en que si los testigos no comparecieron fue por causa justificada (residían en el extranjero), sus **declaraciones** fueron leídas en el acto del juicio oral, no se formuló objeción alguna por parte de las defensas lo que permite deducir que renunciaron a su derecho a interrogar a estos testigos, y, además, no fueron esos testimonios la única **prueba** que fundó la condena.

SÉPTIMO.- Efectuado este recorrido jurisprudencial panorámico, volvamos al supuesto de autos. Identificamos tres situaciones diferenciables: **a)** testimonio de la testigo protegido en relación a Saturnino ; **b)** el mismo testimonio en relación a los hermanos; **c)** testimonio de Esmeralda que solo alcanza a los citados hermanos.

La testigo protegido declaró en fase **sumarial** en presencia del letrado de dos de los tres procesados. Esa es la **declaración** que ha sido valorada como material probatorio a través de su visionado al rehusar deponer en el juicio por las razones expuestas (miedo derivado de amenazas que ella achaca a los dos hermanos procesados; no al tercero).

La contradicción presente en esas **declaraciones** no alcanza los mínimos exigibles en relación a Saturnino . Es verdad que intervino la dirección letrada de otra defensa (Carlos Daniel y Ricardo). Pero no eran coincidentes los intereses allí representados con los de Saturnino , (aunque tampoco contradictorios). La versión exculpatoria de Saturnino (tuvo relaciones sexuales con la testigo a instancia de ésta y la

denuncia obedece a despecho) reclamaba un interrogatorio directo y propio a la testigo, que ni efectuó ni tuvo oportunidad de hacer. La esperable ocasión se esfumó en el acto del juicio oral ante las alegaciones de la testigo y la decisión del órgano judicial de exonerarla del deber de declarar. Ese déficit es trascendental pues la **prueba** es basilar. No se compensa suficientemente ni con el visionado de la **declaración** ni con un testimonio de referencia. La ausencia de una oportunidad para interrogar a la testigo de **cargo**, no aparece equilibrada por el resto de elementos de **prueba** y las circunstancias concretas de esa **declaración**. *In casu* no es valorable sin padecimiento del derecho de defensa. La falta de contradicción no es atribuible a indiligencia de esta parte. El recurrente se vio privado de toda posibilidad de dirigir preguntas a la testigo por razones ajenas a él. Es verdad que en el momento en que se produjo esa **declaración** (21 de febrero de 2014) este recurrente no tenía la condición de imputado en las diligencias judiciales en que se acordó la preconstitución probatoria (en esa línea argumenta la sentencia de la Audiencia). Pero no podemos taparnos los ojos ante una evidente falta de coordinación judicial. El recurrente había sido detenido por el Juzgado que incoó diligencias a raíz de la denuncia de la testigo protegido varios días antes (14 de febrero) y había prestado **declaración** a presencia judicial el 17 de febrero de 2014 en el seno de tal procedimiento luego unido a éste (folios 1343 y ss).

En otro orden de cosas, los motivos aducidos por la denunciante para no declarar no afectaban a este acusado a quien no se reprochaban amenazas y presiones con ocasión del proceso. Era perfectamente deslindable su conducta de los de los otros dos procesados. Cabía hipotéticamente un interrogatorio referido en exclusiva a los hechos atribuidos a Saturnino que ni se intentó, ni se planteó.

Quedaría así solo en cuanto a este recurrente un testimonio de referencia (Inspector de policía). Otros testigos cuya credibilidad es cuestionada por el Tribunal declararon en favor suyo. En términos generales es valorable un testimonio de referencia siempre que no suponga esa admisibilidad genérica la coartada para eludir la comparecencia y **declaración** bajo contradicción del testigo directo o presencial. El testigo de referencia no puede convertirse en fórmula o atajo para sustraer al principio de contradicción el testimonio directo. En las condiciones que aquí se presenta el testimonio de referencia (el agente expone lo que le relató esta testigo protegida) no puede sustituir al testigo principal. Solo valdría como un elemento más corroborador. Una condena no podía basarse exclusivamente en él, pues de esa forma sí quedaría burlado el derecho a reinterrogar a la testigo de **cargo**.

Por tanto si **i)** la **prueba** preconstituida no puede ser usada frente a él pues el déficit de contradicción afectaría a la equidad global del proceso; **ii)** el testimonio de referencia no puede suplir el de la víctima; **iii)** no hay responsabilidad alguna en la defensa en relación a esa falta de contradicción y **iv)** el resto de **pruebas** -testigos- son exculpatorias; solo cabe la absolución que plasmará en una segunda sentencia por exigencias de la presunción de inocencia.

El primer motivo del recurso de Saturnino es por tanto estimable lo que deja vacíos de contenido sus restantes motivos (segundo a quinto).

OCTAVO.- La segunda situación es la que ofrece esta testigo protegido frente a los otros dos recurrentes. Interpela en una doble dirección. ¿Puede una **prueba** testifical preconstituida e introducida con tal carácter en el juicio oral ser objeto de valoración cuando el testigo-víctima desatiende la obligación de declarar en el juicio oral? ¿Hasta qué punto la ausencia en aquel acto de los investigados le privaron de validez?

A esas dos preguntas hay que adicionar el análisis del "anonimato", al menos formal, de la testigo.

Se imponen nuevas ponderaciones: hay que valorar el grado de responsabilidad en esos dos puntos tanto de los propios investigados como del órgano judicial. Eso nos permitirá formular un juicio global sobre la equidad del proceso respecto de ellos.

El hecho de que los investigados no estuviesen presentes durante la **prueba** preconstituida no lastra hasta el punto de hacerla inválida la **prueba** preconstituida. Es sabido que sobre el alcance de esa deficiencia la jurisprudencia no ha sido homogénea. Se hace eco de ello la sentencia de instancia. El art. 448 LECrim impone expresamente esa presencia. No así el art. 777.2 LECrim en sede de procedimiento abreviado (modalidad procesal seguida en el momento en que se produjo la **declaración** anticipada. La conversión a sumario fue posterior. Pero esa formalidad no puede tener mayor trascendencia, pues sería en todo caso algo reprochable al Instructor: art. 760 LECrim . Vid., no obstante, STS 740/2009, de 30 de junio).

La asimetría entre ambas normas (448 y 777.2 LECrim) cabe entenderla en clave de complementariedad: (la omisión del art. 777.2 no puede tener mayor significación pues sería de aplicación supletoria lo previsto en el art. 448); o con otra dimensión: es una exigencia solo en el procedimiento ordinario; no lo es en el procedimiento abreviado (STS 740/2009).

Desde ahí en todo caso podemos extraer una clara secuela interpretativa: la trascendencia de la omisión de esa previsión no puede ser tan determinante o esencial, cuando el propio legislador en el ámbito de un procedimiento donde se ventilan penas también elevadas prescinde expresamente de ella sustituyéndola por la genérica necesidad de respetar el principio de contradicción.

La STS 192/2009, de 12 de febrero parece inclinarse por el criterio más estricto. El incumplimiento de esa prescripción ha de ser considerado muy relevante e incluso, se podría deducir, con aptitud para invalidar la **prueba**. Trasladamos aquí algunos pasajes de tal sentencia que describen bien el régimen legal y su interpretación jurisprudencial:

" La **declaración sumarial** se practicó bajo la rúbrica de "**prueba preconstituida**", ante S.S^a y el Secretario Judicial, con la asistencia e intervención del representante del Ministerio Fiscal y de la Letrada del hoy acusado, que en aquél momento permanecía detenido, pero no estuvo presente en la **declaración** de la denunciante. Como detenido acababa de prestar **declaración** momentos antes en el mismo Juzgado, siendo entonces cuando, instruido de sus derechos, designó para su defensa a la Letrada que seguidamente participó sin la presencia de él en la **declaración** judicial de la denunciante...

...la **declaración sumarial** en su día practicada por la denunciante y sobre la cual se apoya el pronunciamiento de condena de la sentencia impugnada carece en este caso de las condiciones legales necesarias para ser tenida como **prueba de cargo válida**; Y ello por las siguientes razones:

1. - En nuestro ordenamiento procesal por regla general los medios de **prueba** con validez o idoneidad para desvirtuar la presunción de inocencia son los que se practican en el Juicio Oral, bajo los principios de inmediación ante el mismo Tribunal que ha de juzgar, de contradicción de las partes del proceso, y de publicidad. La **prueba** testifical por ello debe practicarse también, salvo casos excepcionales a que luego se aludirá, ante la presencia del Tribunal sentenciador, y así el art. 702 de la LECr precisa que quienes están obligados a declarar "lo harán concurriendo ante el Tribunal". Y el art. 446 alude en igual sentido a la obligación que el testigo que declaró en el sumario tiene de "comparecer para declarar de nuevo ante el Tribunal competente cuando se le cite para ello".

Se ha dicho con razón que la verdadera fuerza o valor probatorio de la **prueba** testifical descansa en el hecho de que se produzca ante la presencia inmediata del Tribunal, pues la inmediación tiene indudable influencia en la debida valoración del testimonio a la hora de conformar el convencimiento judicial.

2. - Solo excepcionalmente la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando se dan razones de imposibilidad del testigo, permite prescindir de su personal comparecencia en el propio Juicio Oral, sustituyéndola por soluciones en que reproduce una mayor o menor observancia, según los casos, de la inmediación ante el Tribunal juzgador:

A) Así sucede, observándose la inmediación, con la llamada **prueba** anticipada en sentido propio. Se admite en el procedimiento ordinario por el art. 657 punto tercero, que al regular los escritos de conclusiones provisionales faculta a las partes para pedir que se practiquen "desde luego aquellas diligencias de **prueba** que por cualquier causa fuere de temer que no se puedan practicar en el Juicio Oral, o que pudieran motivar su suspensión". Norma que en el Procedimiento Abreviado tiene su correspondencia en los arts. 781-1 punto tercero, y 784-2, que permiten a la acusación y a la defensa, respectivamente, solicitar "la práctica anticipada de aquellas **pruebas** que no pueden llevarse a cabo durante las sesiones del Juicio Oral". En todos estos supuestos la excepcionalidad radica en la anticipación de la práctica probatoria a un momento anterior al comienzo de la vista del Juicio Oral. En lo demás se han de observar las reglas propias de la **prueba**, sometida a los mismos principios de publicidad, contradicción e inmediación ante el Tribunal juzgador que prevendrá lo necesario para la práctica de la **prueba** anticipada (art. 785-1 de la LECr).

B) Un segundo supuesto diferente es el denominado por algunos como "**prueba preconstituida**" por diferenciación con el primero en cuanto ya en este segundo la **prueba** no se practica como aquél ante el tribunal Juzgador sino ante el Juez de Instrucción; y denominado por otros como **prueba** "anticipada en sentido impropio", por esta misma razón, unida a la necesidad de reservar el término de "**prueba preconstituida**" a las diligencias **sumariales** de imposible repetición en el Juicio Oral por razón de su intrínseca naturaleza, y cuya práctica, como sucede con una inspección ocular y con otras diligencias, es forzosamente única e irrepetible. Se llame de una o de otra manera, este segundo supuesto es el de las **pruebas** testificales que ya en la fase **sumarial** se preven como de reproducción imposible o difícil por razones que, aún ajenas a la propia naturaleza de la **prueba**, sobrevienen en términos que permiten anticipar la imposibilidad de practicarla en el juicio Oral. Estos supuestos se rigen en el procedimiento abreviado, por el art. 777 de la LECr , disponiendo que 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". Como ante el Juez de Instrucción no se satisface la intermediación, el precepto garantiza al menos una cierta intermediación de segundo grado o menor al exigir que esa diligencia ante el Instructor se documente "en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o bien -previendo quizá la secular falta de medios- por medio de acta autorizada por el Secretario Judicial con expresión de los intervinientes. En el procedimiento ordinario los preceptos correspondientes se encuentran en el art. 448 y 449 de la LECr cuyas exigencias son: **a)** En cuanto al presupuesto, que haya motivo racionalmente bastante para temer la muerte del testigo o su incapacidad física o intelectual antes de la apertura del Juicio Oral, o bien que el testigo, al hacerle la prevención referida en el art. 446 acerca de su obligación de comparecer para declarar de nuevo ante el Tribunal competente cuando se le cite para ello, manifieste: "la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse de la Península"; **b)** en cuanto al modo de practicarse: que se provea de Abogado al reo por su designación o de oficio "para que le aconseje en el acto de recibir la **declaración** del testigo"; que se le examine "a presencia del procesado" y de su Abogado defensor -a salvo el supuesto del art. 449- y a presencia del Fiscal y del querellante si quisieren asistir al acto, permitiéndoles las preguntas convenientes; que la diligencia consigne las contestaciones a estas preguntas y sea firmada por los asistentes; **c)** en cuanto a su introducción en el Juicio Oral, que en el acto de la vista se proceda a la **lectura** de esta diligencia de **prueba** preconstituida o anticipada, exigencia que, sin estar expresada en el art. 448, es de cumplimiento necesario por elemental observancia de los principios de intermediación, publicidad y contradicción. Así lo evidencia que lo exija el art. 777 en el procedimiento abreviado sin que tenga justificación alguna prescindir de lo mismo en el ordinario, referido como está a delitos de mayor gravedad y **d)** que además la imposibilidad anticipadamente prevista durante el sumario, para comparecer al Juicio Oral, legitimadora de su anticipada práctica en aquella fase procesal, subsista después de ella, puesto que si por cualquier razón le fuera posible luego al testigo acudir al Juicio Oral, no puede prescindirse de su testimonio en ese acto ni se justifica sustituirlo por la **declaración** prestada según el art. 448 en la fase **sumarial**.

C) El tercer supuesto lo regula el art. 730 de la LECr que cubre los casos en que no siendo posible como en los anteriores prestarse la **declaración** testifical en el Juicio Oral, la imposibilidad, a diferencia de ellos, se debe a factores sobrevenidos e imprevisibles. En ese ámbito dispone el art. 730 de la LECr que podrán leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que por causa independiente de la voluntad de aquéllas no puedan ser reproducidas en el Juicio Oral...

... **3.-** La aplicación de lo expuesto al caso que nos ocupa conduce a negar a la **declaración sumarial** de la denunciante valor como **prueba** de **cargo** por las razones siguientes:

A) Desde la perspectiva de la disciplina legal de la "**prueba** preconstituida" (art. 448 de la LECr) se practicó sin que se hiciera constar ninguno de sus presupuestos fácticos justificativos: no consta que se temiera la muerte de la testigo o su incapacidad antes de la apertura de Juicio Oral, ni se expresa en ningún lugar que manifestara la imposibilidad de concurrir al acto de la Vista cuando se la citara para ello. Son presupuestos alternativos y alguno de ellos había de constar en cuanto solo por ellos es admisible esa **prueba** excepcional, que no se justifica por el solo hecho de tener la testigo habitual residencia en Inglaterra.

B) También como **prueba** preconstituida adoleció de falta de presencia del denunciado, como exige el art. 448 de la LECr , que se encontraba detenido y había declarado momentos antes ante el mismo Juzgado de Instrucción. Lo evidencia que designara entonces para su asistencia a la Letrado que luego intervino seguidamente en la **declaración** de la denunciante.

C) Desde la posible cobertura por el art. 730 de la LECr , -que parece ser la que finalmente se aplicó, teniendo en cuenta la invalidez de la **prueba** como preconstituida según el art. 448 de la LECr , y la proposición por el Ministerio Fiscal de la **prueba** testifical personal de la denunciante para el Juicio Oral- no consta que se diera el presupuesto de su imposibilidad sobrevenida: en efecto, no estaba en ignorado paradero y tampoco aparece la imposibilidad o extrema dificultad para su citación. No hay una mención a que, en caso de que no estuviera citada, no hubiese acudido a la citación que se le hiciera.

La STS 96/2009, de 10 de marzo , invocada por el Tribunal a quo se decanta decididamente por considerar no invalidante de la preconstitución probatoria la ausencia del imputado. Tras reiterar las enseñanzas del precedente que acabamos de transcribir parcialmente, explica:

"La segunda razón alegada por el recurrente es que tampoco en esa **prueba** preconstituida se cumplió el requisito de la garantía de la contradicción, que exige no solo la presencia del letrado defensor sino también la del inculpado, cuando el testimonio se practica , es decir cuando tiene lugar.

Invoca para ello el recurrente lo dispuesto en tal sentido por el art. 448 de la LECr . Sin embargo ese precepto que en efecto contiene la exigencia de la presencia del inculpado en la **prueba** preconstituida, pertenece al procedimiento ordinario. La norma específica de aplicación en el presente caso es la del art. 777 de la LECr . por tratarse, en el momento de practicarse la exploración, de un Procedimiento Abreviado. El art. 777 exige que en la **prueba** practicada en la fase instructora el Juez asegure "en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes", pero no establece para ello la necesidad de presencia del imputado.

En todo caso **la doctrina de esta Sala no estima que sea la ausencia del imputado invalidante de la prueba cuando estando presente su letrado tiene éste la oportunidad de intervenir en la práctica de la diligencia...**

Por su parte la Sentencia de 16 de enero de 2008 declara que "no hay razones objetivas que permitan afirmar que siempre y en todo caso, la ausencia del procesado, hallándose presente su Abogado defensor, implique la quiebra de esa contradicción. No existen argumentos que permitan avalar la tesis de que la presencia del procesado, como impone la corrección procesal, se convierta en un presupuesto de validez de la práctica de esa diligencia. No es eso -añade la Sentencia citada- lo que parece desprenderse por ejemplo del art. 777.2 de la LECr que, en el ámbito del procedimiento abreviado, en los mismos supuestos, sin mención alguna a esa presencia, impone al Juez de Instrucción el deber de practicar inmediatamente la **prueba** asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes". Criterio que ya mantuvo esta Sala incluso antes de la reforma que introdujo la norma del actual art. 777.2 por Ley 38/2002 de 24 de octubre : así la Sentencia 263/1998 de 5 de octubre , con relación al art. 448 declaró que la no presencia del acusado mismo en el acto de los interrogatorios no es defecto procesal determinante de la nulidad cuando no se omiten los requisitos condicionantes del fin del acto procesal, ni se produce indefensión, si intervino el Abogado del imputado porque pudo preparar los interrogatorios escuchando previamente la versión de su patrocinado.

En definitiva en este caso la **prueba** preconstituida se hizo a presencia del Juez de Instrucción, asistido del Secretario Judicial, y con la presencia del Ministerio Fiscal y del letrado del imputado, en la fase instructora del procedimiento abreviado, quedando por ello cumplida la exigencia del principio de contradicción establecida por el art. 772.2 de la LECr ".

La incapacidad del defecto concretado en la ausencia de los imputados en la preconstitución probatoria para anular su valor no solo está respaldada por la jurisprudencia que se acaba de evocar, sino que además en este caso se hace más clara si atendemos a otras circunstancias particulares.

a) La ausencia de los imputados era medida exigida por la condición de testigo protegido de la víctima.

b) Además -y con esto nos adentramos en el análisis de esa misma cuestión en relación a la testigo incomparecida, Esmeralda - la actitud de los dos imputados no fue ajena a esa ausencia. Pudieron conocer a través de su letrado que esas diligencias se iban a practicar. Además en la fecha en que se llevó a cabo la primera **declaración** no estaba localizable ninguno de ellos (vid. al folio 808 como el 21 de enero de 2014 llevaban tiempo ausentes del domicilio que habían fijado (folios 818 y 31 y siguientes). Hubo de declararse la busca y detención de ambos. Uno de ellos (folio 1228) no sería detenido fuera de España más que después de que se produjese la **declaración** de la testigo protegido como demuestra un examen de las actuaciones que desmiente algunas alegaciones de los recursos sobre ese punto.

c) Hubo, una efectiva contradicción materializada en la muy activa intervención de la dirección letrada de los imputados (abogado expresamente designado y que les venía asistiendo: folios 44 y 53) que lejos de ser una mera coartada (un *convidado de piedra*) para dotar formalmente de validez al acto, se convirtió en contrapunto eficaz del interrogatorio de la acusación. El letrado ejerció con loable empeño su función realizando un incisivo, extenso y minucioso interrogatorio sin que se le escapasen supuestas contradicciones o lagunas o fisuras que supo resaltar y explotar. El visionado de las **declaraciones** lo pone de manifiesto. Ciertamente enriquece la contradicción la presencia simultánea de los imputados, pero en términos que por vía de principio no son imprescindibles para preservar lo nuclear de ese principio.

NOVENO.- Si nos desplazamos al momento del acto del juicio oral para evaluar el hecho de que la testigo, con el *placet* del Tribunal, rehusase contestar, comprobamos, en otro orden de cosas, que no fue una decisión caprichosa o huérfana de fundamento. Estaba respaldada por razones poderosas a las que indiciariamente tampoco eran ajenos los recurrentes.

Las razones aducidas por la víctima para excusarse son atendibles. Los datos que corroboran sus manifestaciones sobre las amenazas recibidas sugieren algo más que una actitud pusilánime o proclive en exceso a la inquietud. La indagación de si merecen tutela o comprensión los intereses de quien rechaza

colaborar con el proceso menoscabando en alguna medida la plenitud de contradicción, así como la intermediación estricta lleva aquí a una respuesta rotundamente afirmativa.

La **prueba** no sería valorable si arrastrase un relevante déficit de garantías. La pregunta a contestar no es solo si la actitud de la víctima, es más o menos disculpable o justificable (miedo, protección de su intimidad, evitar interferencias en su proceso de recuperación psicológica, todas las razones anudadas a lo que se ha denominado victimización secundaria: vid STS 793/2013, de 28 de octubre) sino también y sobre todo si las actuaciones que el Fiscal introdujo como material probatorio reúnen el nivel de garantías procesales exigibles para ser tomado por tal; es decir si se produjo con respeto a los estándares básicos, y si en la menor intensidad o modulación de alguna de las garantías ha existido responsabilidad achacable a agentes estatales.

La **prueba** ahora examinada se generó en relación a estos procesados con garantías casi plenas: con contradicción asegurada a través de su dirección letrada. Se documentó en la forma prevista en el art. 448 LECrim . La grabación de la **declaración** se reprodujo en el acto del juicio oral con publicidad, y con una percepción (reproducción videográfica) que sin ser asimilable totalmente a la intermediación supera la que proporciona un acta escrita, con el inevitable efecto empobrecedor que es consustancial al traslado al papel de las palabras verbalizadas.

Una causa razonable justificó que no se reprodujese la **declaración** en el plenario.

La ya citada STEDH de 19 de febrero de 2013, (caso *Gani contra España*) apuntala esta última consideración: era razonable, ante las circunstancias concurrentes de angustia y estrés, que el Tribunal dispensase a la víctima de su obligación de declarar. "El demandante -argumenta esa sentencia- se remite a la jurisprudencia del TEDH, establecida en *Mayali c. Francia* (nº 69116/01, 14 de junio de 2005) y *Karpenko c. Rusia* (no 5605/04, 13 de marzo de 2012) para quejarse de que sus derechos amparados por el artículo 6 §§ 1 y 3 (d) del Convenio han sido restringidos de una manera inaceptable. Reprocha a los Tribunales internos el impedirle, de manera injusta, que interrogara a N., y de que a ella, desde su punto de vista, se le ha dispensado de someterse al interrogatorio contradictorio, sin una buena razón. El demandante se remite a la página 10 de la sentencia del Tribunal Supremo según la cual el informe médico que fue aportado a los efectos de la vista, no relaciona ningún impedimento médico que imposibilitara a la presunta víctima testificar en el juicio. Argumenta que la alegada incapacidad de la víctima para no realizar el careo no era, contrariamente a lo que manifestaron las jurisdicciones internas, los alegados síntomas post traumáticos - los cuales no habían sido médicamente establecidos - sino su rechazo a testificar con el fin de evitar entrar en contradicción con sus **declaraciones** durante las diligencias...

32 El Gobierno insiste en que el Abogado del demandante fue debidamente convocado por el Juez Instructor no 5 de Gava, al interrogatorio de la víctima, quien lo llevo a cabo el 22 de julio de 2004, pero no se presentó y no aportó ninguna justificación. Además, insiste en el hecho de que el Abogado que se hizo **cargo** de la defensa del demandante, a partir del 16 de septiembre de 2004, no solicitó del Juez Instructor que llevara a cabo ningún nuevo interrogatorio contradictorio a la víctima, antes de que se celebrara la vista a una persona acusada de un delito criminal, sea, en principio, la practicada en su presencia en la vista pública a efectos de la argumentación contradictoria, excepciones a este principio están permitidas en circunstancias excepcionales, por ejemplo cuando se comprueba que es materialmente imposible que un testigo pueda efectuar su **declaración** en la vista debido a su estado mental. En esos casos, a los Tribunales se les permite que se basen en las **declaraciones** de los testigos efectuadas en fases previas del procedimiento, siempre y cuando, *inter alia*, sean leídas en la vista y se le de al demandado la adecuada oportunidad para realizar un careo, tal como ha sucedido en el presente caso. El Gobierno indica, por otra parte, que esta excepción no era aplicable a los casos de enfermedad física de los testigos, desde que el Tribunal Constitucional descubrió en la legislación criminal soluciones mas apropiadas para estas situaciones, tales como interrogatorios a domicilio, o **declaraciones** a través de vídeo conferencia.

33. El Gobierno sostiene, además, que desde la motivación de muchas sentencias del TEDH, tales como en los asuntos *Krasniki c. República Checa* (no 51277/99, 28 de febrero de 2006) y *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido* ([GC], nº 26766/05 y 22228/06, TEDH 2011) se puede inferir que el temor a la muerte o a las lesiones físicas por parte de un testigo o de otra persona, o incluso el temor de incurrir en una significativa pérdida económica constituyen condiciones relevantes para que los tribunales de primera instancia tengan en cuenta dispensar a un testigo de acudir a la vista ...

... 40. En la jurisprudencia del TEDH, la cuestión de saber si la interpretación del caso de *Lucà*, antes citado, dada por el TEDH, es conforme con el artículo 6 §§ 1 y 3 (d), ha surgido principalmente en tres distintos supuestos. El primer supuesto concierne el caso llamado "testigos anónimos", en el cual, la identidad de un

testigo se oculta para, por ejemplo, protegerle respecto de intimidaciones o amenazas de represalias (ver, por ejemplo, Doorson, antes citado). El segundo supuesto, concierne a casos de "testigos ausentes", donde la **declaración** de un testigo que no comparece personalmente ante el Tribunal para la práctica de la **prueba**, porque haya fallecido, no pueda ser localizado, o rechace comparecer por miedo o por cualquier otra razón (ver, por ejemplo, Craxi c. Italia (nº 1), nº 34896/97, 5 de diciembre de 2002, S.N. c. Suecia, antes citado, Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido [GC], nº 26766/05 y 22228/06, TEDH 2011). Esas categorías no se excluyen mutuamente, puesto que los testigos pueden ser a la vez anónimos y ausentes (ver, por ejemplo, Lüdi c. Suiza, 15 de junio de 1992, Series A nº 238, y Van Mechelen y Otros c. Países Bajos, 23 de abril de 1997, Recopilación de Sentencias y Decisiones 1997-III). El tercer supuesto concierne a los casos de testigos que invocan su privilegio de no incriminarse a sí mismos (ver, por ejemplo, Vidgen c. Países Bajos, no 29353/06, 10 de julio 2012).

41. En esos tres supuestos, el TEDH siempre ha considerado necesario llevar a cabo **un examen de la equidad del procedimiento en su conjunto, con el fin de determinar si los derechos del acusado han sido restringidos de forma inaceptable**. Tradicionalmente, esto ha incluido un examen tanto de la importancia de la **prueba** no practicada contra el acusado en el caso, concretamente si la **prueba** no practicada constituye la única o **prueba** decisiva contra el demandante (ver, por ejemplo, Kornev y Karpenko c. Ucrania, nº 17444/04, §§ 54-57, 21 de octubre de 2010; Caka c. Albania, nº 44023/02, §§ 112-16, 8 de diciembre de 2009; Guilloury c. Francia, nº 62236/00, §§ 57-62, 22 de junio de 2006; Lucà, antes citado, §§ 40-43; y Vidgen, antes citado, §§ 45-46), como de las medidas de contrapeso tomadas por las autoridades judiciales para compensar las desventajas con las que la defensa ha tenido que trabajar (ver Doorson, antes citado, §§ 73-76; S.N. c. Suecia, antes citado, §§ 49-53; V.D. c. Rumanía, nº 7078/02, §§ 113-115, 16 de febrero de 2010; y, más recientemente, Al-Khawaja y Tahery, antes citado, §§ 147 y 153-65, y Vidgen, antes citado, § 47).

42. De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, la llamada "única o regla decisiva" no debería aplicarse de una manera inflexible, cuando se revisan cuestiones de equidad de los procedimientos, ya que, de hacerlo así, transformaría la regla en instrumento contundente que iría en contra de la manera tradicional en la que el TEDH enfoca el tema de la equidad de los procedimientos en su conjunto, concretamente poniendo en la balanza los intereses contrapuestos de la defensa, la víctima, y los testigos, así como del interés público en la administración efectiva de la Justicia (ver Al-Khawaja y Tahery, antes citado §146). **El TEDH ha considerado por tanto que, cuando una condena está basada únicamente o de manera decisiva en una prueba aportada por testigos ausentes que no han estado disponibles para el interrogatorio contradictorio por parte de la defensa, la admisibilidad como prueba de aquellas declaraciones referenciales no resultan, automáticamente, en una vulneración del artículo 6 § 1. En esos casos, sin embargo, el TEDH puede someter al procedimiento al más minucioso escrutinio. Debido a los riesgos que entran a la admisión de este tipo de prueba, la inclusión de sólidas garantías procedimentales sería un factor muy relevante en su valoración. La cuestión esencial en cada supuesto es determinar si concurren suficientes elementos probatorios, incluyendo medidas que permitan una justa y ponderada comprobación de la fiabilidad de esa prueba. Ello permitiría que se dictara una condena basada en tal evidencia solamente en el caso de que fuera suficientemente fiable, dada su importancia. (ibidem § 147)**

44. El TEDH reitera que Filomena . no fue sometida a interrogatorio contradictorio por parte del demandante **o de su Abogado**, incluso cuando compareció, tanto ante el Juez Instructor, como ante el Juzgado a los efectos de aportar la **prueba** personalmente. El TEDH hace observar que el 22 de julio de 2004, Filomena . tuvo una comparecencia ante el Juez Instructor, durante la cual el Abogado del demandante hubiera podido plantearle preguntas. **Fue debidamente convocado a la comparecencia pero no se presentó y no aportó ninguna justificación (ver párrafo 9 más arriba). Queda, de esta manera, patente que al demandante se le dio la oportunidad de interrogar a Filomena ., pero su Abogado, de forma injustificada, desaprovechó esa oportunidad. El TEDH considera que no se les puede reprochar, a las Autoridades internas, la decisión del Juez Instructor de llevar a cabo la comparecencia en ausencia del Abogado del demandante. No obstante, el TEDH sostiene que ese hecho no es decisivo para concluir que los procedimientos fueron justos .**

Como ya se ha dicho, la tarea del TEDH, según dispone el Artículo 6 § 1 del Convenio, es verificar si los procedimientos, en su conjunto, han sido justos. En la circunstancias del presente caso, esto requiere que el TEDH examine si las medidas positivas han sido tomadas por las Autoridades judiciales, con el fin de permitir al demandante interrogar o hacer interrogar a Filomena . en el juicio, que es donde la **prueba** debe ser normalmente practicada.

45. A este respecto, El TEDH apunta que la Audiencia Provincial permaneció en la Sala a la vista de la incapacidad de Filomena . de describir lo que había sucedido los días 4 y 6 de abril de 2004, y que, una vez comprobado médicamente que Filomena . sufría síntomas de estrés post traumático, el Tribunal ordenó que le fuera facilitada ayuda psicológica a los efectos de que pudiera ser sometida a un interrogatorio contradictorio en la Audiencia pública. A pesar de que un reconocimiento médico fue efectuado antes de que la Audiencia pública se celebrara, Filomena . se derrumbó antes de que el Fiscal finalizara su interrogatorio. Solamente después de realizar innumerables esfuerzos, ayuda médica incluida, con el fin de permitir a Filomena . continuar con su **declaración**, el Tribunal decidió que las **declaraciones de las diligencias fueran leídas como alternativa al interrogatorio contradictorio por las partes**. La Audiencia Provincial considero que Filomena . no estaría apta para el interrogatorio contradictorio dentro de un plazo razonable y que el demandante estaba en prisión preventiva. Un informe pericial confirmó, tras la vista, que Filomena . estaba sufriendo de desorden de estrés post traumático. A la luz de las circunstancias, el TEDH considera que no se le puede acusar al Juzgado de primera instancia de falta de diligencia en sus esfuerzos para facilitar al demandante la oportunidad de interrogar a la testigo. Tampoco está de acuerdo el TEDH, con el argumento del demandante de que la Audiencia Provincial eximiera indebidamente a Filomena ., del interrogatorio contradictorio.

46. Finalmente, el TEDH ha analizado si la utilización por parte de los Tribunales internos, de las **declaraciones** de Filomena . durante las diligencias estuvo acompañada de los suficientes factores compensatorios, incluidas las medidas que permitieran una justa y apropiada valoración de esa **prueba**. El TEDH reitera que las únicas condenas, en el presente caso, que plantean la cuestión desde la perspectiva del artículo 6 §§ 1 y 3 (d) del Convenio, son las de lesiones y violación, en la medida en que están única, o decisivamente, basadas en las **declaraciones** efectuadas por la víctima, sin interrogatorio contradictorio.

47. El TEDH es conocedor de las dificultades a las que se enfrentan los Tribunales internos cuando tratan de delitos sexuales (ver, *mutatis mutandis*, Tyagunova c. Rusia , nº 19433/07, § 68, 31 de julio de 2012), que están normalmente rodeados de secretismo y que son frecuentemente, bien sea por temor o por otras razones, denunciados demasiado tarde para que se pueda llevar a cabo un completo examen médico corroborativo. Por consiguiente, en muchos casos como este, la única o decisiva **prueba** para la condena del demandado es la **declaración** de la víctima, la honradez y la credibilidad de quien puede ser cuestionado por la defensa en la vista mediante el interrogatorio contradictorio. En el presente caso, el interrogatorio contradictorio de la víctima resultó impracticable por causa de los síntomas de estrés post traumático que, tal y como ya ha sido expuesto, fueron médicamente confirmados (ver párrafo 11 supra).

48. El TEDH señala, sin embargo, que al demandante se le ha dado la oportunidad de plantear preguntas a Filomena . durante la fase de investigación del procedimiento, pero su Abogado no asistió a la comparecencia (ver párrafo 9 más arriba). En esas circunstancias, el interés de la justicia estaba, obviamente, en admitir las **declaraciones** de Filomena . como **prueba**. El TEDH hace observar que esas **declaraciones** fueron leídas en la Audiencia Provincial y que al demandante se le dio la oportunidad de efectuar un careo, aportando su propia versión de los hechos, lo cual hizo debidamente.

El TEDH hace además observar, que los Tribunales internos han cotejado cuidadosamente ambas versiones de los hechos que coincidían parcialmente, particularmente en aquellos aspectos que no implicaban la comisión de algún delito criminal o que tuvieran menores implicaciones criminales. Juzgaron la versión del demandante débil e inconsistente, y la de Filomena . lógica y suficientemente detallada para eliminar cualquier sospecha de simulación o venganza. El TEDH señala a este respecto que los Tribunales internos también han tomado en cuenta la **declaración** efectuada por Filomena . en la vista, la cual, aun incompleta, sirvió para corroborar sus **declaraciones** durante las diligencias (ver párrafo 11 supra). La fiabilidad de las **declaraciones** de Filomena . estaba, además, sostenida por **pruebas** indirectas tales como que había sido secuestrada de su apartamento por el demandante y que, cuando fue liberada por el demandante, vestía diferentes prendas de ropa pertenecientes a este último, así como por las opiniones médicas y los informes confirmando que sus lesiones y estado psicológico eran acordes con su versión de los hechos (ver párrafo 15 supra). Ciertamente, la utilización de todas esas **pruebas** corroborativas condujo al Tribunal Supremo a resolver que la Audiencia Provincial actuó con la suficiente cautela en el tratamiento de las **declaraciones** de Filomena . (ver párrafo 18 supra).

49. Dados los antecedentes, y a la vista de la equidad del procedimiento en su conjunto, el TEDH considera que han existido suficientes factores de contrapeso para concluir que la admisión como **prueba**, de las **declaraciones** de Filomena ., no conlleva vulneración del Artículo 6 § 1 leído en combinación con el artículo 6 § 3 (d) .

La larga cita nos permite afirmar que el estado de angustia o miedo justificado se pueden presentar como base suficiente para dispensar del deber de declarar y dar entrada a **declaraciones** anticipadas como sustitutivo. Hay razones sobradas para concluir que no estábamos ante un miedo simulado o exagerado. Es real y está documentada la "extraña" retirada de la denuncia en Rumanía unos días antes que la testigo explica como consecuencia de las presiones de los procesados; a los folios 219 y siguientes del rollo consta la denuncia formulada ante el Juzgado por la testigo relatando las presiones y amenazas sufridas con datos que son corroborados por el Inspector de Policía en comunicación con autoridades de Rumanía, que confirman la probable realidad de los hechos apuntados por la testigo. En la **declaración** en el juicio oral el Inspector de Policía, según expone la sentencia, ofreció datos significativos al respecto confirmando lo alegado por la víctima.

DÉCIMO.- Se quejan también los recurrentes por la preservación del anonimato de la víctima, señalando cómo ya en la **declaración** prestada en fase **sumarial** el letrado elevó protesta por ello, señalando que no se había dictado en aquél momento el auto atribuyendo esa condición.

De un lado hay que puntualizar que la decisión, según expresó la Instructora en el propio acto como se comprueba al visionar la grabación, estaba ya adoptada: basta con leer la providencia convocando para la **declaración** de la TP/ NUM000 (folio 862). La decisión se documentó además el mismo día de la **declaración** (folios 877 a 879).

Tampoco está fuera de lugar apostillar que las quejas con citas jurisprudenciales sobre la limitación de garantías que supone mantener oculta la identidad de un testigo son más retóricas que reales. Es patente que los acusados -y lo han demostrado según ha relatado la testigo y se ha comprobado- conocen su identidad. Esa ignorancia pudo ser real en la fecha de la **prueba** preconstituida (uno de los recurrentes estaba pendiente de detención), pero no en las fases posteriores del procedimiento. La testigo fue requerida en Rumanía a instancia de los recurrentes para retirar su denuncia como hizo efectivamente.

Nada tiene que ver con este asunto el supuesto recogido en una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que se invoca en los recursos y que luego sería confirmada por esta Sala (STS de 29 de enero de 2015).

No sobra por fin en cuanto a esta cuestión recordar la doctrina de la STS 384/2016, de 5 de mayo que relativiza, según los casos la necesidad de desvelar la identidad del testigo:

"La colaboración con la Administración de Justicia que deben prestar los testigos y peritos en el proceso penal puede verse menoscabada por la amenaza de represalias para su vida, integridad física o libertad, por lo que resulta necesario disponer de medidas legales de protección, tanto en abstracto, como son las normas penales que sancionan la violencia o intimidación de los testigos (art 464 CP), como en concreto a través de medidas específicas dirigidas a incrementar su nivel de seguridad en el proceso, en las fases anteriores y posteriores al juicio oral o en el propio desarrollo de éste.

*...en la práctica ha de tenerse en cuenta que el conocimiento del contenido de la **declaración** realizada durante la instrucción permite ordinariamente al afectado inferir ciertos datos sobre la personalidad del testigo, que permitan a la defensa fundamentar racionalmente su solicitud. Debiendo distinguirse, al resolver la misma, entre los supuestos en que se trata de agentes policiales o personas que carecían de la menor relación extraprocesal previa con el recurrente y de aquellos otros en los que existen datos para inferir que el testigo pudo tener una relación previa con el afectado por su testimonio.*

En el primer caso la identidad es irrelevante para la defensa, pero en el segundo ha de tenerse en cuenta que esas relaciones previas pudieron generar hostilidad o enemistad, de manera que el testimonio puede estar afectado en su credibilidad subjetiva por motivos espurios, y el derecho de defensa exige que el acusado pueda cuestionar la credibilidad del testigo con conocimiento de su identidad, por lo que en estos casos no se puede desestimar la pretensión simplemente por falta de precisión, debiendo ponderarse cuidadosamente si el riesgo previsible es de tal entidad que justifica el sacrificio del derecho fundamental de defensa afectado.

*En el caso actual podía fácilmente deducirse de la **prueba** practicada en el sumario que los testigos protegidos eran simplemente unos vecinos que desde su ventana habían visto al recurrente en las proximidades del local incendiado poco después de iniciarse el incendio. El recurrente, que por la **declaración sumarial** se encuentra informado de esta condición, no ha manifestado en momento alguno que hubiese tenido algún conflicto con alguno de los vecinos que pudiesen pretender perjudicarlo. De existir algún problema que pudiese afectar a la credibilidad de unos vecinos concretos, con los que pudiera estar enfrentado por ejemplo, podía haberlo manifestado, justificando así su necesidad de conocer la identidad de los testigos. Al*

no haberlo hecho, y estimar el Tribunal subsistentes las razones que justificaron la protección inicial durante el sumario (temor por parte de los testigos a represalias del acusado, e informaciones no contrastadas, pero tampoco negadas por el acusado, que aseguraban que había pertenecido en su país, Rumanía, a las fuerzas armadas y cometido actos violentos), puede estimarse que la denegación de la revelación de la identidad de los testigos protegidos es razonable.

UNDÉCIMO.- Así pues:

i) Contamos con una **prueba** personal preconstituida practicada con las garantías más esenciales que deben rodear esa actuación: contradicción plena, documentación autenticada, intervención letrada sin limitaciones. Solo falta una: la presencia de los imputados. Esta garantía es más prescindible según se relató y además en alguna medida vino propiciada por la actitud procesal de los ahora recurrentes. El letrado, conocía el carácter de **prueba** preconstituida de que se dotaba a la actuación.

ii) Se comprueba a la postre que ese testimonio podría ser reiterado en el acto del juicio oral por no haberse confirmado las circunstancias que hacían previsible su irreproducibilidad; la testigo protegida residente en el extranjero estaba localizada y disponible para declarar.

iii) No reitera la **declaración** en el plenario por razón del miedo aducido. Existen datos que corroboran que no era un temor fingido sino que respondía a hechos concretos comprobables e indicios que hacen sospechar en una eventual responsabilidad de ambos acusados en las amenazas aducidas.

Si la **prueba** careciese del mínimo de garantías exigibles es indiferente que hubiese buenas razones que imposibilitasen la **declaración** (v.gr. el testigo falleció después de declarar ante la policía sin contradicción). Pero si está revestida de garantías se podrá usar.

Respecto de estos otros dos procesados las **declaraciones** de la testigo protegido fueron correctamente consideradas valorables: hubo contradicción; y concurrió una causa razonable para justificar su no reproducción en junio. Los déficits de rango axiológico inferior (**declaración** en ausencia de los procesados y postergación de una genuina intermediación) no escapan a la propia conducta procesal y extraprocesal de los acusados. No es apreciable responsabilidad relevante atribuible a los órganos estatales.

DUODÉCIMO .- Quedan por examinar las **declaraciones** de Cornelia. Aquí el problema se desinfla como demuestra una comparativa con el art. 730 LECrim . La fórmula subrogada de práctica de **prueba** contemplada en el art. 730 LECrim , -introducción de las **declaraciones** testificales producidas en la fase previa- está más ligada a la contradicción que a la intermediación (cuyo valor principal es más relativo).

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de afirmar reiteradamente la compatibilidad de dicho mecanismo 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**- cuando la información testifical en la fase previa se obtuvo con contradicción y accedió al plenario (STS 51/2015, de 29 de enero , SSTC 148/2005 , 12/2002 209/2001 ; o las reiteradamente citadas SSTEDH, Caso *Lucà contra Italia* , de 27 de febrero de 2001 ; Caso *S.N contra Suecia* , de 2 de julio de 2002). Aquí ambas condiciones están cubiertas: se reprodujo la **declaración** -había sido objeto de grabación-, en el juicio oral; Y en aquella actuación tuvo intervención sin traba ni limitación alguna el letrado que asumía la defensa de ambos imputados sabedor del carácter preconstituido de la **prueba**.

No hay obstáculo alguno para el aprovechamiento probatorio. La **prueba** preconstituida gozaba de suficiente calidad epistémica y garantista. Que no fuese claro si se iba a producir el abandono del país o la incomparecencia al juicio oral (que luego se produjo) no priva de legitimidad a esa **prueba**. Es absurdo ahora discutir si justamente por eso habría que valorarla vía art. 730 y no vía art. 448 LECrim . No sería inteligible que una **prueba** legalmente rodeada de todas las garantías y destinada desde su origen a constituir material probatorio valorable por el Tribunal (arts 448 y 777 LECrim), en virtud de una vicisitud posterior ajena al órgano judicial y a las partes, degenere en material desechable, totalmente inservible hasta el punto que ni siquiera gozaría de aptitud para ser reproducido en el acto del juicio oral; y sin embargo sí lo fuese a través del art. 730 LECrim . Adviertase además que la testigo prestó igualmente otra **declaración** en sede jurisdiccional con intervención también de letrado (folio 111).

La producción de la fuente de **prueba** sin contradicción puede compensarse con más dificultad que los déficits de intermediación cuyas consecuencias epistemológicas son salvables y más relativas. Aquí hubo contradicción. Mediante la preconstitución (art. 448 LECrim) se quiere conseguir que las fuentes de **prueba** de difícil o imposible práctica plenaria adquieran toda la dignidad que las habilita para ser tomadas en cuenta como **prueba**. Las condiciones de producción son las más similares a las que, *prima facie* , registrarán en la

práctica de la **prueba** en el acto del juicio oral. Aquí se han salvaguardado sobradamente en lo más esencial esas condiciones con una única deficiencia de orden no esencial (ausencia de imputados). No hay lesión del derecho de defensa.

Era legítimo que el Tribunal valorase el testimonio de Esmeralda .

El motivo primero del recurso tanto de Ricardo como de Carlos Daniel decae.

DÉCIMO TERCERO.- Que sean valorables las **pruebas** testificales según se ha argumentado no significa que deban merecer necesariamente crédito. Por eso tras este largo excurso, subsiste la cuestión de la presunción de inocencia aducida en un segundo motivo de los recursos de los hermanos Carlos Daniel Ricardo (aunque Carlos Daniel dedica buena parte de su primer motivo también a esta cuestión). Decidir sobre esa fiabilidad corresponde primeramente a la Sala de instancia que aquí otorgó crédito a las manifestaciones de ambos testigos por razones de peso que se exponen cumplidamente y que convierten su valoración en intocable a través de la casación.

A lo largo de varios folios tanto el recurso de Carlos Daniel como el del otro recurrente recogen pormenorizadamente lo que consideran contradicciones insalvables producidas en esas **declaraciones**. Se resaltan, por otra parte, las **declaraciones** de las compañeras de trabajo y se reprocha al juzgador incorrección en el tratamiento de los datos probatorios de descargo ofrecidos. Se descalifican también las manifestaciones del inspector de policía.

El denodado y meritorio esfuerzo de los recurrentes por descubrir discordancias entre las distintas **declaraciones** de las víctimas no puede alcanzar su propósito tendente a inhabilitarlas como **prueba** suficiente. Son variaciones que admitan explicaciones muy distintas a la insinceridad. No son sugestivas de mendacidad o fabulación. En algún caso constituyen el producto lógico y habitual del efecto empobrecedor inevitable de toda traslación al papel de un relato vivo. Otros, de poner el énfasis en uno u otro aspecto, o de inexactitudes debidas a fallas en la memoria. Es más sospechosa muchas veces una repetición mimética del mismo relato con idénticas palabras y los mismos matices, síntoma de una preelaboración del relato.

Que la Sala no haya considerado probada la violencia o intimidación que caracterizan el delito de agresión sexual y haya degradado la calificación entendiendo que eran presiones basadas en una situación de vulnerabilidad que reconducía los hechos a los abusos sexuales no devalúa necesariamente la **declaración** de Esmeralda . El aprovechamiento de esa vulnerabilidad es suficiente, por otra parte, a los fines del art. 177 CP .

Las **declaraciones** de las víctimas están corroboradas y además son coherentes internamente y entre sí. No es fácil encontrarles explicación diferente a su realidad lo que ha llevado a la Sala de instancia a otorgarles razonadamente crédito en juicio que no podemos alterar salvo irracionalidad, falta de lógica o debilidad.

La forma en que se producen las iniciales denuncias; la existencia de otros testigos que alientan esa percepción (cuyo testimonio conocemos por las **declaraciones** del inspector de policía); y la corroboración de su versión con las manifestaciones del citado Inspector de Policía que detalló su investigación y los abundantes seguimientos efectuados cimientan la credibilidad de esos testimonios. No es desdeñable tampoco el sospechoso parte médico obrante al folio 303 (folio 790 en el original) fechado el 10 de julio de 2012 y con un elocuente signo de interrogación manuscrito por el facultativo señal clara de su escepticismo ante la explicación ofrecida sobre la causa de la lesión.

La Sala explica por qué no le parecen fiables las manifestaciones de otros testigos vinculadas a los acusados.

No podemos adentrarnos en el debate de detalle al que pretenden arrastrarnos los recursos. Podemos testar si la valoración de la **prueba** personal realizada por la Sala de instancia es razonable y lógica, comprobar que hay elementos corroboradores y que no se producen saltos en el discurso; pero no podemos sustituirle en sus facultades de valoración probatoria. Cuestiones menores y en absoluto decisorias (v. gr., el tema de los inmuebles) carecen de la trascendencia que se les pretende otorgar. Aunque compartiésemos algunos de los argumentos de los recurrentes en esos puntos muy colaterales no se debilitaría el soporte probatorio básico: las manifestaciones de las víctimas con sus elementos corroboradores señalados.

Han de ser **rechazados** el motivo segundo del recurso de Ricardo y los motivos segundo y tercero del recurso de Carlos Daniel .

DÉCIMO CUARTO.- Conviene apostillar de cualquier forma que el silencio de los acusados o la falta de contestación al interrogatorio del fiscal no puede ser utilizado como elemento probatorio positivo. Es improcedente la insistencia de los jueces *a quibus* en esa cuestión en varios pasajes de la sentencia. No se adivina cuál pueda ser la utilidad procesal de un listado de preguntas formuladas por la acusación una vez que el acusado ha anticipado su deseo de no declarar. Son preguntas que se lanzan al aire destinadas a nadie pues se sabe ya que no van a ser contestadas.

En este punto no podemos compartir las apreciaciones de la Sala de instancia que en todo caso tampoco constituyen el fundamento de su decisión de condena como se desprende con claridad de la **lectura** de toda la resolución.

Como explica la reciente STS 474/2016, de 2 de junio, la ausencia de explicaciones del acusado frente a unas **pruebas** que le incriminan de manera vehemente, cuando solo él está en condiciones de articular una explicación es un elemento indiciario. Pero el silencio como estrategia procesal no es en abstracto una **prueba** incriminatoria:

*"... según se recordó en la sentencia de esta Sala 487/2014, de 9 de junio, en la STEDH de 8 de febrero de 1996 (conocida como el caso Murray) se enjuició el supuesto de un ciudadano que fue detenido, junto a otras siete personas, por los delitos de pertenencia a la organización armada de la República de Irlanda (IRA), de conspiración para el asesinato y de la detención ilícita de una persona. Murray permaneció en silencio durante su interrogatorio, en el que careció de asistencia legal hasta transcurridas 48 horas. En el juicio posterior tampoco alegó nada en su defensa para explicar su presencia en el lugar de los hechos. Finalmente, el juez, valorando las **pruebas** presentadas por el fiscal y ante la ausencia de **declaración** alguna por parte del acusado, le condenó por instigar y ayudar a la detención ilícita.*

*El TEDH precisó que, aunque no esté específicamente mencionado en el Convenio, es inherente a la noción de proceso justo del art. 6 el derecho a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo. Del mismo modo, recordó que no son derechos absolutos ya que, en determinadas ocasiones, el silencio del acusado puede tener consecuencias a la hora de evaluar las **pruebas** en su contra durante el juicio.*

El Tribunal estableció que la cuestión a dirimir en cada caso particular es la de si la **prueba aportada por el acusador es lo suficientemente sólida para exigir una respuesta. El Tribunal nacional no puede concluir que el acusado sea culpable simplemente porque ha escogido guardar silencio. Sólo en los casos en que la **prueba** existente en contra del acusado -dice el TEDH- le coloque en una situación en la que le sea exigible una explicación, su omisión puede, como razonamiento de sentido común, permitir sacar en conclusión la inferencia de que no ha habido explicación y de que el acusado es culpable.** Contrariamente, si la acusación no ha aportado **pruebas** lo suficientemente consistentes como para exigir una respuesta, la ausencia de explicación no debe ser suficiente para concluir en una **declaración** de culpabilidad.

La insistente y absolutamente innecesaria evocación del silencio de dos de los acusados frente al interrogatorio de las acusaciones desborda ese estricto ámbito de aplicación de las *reglas Murray* recepcionadas por nuestro TC y por esta Sala.

La STC 26/2010, de 27 de abril lo expresa así: **" ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación como las aquí concurrentes, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria "** (SSTC 202/2000, de 24 de julio ; 155/2002, de 22 de julio); ciertamente, **tal silencio no puede sustituir la ausencia de **pruebas de cargo** suficientes, pero, al igual que la futilidad del relato alternativo autoexculpatorio, sí puede tener la virtualidad de corroborar la culpabilidad del acusado"** (STC 155/2002 , citando la STC 220/1998, de 16 de noviembre).

Y de la STC 155/2002, de 22 de julio proviene esta reflexión: **"...nuestra jurisprudencia, con expresa invocación de la doctrina sentada por la STEDH, de 8 de febrero de 1996, Caso Murray contra Reino Unido, ha efectuado diversas afirmaciones acerca de la ausencia de explicaciones por parte de los imputados. En la STC 220/1998, dijimos que ' so pena de asumir un riesgo de inversión de la carga de la **prueba**, la futilidad del relato alternativo que sostiene el acusado y que supone su inocencia, puede servir acaso para corroborar su culpabilidad, pero no para sustituir la ausencia de **pruebas de cargo** suficientes'** ; y, asimismo, en la STC 202/2000, de 24 de julio, precisamente en un supuesto de existencia de unos indicios previos, afirmamos que **'según es notorio, en circunstancias muy singulares, ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación como las aquí concurrentes, la omisión**

de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria..." .

El mero silencio no es más que ejercicio de un derecho procesal fundamental; nunca un indicio de **cargo**. Puede tener significación cuando el silencio tiene también una faz positiva: implica negarse a ofrecer una explicación que, si existiese, solo el acusado puede ofrecer. De ahí sí podría inferirse en algunos supuestos que si no se ofrece es porque no la hay. Pero sería improcedente desde esa base dar el salto a considerar que el acogimiento al derecho a no declarar sería una señal de que se oculta algo inconfesable, y por tanto podría generar legítimas sospechas. Esa concepción que parece asomar en la sentencia debe ser tajantemente rechazada.

*"De la aplicación que hace el Tribunal Constitucional de la doctrina procesal del Caso Murray se desprende que la jurisprudencia que sienta el TEDH no permite solventar la insuficiencia de la **prueba de cargo** operando con el silencio del acusado - concluye la citada STS 474/2016 - . La suficiencia probatoria ajena al silencio resulta imprescindible. Esto es: una vez que concurre **prueba de cargo** "suficiente" para enervar la presunción de inocencia es cuando puede utilizarse como un argumento a mayores la falta de explicaciones por parte del imputado. De lo contrario, advierte reiteradamente el Tribunal Constitucional, se correría el riesgo de invertir los principios de la carga de la **prueba** en el proceso penal. De modo que, tal como señala el supremo intérprete de la norma constitucional, el silencio del acusado puede servir como dato corroborador de su culpabilidad, pero no como medio para suplir o complementar la insuficiencia de **prueba de cargo** contra él".*

Que el acusado no refute expresamente con su **declaración** las imputaciones no aporta absolutamente nada desde el punto de vista probatorio. Tan solo puede tener valor más argumental que probatorio el hecho de que ante una evidencia patente, que solo él podía explicar (v.gr., la droga encontrada en su habitación) decline esa posibilidad.

Las conclusiones probatorias alcanzadas aquí por la Sala de instancia se sostienen sin necesidad alguna de señalar como contraindicio o elemento corroborador el silencio de los acusados en el juicio oral (que no en **declaraciones** previas). Si no existiese **prueba** suficiente, de ese silencio no cabría deducir nada. El tipo de razonamiento que asoma en algún pasaje de la sentencia y al que puede erróneamente invitar la práctica más que dudosa utilidad de hacer constar las preguntas que se formularían al acusado que no quiere declarar, no sería compatible con el derecho a no declararse culpable que recientemente ha venido a reiterar la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 cuyo art. 7.5 reza literalmente: " 5.- El ejercicio por parte de los sospechosos y acusados del derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismos no se utilizará en su contra ni se considerará **prueba** de haber cometido la infracción penal de que se trate" (STS 277/2016, de 6 de abril).

DÉCIMO QUINTO. - Deben declararse de oficio las costas correspondientes al recurso de Saturnino . Cada uno de los otros dos recurrentes deberá cargar con sus respectivas costas (art. 901 LECrim).

III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido:

1.-DECLARAR HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por **Saturnino** contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ávila (Sección Primera) de fecha 27 de noviembre de 2015 **por estimación del motivo primero de su recurso,y en su virtud casamos y anulamos dicha Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ávila con **declaración** de las costas de este recurso de oficio.**

2.- DECLARAR NO HABER LUGAR a los recursos de casación interpuestos por Ricardo y Carlos Daniel contra Sentencia y Audiencia arriba reseñada, **condenándoles al pago de las costas ocasionadas en cada uno de sus recursos.**

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Andres Martinez Arrieta Jose Manuel Maza Martin Francisco Monterde Ferrer Antonio del Moral Garcia Carlos Granados Perez

SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del **Tribunal Supremo**, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Julio de dos mil dieciséis.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción número Cuatro de Ávila fallada posteriormente por la **Sala de lo Penal** de la Audiencia Provincial de Ávila que fue seguida por un delito de determinación coactiva a la prostitución y otros delitos contra Ricardo, Carlos Daniel, Saturnino se ha dictado sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los de la sentencia de instancia, con supresión del apartado quinto del hecho probado en virtud de las razones que se han desarrollado en la anterior sentencia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO .- Según se deduce de lo argumentado en la sentencia de casación procede la absolución de **Saturnino** al no concurrir **prueba** de **cargo** suficiente practicada con todas las garantías.

III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido:

1.- ABSOLVE R a **Saturnino** del delito de determinación coactiva a la prostitución (art. 187 CP)

del que era acusado declarando de oficio la parte de costas a cuyo pago se le condenó en la instancia y suprimiendo la indemnización que se le impuso en concepto de responsabilidad civil.

2.- Se mantiene el resto de pronunciamientos de la sentencia de instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Andres Martinez Arrieta Jose Manuel Maza Martin Francisco Monterde Ferrer Antonio del Moral Garcia Carlos Granados Perez

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.