



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 1002/2016, de 19 de enero de 2017

Sala de lo Penal

Rec. n.º 10526/2016

SUMARIO:

Procedimiento penal. Prueba preconstituida. Requisitos. Principio de contradicción. Presunción de inocencia. Valoración de la prueba practicada con el carácter de preconstituida (declaración de la víctima) que fue reproducida en el acto del juicio oral mediante el visionado de su grabación. Era presumible que la testigo pudiera ausentarse de España lo que habilita para activar el mecanismo de preconstitución probatoria. Posteriormente, la Audiencia Provincial admitió esa prueba y promovió las gestiones necesarias para que la testigo compareciese al acto del juicio oral, pero no resultaron efectivas y no eran exigibles ni pensables otro tipo de indagaciones que hubiesen mantenido el proceso abierto sine die, a la espera de localizar a la testigo que muy probablemente no se encontraba en territorio nacional. La prueba preconstituida se practicó con posibilidad de contradicción, es decir con presencia del letrado designado que pudo repreguntar y contradecir, por lo que es irrelevante que la contradicción no se diera en el juicio oral. Respecto a la no presencia en la preconstituida del imputado, 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.

PRECEPTOS:

Constitución Española, arts. 24 y 25.

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 177, 177 bis y 188.1.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 448, 772 y 777.

Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos de 1950 (CEDH), art. 6.

PONENTE:

Don Antonio del Moral García.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Enero de dos mil diecisiete.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10526/2016 interpuesto por Carlota representado por el Procurador Sr. García Noceda Alas-Pumariño, bajo la dirección letrada de D. José Juan Gutiérrez Fabro contra sentencia de fecha 18 de julio de 2016 dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba y recaído en la causa PA 1142/2015 dimanantes de PA 33/15 del Juzgado de Instrucción nº 5 de Córdoba, que fue seguida por un delito de trata de seres humanos, de prostitución y detención ilegal contra Dª Carlota . Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

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



www.civil-mercantil.com

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción núm. 5 de los de Córdoba inició Procedimiento Abreviado con el número 33/2015, contra Carlota en causa seguida contra el mismo por un delito de trata de seres humanos, prostitución y detención ilegal. Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección Segunda) que con fecha dieciocho de julio de 2016 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

<< 1.- Leticia que vivía en un pequeño pueblo de Rumania del que igualmente era vecina la acusada Carlota , mayor de edad y sin antecedentes penales, de nacionalidad rumana y con documento NUM000 , se encontraba en una muy difícil situación económica al tener al menos 4 hijos menores de edad, haberla abandonado su pareja y encontrarse en desempleo y sin recursos, hasta el punto de que alguno de esos hijos habían quedado bajo la guarda de las instituciones rumanas.

En esa situación conoce Leticia a la acusada Carlota , que le propone venir a España, donde puede encontrar trabajo fácilmente, y si no lo encuentra le asegura que trabajaría cuidando a su nieta por 200 € mensuales, mas comida y alojamiento, proposición que aquella acepta, trasladándose ambas a España a principios del verano de 2014, y quedando alojada Leticia en el domicilio de la acusada, en Córdoba, en la CALLE000 .

Desde su llegada a Córdoba, Leticia estuvo trabajando como empleada de hogar, los siete días de la semana, tanto en casa de la acusada como en la de su hija que vivía en la misma planta del edificio, en la CALLE000 .

2.- Transcurrido un mes sin haber percibido cantidad alguna como salario por el trabajo prestado, Leticia pidió a Carlota el dinero que le correspondía, dada la necesidad que tenía para mandarlo a Rumania; y es en este momento cuando la referida acusada le manifiesta que no le va a pagar nada y que si quería dinero tenía que prostituirse. Leticia , ante la situación angustiada en que se encontraba, sin tener el más mínimo conocimiento del idioma, y ante las continuas amenazas por parte de la acusada con dejarla sin sustento, aceptó finalmente prostituirse, para lo cual Carlota le hizo fotografías desnuda y las publicó en paginas Web ofreciendo servicios sexuales. Así las cosas, numerosos varones de nacionalidad rumana contactaban con Carlota y acudían a su domicilio donde mantenían relaciones sexuales con Leticia a cambio de dinero que cobraba la acusada, que solo daba a esta 2,50 € por cada relación sexual mantenida.

3.- Durante ese tiempo Leticia era conminada a permanecer en el domicilio, bien porque constantemente era amenazada para el caso de que lo abandonara con "cortarle el cuello", bien porque en otras ocasiones le retenía la carta de identidad rumana, bien, por ultimo porque o la dejaban encerrada en el inmueble o la dejaban sola pero con la nieta de la acusada con lo que esta no podía dejarla abandonada.

4.- La acusada Carlota se encuentra en prisión provisional por esta causa desde el día 22 de mayo de 2016>>.

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:



www.civil-mercantil.com

<<FALLO.- Que debemos absolver y absolvemos a Carlota del delito de detención ilegal por el que venia acusada, con declaración de una tercera parte de las costas de este procedimiento de oficio, y Que debemos condenar y condenamos a Carlota como autora de un delito de trata de seres humanos y otro delito de determinación a la prostitución ya definidos ambos, en concurso medial y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 6 años de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; así como a la pena de prohibición de acercamiento a una distancia inferior a 500 metros o de comunicar con ella por cualquier medio de la testigo Leticia durante un periodo de 8 años.

La acusada Carlota indemnizará a Leticia en la cantidad de 10.000 €, que devengarán los intereses que establece el art. 567 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y abonará las dos terceras partes restantes de las costas de este procedimiento.

Le será de abono el tiempo que la misma haya permanecido en prisión preventiva.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma podrá prepararse ante esta Audiencia, en el plazo de CINCO DÍAS, RECURSO DE CASACIÓN para su posterior interposición ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo>>.

Tercero.

Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por la recurrente que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Carlota .

Motivo primero .- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim por inaplicación art. 24.1 CE (vulneración tutela judicial efectiva). Motivo segundo .- Por infracción de precepto constitucional (art. 24.2 CE). Motivo tercero. - Por infracción de precepto constitucional art. 24.2 CE por basar la condena en prueba no practicada en el juicio oral. Motivo cuarto .- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim (presunción de inocencia). Motivo quinto.- Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim por vulneración del art. 24.2 CE . Motivo sexto.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim por vulneración del art. 24.2 CE (valoración errónea). Motivo séptimo. - Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por indebida aplicación del art. 177.1 CP . Motivo octavo .- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por indebida aplicación del art. 177.1 CP . Motivo noveno.- Por infracción de ley al amparo del art. 894.1 LECrim por indebida aplicación del art. 188.1º CP .

Cuarto.

El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto impugnando todos sus motivos ; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

Quinto.

Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día trece de diciembre de dos mil dieciséis.



www.civil-mercantil.com

Sexto.

Con fecha 21 de diciembre se dictó Auto de prórroga del plazo para dictar sentencia, ampliándolo diez días.

Séptimo.

Se pasa la Sentencia ya elaborada al resto de componentes de la Sala el día 12 de enero de 2017.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

En el muy bien construido -también en lo formal- y cuidadosamente elaborado recurso de casación -lo que revela una encomiable profesionalidad y dedicación- se detecta, no obstante, un nimio desajuste que conviene en cualquier caso reseñar por razones de ordenación. No se asigna una numeración secuenciada a los distintos motivos de casación (primero, segundo ...). Se desarrollan ateniéndose al puesto que les corresponde en el total de alegaciones (antecedentes, requisitos formales y motivos de fondo). Etiquetaremos cada uno de los motivos con el correspondiente ordinal para facilitar el discurso argumental y la identificación de las diferentes quejas.

Los seis primeros motivos (alegaciones decimotercera a décimo octava) guardan cierto parentesco entre sí: todas se vinculan con la violación de derechos fundamentales. Desde ópticas diferentes atacan la versión fáctica de la sentencia por considerarla insuficientemente fundada; por adolecer de supuestas deficiencias motivadoras; o por afectación de garantías que determinarían la inutilizabilidad de la principal prueba de cargo. Los tres motivos finales (alegaciones decimonovena a vigésimo primera) se encauzan, por el contrario, a través del art. 849.1º LECrim ; aunque finalmente tratan también aunque infructuosamente de enlazar con un precepto constitucional: el art. 25 CE . No puede llevarse a ese nivel de constitucionalidad todo debate sobre la tipicidad que normalmente se desenvuelve exclusivamente en el plano de la legalidad.

Segundo.

- El motivo primero se queja por déficits en la motivación fáctica: la genérica alusión que contiene la sentencia a determinadas actuaciones policiales sería insuficiente para dar razón de las fuentes en que bebe la Audiencia para fundar su convicción.

No es asumible la objeción: si esa referencia de la Audiencia es tan vaga es precisamente porque ese elemento corroborador es ciertamente indeterminado y periférico. No lo oculta el Tribunal. Justamente por eso no es en absoluto -y la Audiencia lo reconoce paladinamente- dato ni decisorio, ni definitivo. Las actuaciones policiales tan solo ponen de manifiesto que el entorno en que se desenvolvía la recurrente cuadra con la denuncia efectuada por la testigo. Su hija y su yerno se mueven en el mundo de la prostitución, tal y como relató la testigo. Y mantenían relaciones con el club al que igualmente se refirió. Un repaso somero de esas actuaciones policiales así lo evidencia. A esos datos más genéricos se



www.civil-mercantil.com

une otro muy concreto y bien elocuente: que la acusada retenía en su bolso el documento de identidad de la denunciante.

La motivación es suficiente. La motivación es contextual y no exige reproducir íntegramente el conjunto de la prueba que ya obra en la causa. La referencia que efectúa la sentencia es bastante pues, en cuanto a ese extremo, lo que está haciendo es reflejar un dato muy accesorio y nada principal. La propia sentencia deja claro que la prueba básica, definitiva y concluyente es la declaración de la víctima; y no esas actuaciones policiales genéricamente aludidas que tan solo evidencian la dedicación a actividades de prostitución de dos personas muy cercanas a la acusada y que convivían con ella tal y como había relatado la denunciante. No era necesario que la sentencia transcribiese el cúmulo de conversaciones telefónicas que sostienen esa deducción, que nadie discutiría. Su valor meramente secundario y periférico disculpa de ello. El recurso saca de contexto esa alusión a las actuaciones policiales. La sentencia no afirma que acrediten los hechos de que fue víctima Leticia. Se limita a referir que refrendan la relación con el mundo de la explotación de la prostitución que narró Leticia.

Por otra parte nada exculpatorio se deduce de esas conversaciones. El teléfono de Carlota no estaba intervenido. Que no aparezcan en las conversaciones referencias a ella es elemento neutro.

El motivo decae.

Tercero.

Los motivos segundo, tercero y cuarto (alegaciones décimo cuarta a décimo sexta) vienen a cuestionar la valorabilidad de la prueba practicada con el carácter de preconstituida que fue reproducida en el acto del juicio oral mediante el visionado de su grabación. Pueden ser tratados conjuntamente:

a) Primeramente se denuncia que la prueba preconstituida (declaración de la víctima) se inició sin presencia de letrado que asistiese a la investigada. Es ciertamente así, pero no es defecto achacable al órgano judicial. La imputada había designado letrado de confianza (folios 289, y 320 y 353). El letrado fue citado para la diligencia, convocada con esa naturaleza de preconstitución probatoria (folios 346 y 579: las resoluciones son inequívocas: se alude a los arts. 448 y 777 LECrim). Se dio comienzo a ella con la presencia de los letrados de otros imputados. El designado por esta recurrente había sido avisado (folio 612) y se incorporó durante la primera mitad de la declaración como evidencian el acta de transcripción (folios 612 y ss) y el visionado de la propia grabación. Se le dio expreso trámite para formular preguntas. Renunció a ello. No es verdad que parte de la diligencia no fuese presenciada por ningún letrado. Estuvieron presentes desde el inicio otros letrados. Ni es verdad que la recurrente no estuviese debidamente asistida: su letrado se incorporó -no en los momentos finales precisamente-, y pudo pedir aclaraciones, o repreguntar y profundizar en aspectos concretos si lo estimaba necesario. La queja por tanto no es acogible. Que la acusada acabase cambiando de dirección letrada (folio 841) y fuese otro profesional quien le defendiese en el acto del juicio oral no altera esta conclusión (folios 766 y folio 841 donde aparece la designación de quien finalmente le asistió en el plenario). El Tribunal no debe inmiscuirse en la forma en que el profesional libre desarrolla su tarea que ha de presumirse correcta y ajustada, ni puede condicionar su concreta estrategia defensiva.

b) También se queja la recurrente de que no concurrían los presupuestos para preconstituir la prueba (apartado décimo quinto), de una parte; y, de otra, por no intentarse con mayor ahínco la práctica de la testifical en el acto del juicio oral al haberse ya dado por realizada con la preconstitución (décimo sexto alegato donde se contiene el cuarto motivo de



www.civil-mercantil.com

casación). Tampoco son totalmente exactas esas aseveraciones. En cuanto al primer punto, porque era presumible que la testigo pudiera ausentarse de España lo que habilita para activar el mecanismo de preconstitución probatoria.

En cuanto al segundo punto, la Audiencia Provincial con toda corrección, atendiendo a la petición del Fiscal (tercer apartado de los medios de prueba propuestos: folio 634), que en este punto no fue secundada por la defensa (folio 656) en lo que era una correcta estrategia defensiva, admitió esa prueba (folios 667 y 668) y promovió las gestiones necesarias para que la testigo compareciese al acto del juicio oral. Pero no resultaron efectivas (folio 700) pese a ser reiteradas (folio 806; el oficio del folio 829 es fotocopia del anterior y no uno distinto como sugiere el informe del Fiscal). No eran exigibles ni pensables otro tipo de indagaciones que hubiesen mantenido el proceso abierto sine die, a la espera de localizar a la testigo que muy probablemente no se encontraba en territorio nacional. La defensa, además, debía ser consciente de que el Fiscal en su escrito de conclusiones provisionales manifestó su intención de hacer valer la prueba preconstituida caso de no localizarse a la testigo.

c) Se denuncia igualmente falta de contradicción, es decir no haberse dado suficiente oportunidad para repreguntar a la testigo. El 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 y exigencia del derecho de defensa (STS 686/2016, de 26 de julio, entre muchas otras). 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).

Que la contradicción efectiva deba estar presente en el plenario no es axioma impermeable a matizaciones que, ha ido introduciendo el propio TEDH (STS 1031/2013, de 12 de diciembre). La STEDH de 19 de febrero de 2013 (Caso Gani contra España), 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, Lucá c. Italia, nº 33354/96, § 40, TEDH



www.civil-mercantil.com

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).

La ausencia de contradicción carece 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.

Solo 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.

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

Insistirá más recientemente en esa 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.

Aquí es patente que está plenamente salvaguardado ese presupuesto de valorabilidad de la prueba: se practicó con posibilidad de contradicción, es decir con presencia del letrado designado que pudo repreguntar y contradecir. El Tribunal Constitucional ha sentado la compatibilidad con las exigencias derivadas del derecho a un proceso justo y equitativo -en particular, con el derecho del acusado a interrogar por sí o por representante a los testigos de cargo- de una información testifical obtenida en la fase previa con contradicción y es llevada así al plenario (STS 51/2015, de 29 de enero , SSTC 148/2005 , 12/2002 209/2001 ; o las reiteradamente citadas SSTEDH, Caso Lucà contra Italia , de 27 de febrero de 2001 ; Caso S.N



www.civil-mercantil.com

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 impuesta el letrado que asumía la defensa de la entonces imputada, y ahora recurrente, 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 seguro si iba a abandonar el país, o dejar de comparecer al juicio oral (lo que efectivamente se produjo) no priva de legitimidad a esa prueba.

Cuarto.

Otra cuestión conviene abordar sobre este punto aunque no sea expresamente aludida en el recurso. El hecho de que la investigada no estuviese presente durante la prueba preconstituida no la lastra hasta el punto de hacerle inválida. Es sabido que sobre el alcance de esa supuesta deficiencia la jurisprudencia no ha sido homogénea. El art. 448 LECrim impone expresamente esa presencia. No así el art. 777.2 LECrim en sede de procedimiento abreviado; modalidad procesal que se seguía en el momento en que se produjo la declaración anticipada. La conversión a sumario fue posterior.

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 esa constatación podemos extraer una relevante secuela interpretativa: la trascendencia de la omisión 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.

Por el contrario la STS 96/2009, de 10 de marzo , invocada por el Fiscal en su documentado informe de impugnación del recurso se decanta decididamente por considerar no invalidante de la preconstitución probatoria la ausencia del imputado. Tras reiterar las enseñanzas del precedente que acaba de citarse, 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...



www.civil-mercantil.com

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 la investigada 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 (condición de testigo protegido de la víctima).

Era legítimo así pues, que el Tribunal valorase el testimonio de Leticia y los motivos analizados serán desestimados .

Quinto.

Que sea valorable la prueba testifical no significa que deba merecer necesariamente crédito. Por eso tras el excurso de los anteriores fundamentos de derecho, subsiste la cuestión de la presunción de inocencia aducida en los dos motivos siguientes (quinto y sexto -decimoséptimo y décimo octavo según la secuencia del escrito de recurso-). Decidir sobre esa fiabilidad corresponde primeramente a la Sala de instancia que otorgó fiabilidad a las manifestaciones de la testigo por razones de peso que se exponen cumplidamente y que convierten su valoración en intocable a través de un recurso extraordinario como es la casación.

A lo largo de varios folios la recurrente trata de realizar un análisis crítico de los supuestos puntos débiles de esa declaración intentando demostrar que no concurrirían los estándares que la jurisprudencia proyecta sobre el testimonio de la víctima para medir su credibilidad (persistencia, ausencia de móviles espurios, corroboración). El denodado y meritorio esfuerzo del recurso no puede alcanzar su propósito tendente a inhabilitarlas como prueba suficiente. No solo es que no sea increíble lo relatado por la testigo; es que es muy coherente.

La declaración de la víctima está corroborada y además es coherente internamente. No es fácil encontrarle explicación diferente a su realidad lo que ha llevado a la Sala de instancia a otorgarle razonadamente crédito en juicio que no podemos alterar salvo irracionalidad, falta de lógica o debilidad.



www.civil-mercantil.com

La forma en que se produce la inicial denuncia alienta esa percepción.

Al folio 608 obra la diligencia de devolución a la testigo de su documento de identidad lo que desmonta el argumento de que habría podido regresar sin él a su país.

El aprovechamiento de la vulnerabilidad, en otro orden de cosas, es suficiente, para colmar la tipicidad del art. 177 CP .

El argumento, sobre un posible móvil espurio derivado de un hurto denunciado por la recurrente adolece de futilidad. La Sala lo explica suasoriamente. Era una denuncia defensiva y estratégica ante la fuga de Leticia .

Los manuscritos remitidos directamente por la recurrente en esta Sala al margen de su heterodoxia procesal, han sido leídos con detenimiento y no aportan ningún argumento que no haya sido hecho valer en el escrito de recurso, a salvo la inviable sugerencia de aportación de un testimonio incompatible con la configuración legal de este recurso.

No podemos adentrarnos en el debate de detalle al que pretende arrastrarnos el recurso. Estamos habilitados para testar si la valoración de la prueba personal realizada por la Sala de instancia es razonable y lógica; para comprobar si hay elementos corroboradores y que no se producen saltos en el discurso; pero no podemos sustituirle en sus facultades de valoración probatoria.

Han de ser rechazados estos dos motivos que enlazan con la presunción de inocencia.

Sexto.

- Los motivos séptimo, octavo y noveno (décimo noveno a vigésimo primero) están formalizados al amparo del art. 849.1º LECrim , lo que obliga a expulsar de los respectivos argumentos todas las alegaciones que menoscaban la secuencia fáctica que la Sala ha considerado probada (art. 884.3º LECrim).

El séptimo cuestiona la procedencia de aplicar el art. 177 bis 1 CP aduciendo que no se recoge en el hecho probado una intencionalidad predeterminada de la recurrente al traer a España a la víctima. Para incurrir en esa modalidad delictiva sería preciso -se argumentó- que esté presente desde el principio una de las finalidades proclamadas en el precepto y en concreto la prostitución, lo que a tenor del hecho probado surgió cuando la víctima ya llevaba un tiempo en España.

Más allá de que es inherente al relato fáctico esa finalidad, se olvida que entre las conductas típicas está también la de acoger (verbo que convierte en irrelevante la supresión en 2015 del anterior alojar). Por tanto también en casos de sobreveniencia de ese propósito que tiñe de antijuridicidad la conducta se integraría la tipicidad.

Séptimo.

Por otra parte (motivo octavo) se argumenta que no ha quedado afectada la dignidad , real bien jurídico protegido de la norma del art. 177 bis, al contarse con la anuencia de la víctima.

No es de recibo este argumento. El trabajo en condiciones próximas a la semiesclavitud y luego el forzamiento fáctico para ejercer la prostitución atentan a la dignidad humana. El primer periodo de estancia en España trabajando al servicio de la acusada que se negaba a asignarle una retribución dibuja con nitidez una diferencia de la fase posterior de prostitución, una solución de continuidad. Bastaría para la tipicidad art. 177 bis CP esa primera etapa de trabajo dependiente huérfano de remuneración. Conviene en todo caso subrayar que se destaca esta inicial secuencia diferenciable solo a efectos dialécticos. Por sí sola basta para la tipicidad del art. 177 bis (imposición de trabajo o prácticas similares a la servidumbre); aunque no existiese la prostitución posterior.



www.civil-mercantil.com

Octavo.

Por fin se cuestiona la aplicabilidad del art. 188.1 CP al negarse la concurrencia de alguno de sus presupuestos.

No puede compartirse tampoco este argumento: está descrita una situación de vulnerabilidad caracterizada por la imposibilidad de la víctima de sustraerse a esa imposición. Se hallaba en un país extranjero sin otras relaciones o contactos y sujeta a la voluntad de quien la había traído desde su país, Rumania. No exige el tipo necesariamente violencia o intimidación en su sentido clásico. Basta con el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad.

La compatibilidad de la doble condena (art. 177 bis y 188) en relación de concurso medial está expresamente contemplada en el art. 177 bis 9 CP .

Se impone también, así pues, el rechazo de estos motivos.

Noveno.

Al haberse rechazado íntegramente el recurso debe condenarse a la recurrente al pago de las 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:

DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por Carlota contra sentencia de fecha 18 de julio de 2016 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba que fue seguida por un delito de trata de seres humanos, de prostitución y detención ilegal contra la recurrente; condenándole al pago de las costas ocasionada en su recurso.

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

Comuníquese esta resolución 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. Candido Conde-Pumpido Touron Antonio del Moral Garcia Andres Palomo Del Arco Carlos Granados Perez Perfecto Andres Ibañez

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Antonio del Moral Garcia , estando celebrando 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.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.