



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 17/2014, de 28 de enero de 2014

Sala de lo Penal

Rec. n.º 11118/2012

SUMARIO:

Falsificación de documento público. Entrada y registro domiciliario. Migraciones fraudulentas. El delito de falsificación documental no es de propia mano, de suerte que también es autor quien facilitó los datos o fotos para la confección del documento y se beneficia en su caso, aunque la confección strictu sensu lo haya hecho un tercero en concierto con el primero. No es requisito que el auto de entrada y registro consigne el nombre del titular del domicilio, siendo suficiente que se exprese de forma concreta el edificio o lugar cerrado en el que haya de verificarse. Por otro lado, cuando un mandamiento para registrar una vivienda no establece restricciones, la autorización comprende la totalidad de la misma. La resolución judicial que lo autoriza debe estar motivada con los hechos e informaciones que el órgano judicial ha tenido en cuenta, pero no es necesario que se alcance el nivel de los indicios racionales de criminalidad, propios de la adopción del procesamiento. Licitud de la investigación de aquellas otras conductas delictivas que nacen de los hallazgos acaecidos en un registro judicialmente autorizado. La ausencia del secretario judicial, cuando su presencia viene exigida por la normativa procesal, determina la nulidad del acto como actuación procesal, privándole de su carácter de prueba anticipada o preconstituida y al del acta en que se recoge su resultado, pues la ausencia de la fe pública legalmente exigida le priva de autenticidad y valor probatorio pero no constituye una violación del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio -al estar amparada la intervención domiciliaria por una autorización judicial válida. El Secretario que levanta acta, es el del Juzgado Instrucción, y que no consten su nombre y apellidos en nada afecta a la validez de aquella. Por tráfico e inmigración ilegal ha venido entendiéndose cualquier movimiento de personas extranjeras que trate de burlar la legislación española sobre inmigración. De modo que el tráfico ilegal no es sólo el clandestino, sino también el que siendo en principio y aparentemente lícito se hace pensando en no respetar la legalidad (entrada como turista con intención de permanecer de manera ilegal).

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 50.5, 177 bis, 188.1, 313.1, 318 bis, 390.1 y 392.



www.civil-mercantil.com

Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 11.1, 2.48.3.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 142, 259, 284, 286, 384, 546, 550, 552, 558, 564, 566, 569, 570, 572, 714, 730, 741, 743 y 849.1.

Constitución Española, arts. 9.1, 18.2, 24, 117.3 y 120.3.

Ley Orgánica 4/2000 (Extranjería), art. 25.

PONENTE:

Don Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Enero de dos mil catorce.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos penden, interpuestos por Juan Ramón , Anton , Gloria , Marisol , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Primera, que condenó a los acusados como autores penalmente responsables de un delito de inmigración ilegal, prostitución coactiva y falsedad documental; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y como parte recurrida La Junta de Andalucía, representada por el Procurador Sr. Gómez Fernández; y dichos recurrentes representados por los procuradores Sres. Batanero Vázquez, Lozano Sánchez, Ayuso Gallego y Calleja García respectivamente.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado de Instrucción número 3 de Sevilla, instruyó sumario con el número 2 de 2011, contra Juan Ramón , Anton , Gloria , Marisol y otros, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Sevilla, cuya Sección Primera, con fecha 28 de septiembre de 2012, dictó sentencia , que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: Apreciando en conciencia la prueba practicada, declaramos expresamente probados los siguientes hechos:

Primero.



www.civil-mercantil.com

-Los procesados Gloria , Anton y Marisol , ya circunstanciados, venían colaborando para propiciar la entrada ilegal de mujeres en España procedentes de Nigeria, a las que se les había prometido, engañándolas, el desempeño de trabajos ordinarios tales como peluquería, cuando en realidad estos eran inexistentes y se trataba de que se dedicaran a la prostitución.

Las mujeres, bajo falsas promesas de bienestar, se endeudaban con cantidades muy elevadas que debían devolver, efectuaron penosísimos viajes durante meses por tierras africanas, llegando en pateras a España, resultando que la documentación que poseían les era arrebatada y retenida. Luego en nuestro país, sin documentación, eran obligadas a ejercer en la prostitución para saldar la deuda contraída, situación en la que eran obligadas a permanecer mediante la coacción constante y el miedo de que actuarían contra sus familias, en sus países de origen.

-De este modo la testigo protegida NUM000 inició su periplo en Nigeria en enero de 2.007. Durante el mismo, en Marruecos, le fue arrebatado su pasaporte y tomó contacto con quien dijo llamarse Lorena , la cual colaboró para que llegara a tierras españolas en una embarcación neumática, así como le hizo saber que tenía que dedicarse a la prostitución pues, en caso contrario, su familia sufriría represalias.

Tras llegar a España fue acogida en un centro de menores de la Línea de la Concepción, pese a ser mayor de edad. Una vez que comprobó que efectivamente sus familiares habían recibido amenazas, volvió a hablar por teléfono con Lorena , quien le facilitó los datos de Gloria , que la hizo llegar hasta Sevilla, alojándola en su casa de la C/ DIRECCION000 NUM001 de esta Ciudad, cobrándole por el alquiler y la comida. A partir de ese momento la testigo protegida comenzó a ejercer la prostitución en esta capital, entregándole periódicamente sumas de dinero a Gloria , quien controlaba sus ingresos y a su vez lo remitía a través de la compañía Western Union a un tal Juan Alberto , al tiempo que le advertía de las consecuencias de dejar de ejercer la prostitución.

En torno al mes de mayo de 2010 la NUM000 , aunque abandonó el domicilio de Gloria , siguió haciéndole llegar dinero.

Con el fruto de esta actividad, Gloria pudo adquirir una vivienda que constituye su domicilio de C/ DIRECCION000 NUM001 , del que es titular junto con su pareja Francisco , sobre el que han constituido una hipoteca en marzo de 2.008 por un importe principal de 152.425*75 euros por plazo de 30 años, que un año después de su constitución se ha reducido a la mitad de tiempo (15 años).

-Por su parte la NUM002 , inició su viaje desde Nigeria en marzo de 2.007 realizando un recorrido parecido y en condiciones similarmente penosas a las de la NUM000 , debiendo ser

rescatada por una embarcación española que la llevó hasta Algeciras donde estuvo interna en el CIE, hasta que la dejaron en libertad.

Antes y mientras se encontraba en tierras marroquíes la llamó el procesado Anton , ya circunstanciado, diciéndole, entonces aún de modo amable, que trabajaría para él y que se dirigiera a Sevilla, donde la recogió y la llevó a su domicilio de la CALLE000 n° NUM003 , NUM004 NUM005 en el que convivía con su compañera sentimental la también procesada Marisol , que actuaba de consuno con él.

En esta tesitura Anton le retuvo el pasaporte, le quitó la documentación que le habían proporcionado en el CIE, fue obligada a ejercer la prostitución en Sevilla para saldar la deuda contraída, debiendo entregarles dinero para tal fin así como para pagar su alojamiento y comida. El dinero se lo entregaba a Anton y tanto éste como Marisol la controlaban, llegando a amedrentarla con actuar contra ella y su familia de origen.

A los dos años de estancia esta testigo protegida le comunicó a Anton que quería marcharse a Valencia, diciéndole éste que, no obstante, debía seguir pagándole la deuda. Pese a reclamar su pasaporte y documentación se lo negó con la excusa de que no había abonado la debido.

Fruto del dinero así adquirido Marisol adquirió un vehículo Mercedes Benz E 230 matrícula RU-....-RJ en noviembre de 2.007 que se encuentra intervenido, y Anton un Opel VU-....-VB y un Nissan Vanette matrícula de YA-....-Y el 14-7-2.009.

Segundo.

Practicada entrada y registro el 15-3-2011 en la vivienda de la CALLE001 , habitada por la procesada Marisol , fue hallado a su nombre el pasaporte nigeriano NUM006 en el que si bien las páginas interiores y las portadas son originales, el anverso de la página, que contiene los datos biográficos, ha sido sustituida por la que aparece en realidad, la zona de la fotografía carece de las medidas de seguridad que poseen las fotografías originales, los caracteres OCR contienen errores en los dígitos de control. El 18-3.2011, con motivo de la entrada y registro efectuada en la habitación que ocupa Juan Ramón en el domicilio de CALLE002 , fue hallado el pasaporte de Nigeria NUM007 a su nombre, en el que la página biográfica presenta divergencias respecto de las auténticas, de manera que existen dos hojas, una auténtica - reverso- y otra que no lo es - anverso-, ausencia de micro-leyendas y la simulación que presentan carece de nitidez suficiente que permita su lectura, carece de leyenda codificada, dígitos de control incorrectos, carece de fibrillas luminiscentes y de impresiones con tintas reactivas a la luz ultravioleta, la marca de agua aparece simulada impresa en tinta blanca.

Tercero.



www.civil-mercantil.com

-El pequeño Eduardo , nacido en Algeciras el NUM008 -2009 e hijo de la NUM009 , en un período de tiempo que no ha quedado determinado, estuvo conviviendo en los domicilios que mantuvieron en esta Ciudad los procesados Anton y Marisol , quienes lo entregaron, en techas no precisadas, a Laura ; siendo hallado por agentes del orden con ocasión de la entrada y registro, practicada con autorización judicial, en el domicilio situado en la CALLE002 n° NUM010 , NUM011 , puerta NUM012 de esta Ciudad cuando se encontraba en compañía de la procesada Elisa , ya circunstanciada, a cuyo cargo lo había dejado provisionalmente la procesada Laura .

Esta vivienda era habitada, además de por las mencionadas Laura y ocasionalmente por Elisa , por sus respectivas parejas, los también procesados Augusto y Juan Ramón , cuyas circunstancias ya constan.

Por resolución de 6 de mayo de 2011 de la Delegada Provincial de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, se acordó la declaración de desamparo de Eduardo .

Todos los procesados se encontraban en situación irregular en España.

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLO: Condenamos a Gloria , Marisol y Anton como autores de un delito de inmigración ilegal en concurso real con un delito de prostitución coactiva, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal, a las penas, a cada uno de ellos de SIETE AÑOS y SEIS MESES de PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, debiendo responder asimismo del abono de las dos veintidosenas partes de las costas procesales (2/22).

Condenamos a Marisol y a Juan Ramón como autores de un delito de falsedad documental en documento oficial, ya definido, a una pena, a cada uno de ellos, de SEIS MESES de PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA de SEIS MESES con una cuota diaria de SEIS EUROS y al pago de una veintidosenas partes de las costas procesales (1/22).

Se les absuelve de las demás acusaciones deducidas.

Absolvemos libremente a Laura , Augusto y Elisa de los hechos por los que venían enjuiciados, declarando de oficio las costas procesales respecto de ellos, y alzando cuantas medidas cautelares se hayan adoptado.



www.civil-mercantil.com

Declaramos de abono el tiempo que los procesados han permanecido detenidos y presos provisionalmente privados de libertad por la presente causa.

Decretamos el comiso del vehículo intervenido Mercedes Benz E 230 matrícula RU-RJ .

Una vez firme esta resolución, póngase la misma en conocimiento de la Brigada de Extranjería a los efectos procedentes.

Ratificamos por sus propios fundamentos y con las reservas legales los autos de insolvencia dictados por el Juzgado de Instrucción.

Remítase igualmente testimonio de la parte dispositiva de esta sentencia al Juzgado de Instrucción.

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por Juan Ramón , Anton , Gloria , Marisol que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

Las representaciones de los recurrentes, basan sus recursos en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

RECURSO INTERPUESTO POR Juan Ramón

Primero.

Al amparo del art. 5.4 LOPJ . por vulneración del principio de presunción de inocencia del art. 24 CE .

Segundo.

Al amparo del art. 5.4 LOPJ . por vulneración del principio de presunción de inocencia del art. 24 CE . en relación con el art. 558 LECrim .

Tercero.

Al amparo del art. 5.4 LOPJ . por vulneración del principio de presunción de inocencia del art. 24 CE . en relación con el art. 569 LECrim .



www.civil-mercantil.com

Cuarto.

Al amparo del art. 851.1 LECrim .

Quinto.

Al amparo del art. 849.1 LECrim . por aplicación indebida del art.392 CP .

Sexto.

Al amparo del art. 849.1 LECrim . por infracción del art. 50.4 y 5 CP .

RECURSO INTERPUESTO POR Anton

Primero.

Al amparo del art. 5.4 LOPJ . por vulneración del principio de presunción de inocencia del art. 24 CE . y art. 852 LECrim .

Segundo.

Al amparo del art. 849.1 LECrim . por indebida aplicación de los arts. 318 bis I y 188.1 CP .

RECURSO INTERPUESTO POR Marisol

Primero.

Al amparo del art. 849 Y 852 LECrim . y art. 5.4 LOPJ , por vulneración del art. 24 CE .

Segundo.

Por error de hecho en la apreciación de la prueba y con amparo en el art. 849.2 LECrim .

RECURSO INTERPUESTO POR Gloria

Único.

Al amparo del art. 5.4 LOPJ . por vulneración del principio de presunción de inocencia del art. 24 CE .

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación de los



www.civil-mercantil.com

mismos por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día catorce de enero de dos mil catorce.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR Juan Ramón

Primero.

El motivo primero al amparo del art. 5.4 LOPJ , por infracción del derecho a la presunción de inocencia, art. 24.2 CE , ya que la Sala ha basado la condena del recurrente solamente en un pasaporte en el que son originales todos los elementos excepto la hoja biográfica, en la que la hay una fotografía de otra persona con el nombre y datos del recurrente, sin que se haya indagado la identidad del verdadero titular del pasaporte original, ni la identidad del fotografiado.

Añade que el pasaporte falsificado no fue ocupado a Juan Ramón , quien no tuvo oportunidad de presenciar el registro de su habitación e insiste en la inexistencia de prueba de cargo por cuanto la sentencia no dice que él haya realizado directamente la falsificación o que la haya encargado a otros y tampoco le considera cooperador necesario, ni hay razón que explique la conducta atribuida al recurrente, quien difícilmente puede tener interés en usar o en permitir que otro use un pasaporte falsificado en el que aparecen sus datos verdaderos y la fotografía de un extraño.

Como hemos afirmado en recursos anteriores el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. De modo que, como declara la STC. 189/98 de 28.9 «sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado». Constituye también

doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el Art. 117.3 CE , sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta.

Por tanto al ámbito de conocimiento de esta Sala casacional cuando se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia queda delimitado por estos tres aspectos:

a) la comprobación de si el juzgador de instancia contó con suficiente prueba de cargo, aunque fuese mínima, para dictar un fallo condenatorio, ello integra la afirmación de que la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la parte acusadora, sin que le sea exigible a la defensa una «probatio diabólica» de los hechos negativos;

b) la comprobación de que tales pruebas se han obtenido sin violar los derechos fundamentales, lo que las haría inválidas a los efectos probatorios, debiendo estar incorporadas dichas pruebas con respeto de los principios procesales de inmediación y contradicción; y

c) la constatación de la racionalidad de las deducciones y conclusiones alcanzadas por la Sala sentenciadora, lo que es de mayor importancia en los supuestos de prueba indiciaria. Por ello el límite de control casacional en materia de presunción de inocencia está precisamente en el intento de nueva valoración de la prueba, lo que pertenece en exclusiva al tribunal sentenciador, debiendo constatar el tribunal casacional que esa valoración no sea ilógica ni arbitraria.

Segundo.

En el caso presente la sentencia impugnada considera a Juan Ramón autor de un delito de falsedad en documento oficial de los arts. 392 y 390.1 al haberse hallado en posesión de un pasaporte falsificado, lo que el recurrente no niega, falsificación acreditada por la pericial del Laboratorio de Documentos copia, ratificada en el plenario y sometida a debate contradictorio, en el sentido de que el pasaporte a Nigeria NUM007 a su nombre, en la página biográfica presente divergencias respecto de las auténticas, de manera que existen dos hojas, una auténtica -reverso- y otra que no lo es -anverso-, por ausencia de micro- leyendas y la simulación que presentan carece de nitidez suficiente que permita su lectura, carece de leyenda codificada, dígitos de control incorrectos, carece de fibrillas luminiscentes y de impresiones con tintas reactivas a la luz ultravioleta, la marca de agua aparece simulada impresa en tinta blanca. Destacando además respecto de este recurrente, que le fueron



www.civil-mercantil.com

intervenidos y analizados dos pasaportes, uno auténtico y otro falsificado, resultando que ni los datos biográficos ni las personas que se reflejan en las fotografías de ambos coinciden. Hechos que quedan corroborados, asimismo por las testificales en juicio de los agentes del CNP. Con carnets profesionales nº NUM013 , NUM014 y NUM015 que ratificaron los atestados.

Siendo así hay que recordar que el delito de falsificación documental no es de propia mano, de suerte que también es autor quien facilitó los datos o fotos para la confección del documento y se beneficia en su caso, aunque la confección strictu sensu lo haya hecho un tercero en concierto con el primero. Hay una autoría mediata y otra material. SSTS 4332/2001 de 22 de Mayo , 27 de Mayo de 2002 , 313/2003 de 7 de Marzo y 1325/2003 de 13 de Octubre , 1278/2011, 29 de noviembre , 60/2012, de 8 de febrero , que recordó que "la responsabilidad en concepto de autor no exige la intervención corporal de la dinámica material de la falsificación, bastando el concierto y el previo reparto de papeles para la realización y el aprovechamiento de la documentación falseada, y que lo decisivo es que el sujeto activo tenga dominio funcional del hecho, siendo, asimismo, indiferente que la autoría sea directa o simplemente mediata (STS 25-1-2001 y 27-9-2002).

En el caso presente, el recurrente, aportó sus datos de identidad en la hoja del anverso, la falsificada, y la jurisprudencia viene señalando que quien contribuye de esta forma en la elaboración del documento inauténtico, al no reputarse autor material, siempre sería cooperador necesario, ya que su colaboración ha de estimarse como un bien escaso para determinar el hecho desde la perspectiva ex ante y conforme al plan infractor, máxime cuando se aprovechó de la acción teniendo en su poder, el pasaporte falsificado con sus datos personales.

Tercero.

El motivo segundo al amparo del art. 5.4 LOPJ , por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24 CE , en relación con el art. 558 LECrim , porque el auto que autorizó la entrada en el domicilio sito en la CALLE002);"; PUERTA ¡! (folio 706 Tomo 2 sumario), carece del nombre del recurrente, a quien no obliga a soportar la entrada en su domicilio y omite cualquier hecho que relacione a Efosa con los delitos investigados, por lo que no está motivado, como exige el citado art. 558 LECrim .

El motivo deviene improsperable.

En efecto el motivo insiste en que el auto autoriza la entrada y registro en una vivienda, donde habitan varios moradores, de alguno de los cuales, entre ellos el recurrente, omite todos los datos, pues su nombre no había aparecido en las actuaciones policiales antes de su detención;



www.civil-mercantil.com

por tanto, el auto no autorizaba a entrar y registrar en la habitación de Juan Ramón , a quien no menciona y no tiene dato alguno en que fundamentar una autorización que no dio para entrar en ella y registrarla.

1º.- La objeción respecto a que en el auto no aparece el nombre del recurrente carece de apoyo legal. Como dijo la STS. 347/2012 de 25.4 , con cita en la STS. 637/95 de 10.5 , el art. 558 LECrim no requiere que el auto de entrada y registro consigne el nombre del titular del domicilio, sino que se exprese de forma concreta el edificio o lugar cerrado en el que haya de verificarse. En igual sentido la STS 85/96, de 6.2 precisa que la LECrim al regular la diligencia de entrada y registro encomienda al Juez la redacción del auto. La identificación del lugar que va a ser registrado parece hacerse en función de la titularidad dominical o arrendataria o bien mediante la localización de las señas o características de la habitación o vivienda, pero no es necesario que se consigne en dicho auto el nombre del titular del domicilio, pues no lo exige la Ley. Es suficiente con que no haya duda sobre la localización material de la vivienda de tal manera que la descripción de su ubicación en el callejero, la numeración que le corresponde y la planta y letra que lo identifica, son elementos que no deben faltar en el mandamiento judicial.

Por tanto la plena identificación del titular de la vivienda no resulta imprescindible para excluir la legitimidad de la medida que recayendo sobre sospechosos relacionados en el domicilio, se orienta a una completa identificación, u otorgar relevancia constitucional a cualquier error sobre la identidad del titular.

En el caso que se analiza el auto de 18.3.11, que autorizó la entrada y registro (folios 706 a 709), es consecuencia del oficio policial de la misma fecha (folios 685 a 691) y establece cual es el domicilio a registrar: CALLE003 nº NUM016 . NUM003 NUM011 y CALLE002 NUM010 , NUM011 puerta NUM012 , siendo ambos, la morada anterior y el actual domicilio de la identificada en las presente como Rafaela y su pareja Augusto , y por la indeterminación de otras concretas personas moradores o titulares del mismo, se extiende la autorización a las viviendas en su conjunto, sin precisión de su titular ni de las habitaciones individualizadas que debían ser registradas.

En este sentido la STS. 122/2013 de 15.2, respecto al registro de una habitación, recordó "que el contenido de la resolución judicial lo era para la vivienda en su integridad, sin apartados ni dependencias, lo que permite su registro integral, sin que pueda detenerse la práctica del mismo ante tales invocaciones, ya que ello iría contra el principio de celeridad y podría producir la destrucción u ocultación de pruebas, razones que abundan sobre su legitimación y regularidad procesal. Cuando un mandamiento para registrar una vivienda no establece restricciones, la autorización comprende la totalidad de la misma, sin compartimentos



www.civil-mercantil.com

estancos, y tanto desde el punto de vista de la flagrancia delictiva, como de la necesidad de realizar el registro con la celeridad que impone la Ley de Enjuiciamiento Criminal, impide que pueda alegarse por los demás ocupantes de la vivienda la restricción de su derecho fundamental (art. 18.2 CE).

Cuarto.

Cuestión diferente y la concerniente a la motivación del auto que ordena la entrada y registro. En diversos precedentes de esta Sala -ver SSTs. 347/2012 de 25.4 - hemos señalado que la motivación del auto que dispone una medida de instrucción que la ley autoriza a tomar sin conocimiento del afectado y que, como tal, no puede ser recurrida, no necesita hacer constar especiales razonamientos que informen a dicho afectado de las razones que debería combatir ante el tribunal de alzada si tuviera a su disposición un recurso. La legitimidad del auto en cuestión, por lo tanto, depende de si la medida adoptada por el Juez de Instrucción era o no necesaria, a la luz de la información con la que el Juez contaba en el momento de la decisión.

En este sentido en lo que se refiere a la valoración de estos datos como indicios suficientes debe exigirse que consten los que el órgano judicial ha tenido en cuanto como apoyo para considerar razonable y fundada la sospecha acerca de la comisión de un delito y de la participación en él del sospechoso, pero no es necesario que se alcance el nivel de los indicios racionales de criminalidad, propios de la adopción del procesamiento. Es de tener en cuenta, que en el momento inicial del procedimiento en el que ordinariamente se acuerda la entrada y registro no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada, por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios. Pero sin duda han de ser superadas las meras hipótesis subjetivas o la simple plasmación de la suposición de la existencia de un delito o de la intervención en él de una determinada persona, pues en este caso la invasión de la esfera de intimidad protegida por un derecho fundamental dependería exclusivamente del deseo del investigador, sin exigencia de justificación objetiva de ninguna clase, lo que no es tolerable en un sistema de derechos y libertades efectivos".

Asimismo, y dado que la apreciación de conexión entre la causa justificativa de la medida -la investigación del delito- con las personas que pueden verse afectadas por la restricción del derecho fundamental constituye el presupuesto lógico de la proporcionalidad de la misma resulta imprescindible que la resolución judicial haya dejado constancia también de las circunstancias que pueden sustentar la existencia de dicha conexión" (S.S.T.C. 171/ 99 y 8/00).

Debe por tanto motivarse la necesidad de la autorización (STS. 299/2004 de 19.9), sostenida en razonamientos suficientes a partir de indicios o, cuando menos, sospechas sólidas y



www.civil-mercantil.com

seriamente fundadas acerca de la concurrencia de los requisitos de hechos, comisión de delito y responsabilidad en el mismo del sujeto pasivo de la restricción del derecho, que no sólo cumpla con las exigencias constitucionales de fundamentación de las Resoluciones judiciales (art. 120.3 CE) sino que, además, permita la ulterior valoración de la corrección de la decisión por parte de los Tribunales encargados de su revisión, a los efectos de otorgar la debida eficacia a los resultados que pudieran obtenerse con base en ella o por vía de recurso contra la misma (STS. 999/2004 de 19.9).

Por ello cuando la entrada en el domicilio se basa en una resolución judicial, ésta tendrá que estar suficientemente motivada, tanto sobre los hechos como en derecho, teniendo en cuenta que se trata de la restricción de un derecho fundamental. Para que esa motivación sea bastante en el aspecto fáctico, es preciso que el Juez disponga de indicios acerca de la comisión de un delito y de la relación del domicilio con él, lo cual puede suceder en los casos en los que puedan encontrarse en el domicilio efectos o instrumentos del delito (artículo 546 de la LECrim). Se trata, por consiguiente, de que al solicitarse esta injerencia en un derecho constitucionalmente protegido se aporten cualquier tipo de datos fácticos o "buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están se han cometido o están a punto de cometerse (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 1978, caso Klass , y de 5 de junio de 1992, caso Lüdi)"; en otros términos, algo más que meras sospechas, pero algo menos que los indicios racionales que se exigen por el art. 384 LECrim para el procesamiento (SSTC 49/1999, de 4 de abril , 299/2000, de 11 de diciembre , 138/2001, de 17 de julio y 167/2002, de 18 de septiembre ; STS. 16/2007 de 16 de enero).

El sustento de la medida -dice STS. 1019/2003 de 10.7 - que, "no ha de consistir en la aportación de pruebas acabadas de la comisión del ilícito, pues en tal caso no sería ya necesaria la práctica de más diligencias de investigación, sino, tan sólo, la de fundadas sospechas del actuar delictivo que requieran la confirmación a través del resultado que pudiera arrojar precisamente el registro" y "no es exigible a la autoridad judicial, SSTs. 1231/2004 de 27.10 , verificar la veracidad de los datos suministrados por la Policía como requisito previo al Auto habilitante, porque no existe una presunción de inveracidad de los informes policiales, y porque la práctica de diligencias judiciales para confirmar la realidad de los datos suministrados por los servicios policiales del Estado supondrán una notoria dilación incompatible con la urgencia que de ordinario requiere en esta clase de actuaciones" (ATS. 25.1.2007).

Se trata de una medida al inicio del procedimiento, por lo que basta para su adopción el que exista sospechas fundadas y expresadas en el auto, aunque sea de un modo genérico y no exhaustivo.



www.civil-mercantil.com

Es cierto, como recuerda la STS. 53/2006 de 30.1 , que la doctrina jurisprudencial, tanto la de esta Sala como la del Tribunal Constitucional, ha admitido la motivación por remisión, de forma que es bastante que esos datos consten en el oficio policial, aunque no figuren recogidos literalmente en la resolución judicial. No obstante como señala la STS. 1597/2005 de 21.12 , del oficio policial deberá desprenderse de forma suficiente las razones que se invocan para solicitar la autorización judicial.; STS. 148/2007 de 13.2 . Así y como recuerda STC. 167/2002 de 18.9 , aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención en el derecho fundamental queden debidamente plasmados en la resolución judicial, ésta puede considerarse suficientemente motivada si, integrada incluso con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida impone. En los términos a la STS. 177/2006 de 26.1 , existe conocida jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (por todas 189/2005 de 21.2) en el sentido de entender suficientemente justificado el ingreso en un domicilio con fines de investigación de conductas posiblemente delictivas, cuando el auto del juzgado se remite a la solicitud policial y ésta se encuentre bien fundada.

Y es procedente, asimismo, recordar que el Tribunal Constitucional ha venido reconociendo cánones de suficiencia razonadora en autos con motivación "lacónica" e incluso cuando se extiende la resolución sobre impresos estereotipados mínimamente adecuados a las circunstancias del caso particular que permitan reconocer unos mínimos razonadores que den satisfacción a la exigencia constitucional (ATC. 145/99 y SSTC. 238/99 , 8/2000)".

En el caso presente el auto de 18.3.2011 en su exposición de hechos se remite al escrito presentado ese mismo día por la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras U.C.R.IF -Grupo III, sobre la existencia de indicios de que en el primero de los domicilios, cuyo registro se solicita - CALLE003 nº NUM016 - NUM003 NUM017 . Residían, primero de los domicilios señalados residían hasta el pasado día 15 de Marzo donde probablemente a partir del aviso de la detención de otros miembros de la trama se marcharon la identificada como Mama Super quien se ha venido encargando de la custodia del menor Eduardo - hijo de Reyes que en la actualidad se encuentra en Italia al parecer ejerciendo la prostitución obligada por la organización y ello pese a padecer Sida - , mientras que su hijo afectado también de la enfermedad lo han dejado en manos de referida Rafaela para tener controlada a la madre existiendo un claro riesgo para la vida del menor de no ser controlada debidamente su salud conforme a los datos médicos que obran en la causa y , desprendiéndose además de la relación que , los contactos telefónicos entre las partes dejan entrever la pertenencia de la referida Rafaela y su marido a la organización criminal identificada en las presentes , habiendo



www.civil-mercantil.com

este último incluso sustituido al imputado Anton en el semáforo donde el mismo trabajaba hasta el pasado día 15 en que fue detenido.

Es por ello que, el registro del domicilio de CALLE002 a donde se trasladaron el pasado día 15 y, el de la CALLE003 donde residían hasta la fecha y donde es probable que al marcharse de forma apresurada abandonaran elementos de interés para la causa, se reputan indispensables a fin de salvaguardar al menor Eduardo y, aportar datos de interés a la presente investigación.

Y a continuación en los razonamientos jurídicos, en concreto en el tercero tiene en cuenta no solo los indicios que se acompañan a la solicitud policial sino los que resultan de los dos tomos de las diligencias previas nº 7779/10, en orden a la existencia de datos claros a la ampliación y autoría por las personas en cuyo domicilio se solicita la entrada, en la comisión a un delito continuado de tráfico ilegal de personas y explotación sexual de las mismas, falsedad documental y concurriendo además, clara situación de riesgo para la vida del menor Eduardo, y considera la entrada en ambos domicilios, medio insustituible e idóneo por la naturaleza de los hechos investigados y, en particular, las cautelas y precauciones con los que se actúa por este tipo de organizaciones de forma que, otro tipo de intervenciones frustraría de plano las posibilidades de encontrar pruebas acerca de los delitos investigados.

Motivación que debe entenderse suficiente en cuanto contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias que permiten la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida impone (ATC. 25.1.2007).

Quinto.

Por último la queja relacionada con el recurrente hasta ese momento no estaba siendo investigado, lo que afectaría a la licitud de la ocupación del pasaporte a su nombre falsificado, plantea el problema de si en el transcurso de un registro autorizado en busca de efectos relacionados con delitos determinados atribuidos a concretas personas, son hallados efectos relaciones o evidenciadores de un delito distinto, o atribuido a otra persona hasta entonces no investigada. Problema que ha sido de controversia doctrinal en orden a si tal hallazgo novedoso, no relacionado con el delito o persona investigada, podría ser introducido en un proceso distinto sin afectación del derecho a la inviolabilidad domiciliaria o si, por el contrario, al no encontrarse entre el objeto autorizado del registro habría de considerarse desprovisto de la cobertura judicial habilitante de la intromisión en el ámbito domiciliario, y, por tanto, obtenido como si tal resolución no le afectase.

En la jurisprudencia de esta Sala también se han encontrado presentes ambos criterios.



www.civil-mercantil.com

En algunas sentencias se reprochaba a la comisión judicial o a la fuerza actuante que no hubiera suspendido la diligencia en el momento del hallazgo novedoso a fin de comunicar el mismo al Juez autorizante y reclamar de este una resolución distinta que amparase la investigación del nuevo delito, bajo pena de nulidad cual si no hubiese existido Auto judicial respecto a este casual hallazgo, SSTs. 28.2.92 , 2.7.93 , 21.1 y 18.2.94 y 1.12.95 que señalan que si el registro va más allá del mandato judicial e investiga otros delitos conexos o no, será nulo en lo relativo a los excesos, si el juez instructor no amplía su mandato respecto al objeto del registro.

Esta línea jurisprudencial trasladaba al ámbito del registro domiciliario la tesis elaborada con ocasión de los descubrimientos casuales ocurridos en el curso de una intervención telefónica, en la que el principio de especialidad adquiere especial relevancia y justifica la intervención solo al delito investigado, en evitación de "rastros" indiscriminados de carácter meramente preventivos o aleatorio sin base fáctica previa de la comisión de delito, absolutamente proscritos en nuestro ordenamiento.

No obstante esta Sala Segunda ha venido marcando las diferencias existentes en la diligencia de intervención telefónica y en el registro domiciliario en los supuestos en que es descubierto un objeto delictivo distinto al que hubiera motivado la respectiva diligencia. Así en las sentencias 22.3.99 y 981/2003 de 3.7 se recuerda como esta Sala ha tenido oportunidad en diversas ocasiones de pronunciarse sobre el extremo que nos ocupa y viene sentando una doctrina consolidada en la que, resumiendo anteriores argumentos, se afirma que:

"Es cierto que esta Sala, trasladando su doctrina sobre las escuchas telefónicas a la entrada y registro, resolvió algunos supuestos bajo un denominado principio de especialidad, concepto, a su vez, trasladado de la extradición. La jurisprudencia más reciente abandona dicha interpretación jurisprudencial destacando las diferencias existentes entre la intervención telefónica y la entrada y registro, tanto por la distinta afectación de una y otra diligencia sobre la intimidad, verdaderamente más intensa y directa en la intervención telefónica, como por la prolongación temporal de una y otra injerencia, pues la entrada y registro tiene acotada su duración temporal en una jornada y se desarrolla en unidad de acto, en tanto que la intervención telefónica tiene una duración que se prolonga a un mes susceptible de ampliación y, consecuentemente, con unas facultades de control judicial distintos (SSTs 28-4-1995 y 7-6-1997), que ya se señaló que si en la práctica del registro aparecen objetos constitutivos de un cuerpo de posible delito distinto a aquel para cuya investigación se extendió el mandamiento habilitante, tal descubrimiento se instala en la nota de flagrancia por lo que producida tal situación la inmediata recogida de las mismas no es sino consecuencia de la norma general contenida en el art. 286 de la Ley Procesal ".



www.civil-mercantil.com

En igual sentido, la reciente STS 167/2010 de 24.2 , recoge la doctrina de otras sentencias precedentes como la 315/2003 de 4.3 que, admitió la validez de la diligencia cuando, aunque el registro se dirigiera a la investigación de un delito se encontraran efectos o instrumentos de otro que pudiera entenderse como delito flagrante. La teoría de la flagrancia ha sido, pues, una de las manejadas para dar cobertura a los hallazgos casuales, y también la de la regla de la conexidad de los arts. 17.5 y 300 LECrim ., teniendo en cuenta que no hay novación del objeto de la investigación sino simplemente "adición", y la STS. 742/2003 de 22.5 que expresa que la autorización judicial para la entrada y registro se concreta en actividades delictivas concretas, ello, sin embargo, no supone que el hallazgo de efectos o instrumentos que se refieren a conductas delictivas distintas queden desamparados de la autorización judicial que cubre la intromisión en la esfera privada que entraña un domicilio. Se ha impuesto en la doctrina de esta Sala una posición favorable a la licitud de la investigación de aquellas otras conductas delictivas que nacen de los hallazgos acaecidos en un registro judicialmente autorizado. Añade esta sentencia que no se puede seguir, como recuerda la STS 8-3-1994 el mismo criterio que cuando se trata de un intervención telefónica . En esta, por su propia naturaleza, presupone una prolongación temporal que permite , en los casos de escuchas referidas a otras conductas delictivas distintas, una ampliación de la autorización judicial habilitante . No sucede lo mismo con las entradas y registros, que se caracterizan por su realización en unidad de acto , de ahí que si en su práctica apareciera objetos constitutivos de un cuerpo de posible delito distinto a aquel para cuya investigación se extendió el mandamiento habilitante, tal descubrimiento se instala en la nota de flagrancia.

La Constitución no exige en modo alguno, que el funcionario que se encuentre investigando unos hechos de apariencia delictiva cierre los ojos ante los indicios de delito que se presentasen a su vista, aunque los hallados casualmente sean distintos a los hechos comprendidos en su investigación oficial, siempre que ésta no sea utilizada fraudulentamente para burlar las garantías de los derechos fundamentales (STC. 49/96) y también que, el que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros distintos que sean descubiertos por casualidad al investigar aquéllas, pues los funcionarios de policía tienen el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que tuviera conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención que fueran necesarias por razón de urgencia, tal y como disponen los arts. 259 y 284 LECrim .

Cada una de las Sentencias descritas refiere a su vez la existencia de una consolidada jurisprudencia en el mismo sentido.

El hallazgo casual de efectos que pudieran ser constitutivos de un objeto delictivo obliga a los funcionarios de la policía judicial que realizan la investigación y, en su caso, a los funcionarios



www.civil-mercantil.com

de la Administración de Justicia, a su intervención y a la realización de aquellas diligencias necesarias para la investigación del delito para su persecución.

Ese hallazgo casual participa de la naturaleza de la flagrancia que permite el registro e intervención de efectos, por lo que si, como sucede en el hecho objeto de la impugnación, el Juzgado de instrucción proporcionó en la investigación un mandamiento de entrada y registro para la intervención de objetos de procedencia ilícita y se obtuvieron efectos que podían constituir el objeto de un delito contra la salud pública, la intervención de los mismos se enmarca en una correcta actuación por parte de los funcionarios de policía judicial toda vez que el registro se practicó con observancia de la legalidad, constitucional y procesal, existió la debida proporcionalidad y los efectos intervenidos lo fueron casualmente, lo que se corrobora por la suspensión del registro para que en la diligencia intervinieran perros para ayudar a la intervención de sustancias tóxicas."

En semejante sentido, entre otras y además de las Resoluciones mencionadas en la anterior, la STS de 1 de Febrero de 1999 , que afirma: "...el hallazgo de elementos o datos directos o indiciarios de la comisión de un delito distinto del que dio lugar a la iniciación de las investigaciones, la doctrina más reciente de esta Sala viene estableciendo, en lo que respecta a los descubrimientos casuales de pruebas de otro delito distinto del inicialmente investigado, la posibilidad de su validez y de la adjudicación de valor probatorio a los elementos encontrados, siempre que se cumpla con el principio de proporcionalidad y que la autorización y la práctica del registro se ajuste a las exigencias y previsiones legales y constitucionales.

Es evidente que el principio de proporcionalidad se respeta en el caso presente en cuanto que las pruebas encontradas se refieren a un delito grave (contra la salud pública) que justificaría autónomamente la concesión de una autorización habilitante para invadir el domicilio de la persona o personas sospechosas. Por otro lado, no podemos olvidar que existe una resolución judicial que autoriza la entrada, con lo que se cubren los presupuestos constitucionales inexcusables para legitimar una intromisión en el domicilio ajeno y también se observa, que se han cumplido las previsiones legales en su práctica, habiendo asistido además a la diligencia el Secretario Judicial con lo que quedan salvadas las previsiones de la Ley Procesal, en cuanto a los requisitos formales necesarios para su validez."

Consecuentemente, reiterando anteriores razonamientos, ha de afirmarse una vez más que:

a) Lo que realmente otorga validez a la práctica de un registro, cualquiera que fuere, no es sino la correcta habilitación judicial para la ejecución del allanamiento domiciliario legal, en el momento en el que éste se lleva a cabo, con la entrada de los funcionarios en la vivienda objeto de la pesquisa.

www.civil-mercantil.com

b) Una vez cumplido tal requisito esencial, a partir de ese momento, la actuación policial discurre en un ámbito perfectamente legítimo, en sus dimensiones espacial y temporal, durante su transcurso íntegro.

c) Por ello, cualquier hallazgo que, en tales circunstancias, se produzca no puede ser tachado de irregular vista la legalidad en la que la diligencia discurre.

d) Si a ello se une, además, la concurrencia de la proporción entre la injerencia en el derecho fundamental y la gravedad del ilícito inesperadamente descubierto, la diligencia adquiere una imprescindible cobertura, como en el presente supuesto acontece al tratarse de un posible delito contra la Salud pública, sancionado por su trascendencia social con elevadas penas de prisión.

e) Tan sólo si se advirtiera que todo ello pueda responder, en realidad, a un designio intencionado de los funcionarios solicitantes del registro que fraudulentamente hubieren ocultado al Juez autorizante, por las razones que fueren, el verdadero motivo de su investigación, la violación del domicilio habría de ser considerada nula. Circunstancia que, en el caso que nos ocupa, ni siquiera ha sido objeto de sospecha.

Por consiguiente, debe concluirse, en definitiva, que el hecho de hallar, en un registro domiciliario, válida y fundadamente autorizado en su origen, efectos u objetos distintos de los correspondientes al ilícito inicialmente investigado, no convierte en ilegal la práctica de la diligencia así realizada, de modo que si aquella inicial autorización reunió todos los requisitos exigibles para ser tenida como correcta, los hallazgos producidos como resultado de la misma, han de ostentar pleno valor probatorio.

El motivo, por lo razonado, debe ser desestimado.

Sexto.

El motivo tercero al amparo del art. 5.4 LOPJ , por infracción del derecho al proceso con todas las garantías, art. 24.2 CE , en relación con el art. 569 LECrim . ("el registro se hará a presencia del interesado" y "el acta del resultado de la diligencia y de sus incidencias... será firmada por todos los asistentes"), en relación con el art. 572 LECrim . ("en la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado, se expresarán los nombres... de las demás personas que intervengan"), y art. 566 LECrim , pues tampoco se notificó el auto de entrada y registro al recurrente, habiéndole producido indefensión.

Se insiste en el desarrollo del motivo que el registro se realizó sin la presencia del recurrente, privándole de su derecho y de su obligación de presenciar el registro, presencia impuesta por



www.civil-mercantil.com

el art. 569 LECrim , tampoco le notificaron el auto que lo autorizó como impone el art. 566 LECrim , y el acta de entrada y registro (folios 717 y ss. Tomo 2), carece de la identificación, exigida por el art. 572 LECrim , del Secretario Judicial.

El motivo se desestima.

Ciertamente el fundamento de la exigencia referida a la presencia del interesado o de su representante en el registro domiciliario radica en que la diligencia de entrada y registro afecta a un derecho personalísimo de relevancia constitucional, la intimidad personal, por lo que la Ley procesal en el desarrollo de una legítima injerencia en el domicilio prevé como requisito de su práctica la presencia del titular del domicilio, inquilino o morador de la vivienda al tiempo y establece un régimen de sustituciones a esa presencia a través de personas con las que se pretende la asistencia del titular, por sí o representado (art. 569), a una diligencia ordenada en averiguación de un hecho delictivo porque lo relevante de la injerencia es la afectación del derecho a la intimidad, bien jurídico afectado por la medida de investigación. Al tiempo la capacidad jurídica del acta que al efecto se levante asegura, a través de la presencia del interesado o su representante, la efectiva contradicción en su práctica. (Cfr. STS1241/2000, de 6 de julio). La jurisprudencia de esta Sala Segunda es clara al respecto y aunque se alude también al derecho de defensa como fundamento de la presencia del interesado en el registro esa consideración la realiza desde la perspectiva de exigencia de la observancia del principio de contradicción que rige en nuestro ordenamiento para que la documentación del registro, el acta levantada, sea tenida como prueba de cargo contra el mismo (STS. 261/2000 de 14.3).

Las sentencias de esta Sala de 11.2.2000 y 9.4.2003 desarrollan una extensa doctrina en relación a las personas que deben estar presentes en el registro domiciliario, partiendo de que el interés afectado por la diligencia de entrada y registro ordenada judicialmente en un domicilio particular -que se adelanta, tal como se analizará en otros recursos siguientes, no es el caso actual- es el inherente a la intimidad y privacidad domiciliaria, cuya protección adquiere rango constitucional en el art. 18.2 de la CE .

Según la STS. 183/2005 de 18.2 , el interesado cuya presencia exige el art. 569 LECrim . es el titular del domicilio registrado, cualidad que se ostenta con independencia de que se tenga o no la condición de propietario o arrendatario. No es lo relevante la dimensión patrimonial de estos derechos sino el derecho personalísimo a la intimidad, que corresponde a quien por cualquier título o sin él tiene en el domicilio que ocupa el ámbito material de su privacidad. Pero al mismo tiempo, en la medida en que la diligencia autorizada judicialmente sea una prueba preconstituida con eficacia demostrativa como prueba de cargo, es interesado el imputado, cuya presencia se dirige a satisfacer exigencias del principio de contradicción, para que aquella tenga validez probatoria. El hecho de que la cualidad de imputado en el



www.civil-mercantil.com

procedimiento y de titular del domicilio registrado normalmente coinciden no debe ocultar que es la segunda (titular del domicilio registrado) la que específicamente determina la condición de interesado "a que se refiere el art. 569 LECrim.". Así resulta claramente de las referencias al interesado contenidas en los arts. 550, 552, 566 y 570 LECrim. (el art. 550 al exigir resolución motivada para entrar en el domicilio cuando no prestare su consentimiento "el interesado", expresión ésta "el interesado", que se reitera por el mismo art. 550 para designar al destinatario de la notificación que según el art. 566, es precisamente, el particular del domicilio registrado y se utiliza por el art. 552 al exigir que la práctica se haga procurando no perjudicar ni importunar al interesado "al interesado" más de lo necesario, y por el art. 570 sobre la necesidad de que "el interesado" permita la continuación de la diligencia durante la noche (STS. 163/2000 de 11.4). Por lo que, en definitiva el interesado cuya presencia exige el art. 569 y el titular del domicilio registrado, que es el que en su caso, puede consentir la entrada y recibir la notificación del auto judicial que lo autoriza, sin perjuicio del derecho que al imputado corresponda en la condición de tal de intervenir en la diligencia de registro (STS. 1944/2002 de 9.4). Son numerosas las sentencias de esta Sala Segunda, en las que se mantiene la validez y eficacia de los registros efectuados ausente la persona investigada siempre que hubiesen estado presentes el titular del domicilio, o en el caso de ser varios los moradores del domicilio registrado, es suficiente con la presencia de cualquiera de ellos en la diligencia, incluso cuando no se corresponda con el investigado, SSTs. 12.3.96, 19.1.99, 11.2.2000, 18.2.2005 y STC. 171/99 de 27.9, en un supuesto en que el acusado no estuvo presente, pero sí lo estuvo su compañera sentimental, la titular del domicilio en que fue localizada la droga, declaró que aquella ausencia es constitucionalmente, irrelevante y no lesiona el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

En el caso presente el auto de entrada y registro se notificó a la procesada Elisa, pareja del recurrente, que era la persona que se encontraba en la vivienda en compañía del menor Eduardo -cuya localización era el principal objetivo a la entrada y registro- y en cuya presencia se practicó la diligencia, sin infracción, por tanto, del art. 569 LECrim. Así la STS. 1029/2012 de 24.12 en un caso similar declaró que "la regularidad del registro en su aspecto motivacional es impecable, conforme ya lo declaramos anteriormente, y desde el plano de la legalidad ordinaria, la presencia de tal señora, que dice ser la pareja sentimental del recurrente, es inobjetable, y no estando detenido el ahora censurante, no tenía por qué estar presente en el momento de la práctica del mismo, sino la persona que moraba la vivienda junto a aquél. No sabemos exactamente si lo que quiere decir el recurrente es que, en tal circunstancia, y antes de conocer qué evidencias pueden comprometer al otro conviviente, ha de ser éste detenido para llevarle a presenciar un registro, del que se desconocen aun sus pormenores fácticos, bajo un argumento que no es precisamente el más razonable desde la perspectiva de la garantía de los derechos de los ciudadanos".



www.civil-mercantil.com

En este sentido la STC. 22/2003 de 10.2 , declara que, "ha de partirse de que la convivencia presupone una relación de confianza recíproca, que implica la aceptación de que aquel con quien se convive pueda llevar a cabo actuaciones respecto del domicilio común, del que es cotitular, que deben asumir todos cuantos habitan en él y que en modo alguno determinan la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio".

Septimo.

Respecto a la falta de identificación del Secretario Judicial La STS 408/2006, de 12-4 , recuerda cómo la doctrina científica ha cuestionado que la presencia del secretario judicial tiene una triple finalidad: como garantía de legalidad , asegure el cumplimiento de los requisitos legales; como garantía de autenticidad, se robustece de certeza lo ocurrido en el registro y se garantiza la realidad de los hallazgos descubiertos; y como garantía judicial, en la medida que el secretario forma parte integrante del órgano jurisdiccional autorizante de la diligencia, se garantiza que las intromisión al derecho fundamental se realizó dentro de los límites dispuestos en la resolución judicial (STS 1189/2003, de 23-9).

Por ley 22/95, de 17-7 se dio la redacción actual al art. 564-4 LECrim . disponiendo que el registro se practicará siempre en presencia del Secretario del Juzgado o tribunal que lo hubiere autorizado, o del secretario del servicio de guardia que le sustituye, quien se levantará acta del resultado, de la diligencia y de sus incidencias, el secretario podrá ser sustituido en caso de necesidad en la forma prevista en la LOPJ.

La doctrina jurisprudencia, estima que la ausencia del secretario judicial, cuando su presencia viene exigida por la normativa procesal, determina la nulidad del acto como actuación procesal, privándole de su carácter de prueba anticipada o preconstituida y al del acta en que se recoge su resultado, pues la ausencia de la fe pública legalmente exigida le priva de autenticidad y valor probatorio pero no constituye una violación del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio -al estar amparada la intervención domiciliaria por una autorización judicial válida, que es lo que se exige constitucionalmente- y en consecuencia no determina el efecto prevenido en el art. 11.1. LOPJ para cualquier contenido probatorio que se derive directa o indirectamente de la violación de un derecho fundamental, por lo que nada impide que mediante otros medios de prueba complementarios se evidencie la ocupación de los efectos intervenidos en el domicilio registrado con autorización judicial (STS 183/2005, de 18-2 , 408/2006 de 12-4), pudiendo suplirse tal defecto con la declaración de los intervinientes en el registro en dicho acto, por ejemplo, funcionarios de policía (STS 21-11-94 , 14-11-97).

La doctrina del TC viene manteniendo de forma constante que el único requisito necesario y suficiente por sí lo para dotar de licitud constitucional a la entrada y registro fuera del



www.civil-mercantil.com

consentimiento expreso de quien lo ocupa o la flagrancia delictiva, es la existencia de una resolución judicial que con antelación lo mande o autorice, de suerte que una vez obtenido el mandamiento la forma en que la entrega y el registro se practiquen, las incidencias que en su curso se puedan producir y los defectos en incurra, se inscriben y generan efectos sólo en el plano de la legalidad ordinaria. A este plano corresponde la asistencia del Secretario judicial, cuya ausencia por tanto -en toda la diligencia o en parte de la misma -no afecta del derecho a la inviolabilidad del domicilio, ni a la tutela judicial del mismo, aunque sí afecta a la eficacia de la prueba preconstituida por la diligencia (STS 290/94 , 133/95 , 228/97 , 94/99 , 239/991, 775/2002, de 17-6 ; 183/2005 a 18-2).

Ahora bien en el caso presente consta en la diligencia de entrada y registro, que el Secretario que la levanta, es el del Juzgado Instrucción nº 3 Sevilla, que no consten su nombre y apellidos en nada afecta a la validez de aquélla (ver diligencia).

Octavo.

El motivo cuarto al amparo del art. 851.1 LECrim , por infracción del art. 248.3 LOPJ , y del art. 142 LECrim . porque la sentencia no describe una conducta del recurrente que consista en cometer alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del art. 390 CP .

El motivo deviene improsperable.

Como hemos dicho en SSTs. 183/2002 de 12.2 y 2110/2012 de 10.12 , el art. 248 LOPJ , exige que la sentencia contenga un apartado de hechos probados que sea la exteriorización del juicio de certeza alcanzado por la Sala sentenciadora del que deben formar parte todos los datos relativos a los hechos relevantes penalmente con inclusión muy especialmente de aquellos que pueden modificar o hacer desaparecer alguno de los elementos del delito. Hechos relevantes que deben formar parte del "factum" porque todos ellos formal "la verdad judicial" obtenida por el Tribunal sentenciador. Su incorporación permite en contraste cuando sean cuestionables a través de la vía de los recursos. Por el contrario, su omisión imposibilita todo control no solo sobre la prueba, sino también sobre la aplicación de la Ley. Teniendo en cuenta que el objeto del proceso es un hecho, la declaración de hechos probados de la sentencia deberá referirse a él expresamente, incluso para matar que, en lo que constituye el núcleo esencial de la acusación, no ha sido probado.

Por ello una inexistencia de un verdadero relato fáctico impide el examen de la calificación jurídica que se efectúe en la sentencia sometida al posible control casacional y del resto de los motivos articulados, en especial lo de infracción de Ley, art. 849.1 LECrim , toda vez que el objeto de un recurso de casación por tal motivo, consiste en comprobar la correcta o



www.civil-mercantil.com

incorrecta aplicación de las normas penales a los hechos declarados probados, misión imposible de cumplir, cuando, como sucede aquí, tal resultancia fáctica no existe.

La jurisprudencia, por ejemplo STS 945/2004, de 23-7 ; 94/2007, de 14-2 ; tiene declarado que es un requisito imprescindible de las sentencias penales la existencia de un relato de hechos probados que permita su comprensión no sólo por el justiciable al que afectan directamente, sino también por el tribunal que conoce la sentencia en vía de recurso y, además, por la sociedad en su conjunto, en cuanto pueda tener interés en acceder a una resolución pública dictada por los tribunales. Con los hechos declarados probados en la sentencia habrán relacionarse los fundamentos jurídicos de la misma, lo que exige que la descripción de lo que la sentencia considera probado sea lo suficientemente contundente y desprovista de dudas, al menos en los aspectos a los que se aplica el derecho, como para permitir la adecuada subsunción de la conducta en el correspondiente precepto sustantivo, de forma que la relación de hechos, su calificación jurídica y el fallo formen en todo congruente.

Reiterada doctrina jurisprudencial ha entendido que la sentencia debe anularse cuando se aprecie en el relato fáctico una insuficiencia descriptiva que lo haga incomprensible o difícilmente inteligible , bien por una omisión total de versión fáctica, bien por omisiones parciales que impidan su comprensión; bien por el empleo de frases ininteligibles o dubitativas que impiden saber lo que el tribunal declare probado efectivamente, o bien por contener la sentencia un relato de hechos constando de tal forma que conduzcan a la duda acerca de si el tribunal los está declarando probado o no. Siendo necesario además que los apuntados defectos supongan la imposibilidad de calificar jurídicamente los hechos (STS 1610/2001, de 17-9 ; 559/2002, de 27-3).

Los requisitos que conforme a reiterada doctrina jurisprudencial (STS 1006/2000, de 5-6 ; 471/2001, de 22-3 ; 717/2003 de 21-5 ; 474/2004, de 13-4 ; 1253/2005; de 26-10 ; 1538/2005, de 28-12 ; 877/2004, de 22-10 ; 24/2010, de 1-2) hacer viable a este motivo son los siguientes.

a) Que en el contexto del hecho probado se produzca la existencia de imprecisión bien por el empleo de términos o frases ininteligibles, bien por omisiones que hagan incomprensible el relato, o por el empleo de juicios dubitativos, por la absoluta carencia de supuesto fáctico o por la mera descripción de la resultante probatorio sin expresión por el juzgador de lo que considerar probado.

Este requisito comporta, a su vez, la exigencia de que el vicio provisional de la falta de claridad debe ubicarse en el hecho probado, debe ser interna y no podrá oponerse frente a otros apartados de la sentencia, y debe ser gramatical, sin que quepa su alegación frente a una falta

de comprensión lógica a argumental, cuya impugnación debiera articularse por otras vías, como el error de derecho.

b) La incomprensión, la ambigüedad, etc...del relato fáctico debe estar causalmente relacionado con la calificación jurídica de la sentencia. La falta de claridad impide la comprensión del hecho probado e impide una correcta subsunción.

c) Además la falta de claridad debe producir una laguna o vacío en la descripción histórica del hecho que se declare probado.

d) Las imprecisiones en cuanto a fechas o intervención de personas podrían dar lugar a la falta de claridad en función de la prueba practicada pues, si bien es exigible la mayor precisión en cuantos datos fácticos sean necesarios para la calificación, su incomprensión por falta de acreditaciones, no dará lugar al vicio procesal, pues el hecho probado debe recoger aquellos que efectivamente resulta acreditado.

En el caso presente en el apartado segundo de los hechos probados se recoge como:" El 18-3.2011, con motivo de la entrada y registro efectuada en la habitación que ocupa Juan Ramón en el domicilio de CALLE002 , fue hallado el pasaporte de Nigeria NUM007 a su nombre, en el que la página biográfica presenta divergencias respecto de las auténticas, de manera que existen dos hojas, una auténtica -reverso- y otra que no lo es -anverso-, ausencia de micro-leyendas y la simulación que presentan carece de nitidez suficiente que permita su lectura, carece de leyenda codificada, dígitos de control incorrectos, carece de fibrillas luminiscentes y de impresiones con tintas reactivas a la luz ultravioleta, la marca de agua aparece simulada impresa en tinta blanca".

Descripción de las falsedades cometidas en el pasaporte que impide la prosperabilidad del in indicando del art. 851.1 LECrim .

Noveno.

El motivo quinto al amparo del art. 849.1 LECrim , por aplicación indebida del art. 392 CP , en relación con el art. 390.1 CP ., porque el recurrente no ha falsificado el pasaporte poniendo su nombre, apellidos y fecha y lugar de su nacimiento y una fotografía de un desconocido.

Se afirma en el motivo que la sentencia no describe una conducta del recurrente en la que cometa alguna de las falsedades relacionadas en los tres primeros números del apartado 1 del art. 390 CP , al no atribuir al mismo la realización de alguna de esas falsedades no puede condenársele aplicando los preceptos estudiados en este motivo.



www.civil-mercantil.com

El motivo reitera los argumentos en el motivo primero por lo que debe ser desestimado remitiéndonos a lo ya expuesto para evitar innecesarias repeticiones. En efecto en el pasaporte cuya hoja biográfica está falsificada constan sus datos personales y la fotografía de una tercera persona, lo que permite incardinar la falsificación en el nº 2 art. 390.1 CP , y el documento estaba a su disposición en la habitación que ocupaba, atribuirle al mismo la falsificación es una conclusión razonable y lógica, aunque no conste que sea el autor material de la misma, al no haber dado explicación alguna de tal tenencia.

Decimo.

El motivo sexto al amparo del art. 849.1 LECrim , por infracción del art. 50.5 CP , en relación con el apartado 4, al imponer indebidamente una cuota diaria de 6 euros en la multa de seis meses, sin tener en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cuyos familiares y demás circunstancias personales del mismo, sin que consten en autos los medios económicos con los que pueden contar el recurrente, aunque se infiere de lo actuado que más bien son escasos ya que carece de trabajo y por ello, debe sustituirse por una cuota diaria de 2 euros, el mínimo legal, que no necesita justificación.

El motivo se desestima.

Como hemos dicho en SSTs. 111/2006 de 15.11 , 1257/2009 de 2.12 , 483/2012 de 7.6 , esta Sala consiste de la frecuente penuria o insuficiencia de datos sobre la capacidad económica del acusado, en evitación de que resulte inaplicable el precepto, ha ensayado una interpretación flexible del art. 50-5 CP , de tal modo que la fijación de la multa podría fundamentarse en los siguientes extremos:

- a) La acreditada situación económica concreta del sancionado, con apoyo expreso en la correspondiente pieza de responsabilidad civil.
- b) Alguna circunstancia específicamente reveladora de una determinada capacidad económica (propiedad de un automóvil o de la vivienda que ocupa, por ejemplo).
- c) Cuando menos, algún dato que el juzgador de instancia, desde la apreciación que le permite su inmediación en juicio, ponga de relieve, con argumentos racionalmente aceptables, en la motivación de su decisión al respecto.
- d) En todo caso, incluso la posibilidad de que el Tribunal ad quem vislumbre, con los datos que se ofrezcan en el procedimiento, que la cuantía aplicada no aparece como desproporcionada,



www.civil-mercantil.com

al no resultar excesiva dado su importe, situado con proximidad al límite legal mínimo, siempre que no pueda considerarse al condenado carente de todo tipo de ingresos.

No podemos olvidar en este sentido que si bien algunas resoluciones de este mismo Tribunal se muestran radicalmente exigentes en otros aspectos, aplicando, sin paliativos, la cuantía mínima legal de la cuota diaria, en ausencia de investigación sobre la capacidad económica del acusado (STS 3-10-98 , por ejemplo) otras más recientes por el contrario, admitan que dada la amplitud de los límites cuantitativos previstos en la ley de 200 a 50.000 ptas- en la actualidad 2 a 400 euros., y la imposición de una cuota diaria en la "zona baja" de esa previsión, no requiere de expreso fundamento (STS 26.10.2001).

Así, son de destacar también, en la misma línea, las SSTS de 20 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9549) y 15 de octubre de 2001 , que afirman, la primera de ellas para una cuota de mil pesetas y la segunda incluso para la de tres mil, que la fijación de unas cuantías que o no superan siquiera las de salario mínimo, o, en todo caso, llevan a una sanción, en el ámbito penal, incluso inferior a la que pudiera considerarse equivalente impuesta por la Administración en el ejercicio de su función sancionadora, no requieren mayor justificación para ser consideradas conforme a Derecho, puesto que "Una cifra menor habría que considerarla insuficientemente reparadora y disuasoria, por lo que la sanción penal no cumpliría adecuadamente su función de prevención general positiva".

A su vez, la STS de 11 de julio de 2001 (RJ 2001/5961) insiste, con harto fundamento y reuniendo la doctrina más actual de esta Sala, en que:

El art. 50.5 del Código Penal señala que los Tribunales fijarán en la sentencia el importe de las cuotas diarias "teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos obligaciones, cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo". Como señala la Sentencia número 175/2001 de 12 de febrero , con ello no se requiere significar que los Tribunales deban efectuar una inquisición exhaustiva de todos los factores directos o indirectos que puedan afectar a las disponibilidades económicas del acusado, que resulta imposible y es, además desproporcionado, sino únicamente que deben tomar en consideración aquellos datos esenciales que permiten efectuar una razonable ponderación de la cuantía proporcionada de la multa que haya de imponerse.

La insuficiencia de estos datos no debe llevar automáticamente y con carácter generalizado a la imposición de la pena de multa con una cuota diaria cifrada en su umbral mínimo absoluto (200 pesetas), como pretende el recurrente, a no ser que lo que en realidad se pretenda es vaciar de contenido el sistema de penas establecido por el Poder Legislativo en el Nuevo Código Penal convirtiendo la pena de multa por el sistema legal de días-multa en algo



www.civil-mercantil.com

nuclearmente simbólico, en el que el contenido efectivo de las penas impuestas por hechos tipificados en el CP. acabe resultando inferior a las sanciones impuestas por infracciones administrativas similares, que tienen menor entidad que las penales, como señalaba la sentencia de esta Sala de 7- 7-99.

Ha de tenerse en cuenta que el reducido nivel mínimo de la pena de multa en el Código Penal, debe quedar reservado para casos extremos de indignancia o miseria, por lo que en casos ordinarios en que no concurren las dichas circunstancias extremas, resulta adecuada la imposición de una cuota prudencial situada en el tramo inferior, como sucede en el caso actual con la cuota diaria de 10 euros.

En efecto, aplicando el criterio establecido en la referida sentencia de 7-7-99 , en el ámbito legalmente abarcado por la pena de multa -de 200 a 50.000 ptas de cuota diaria- en la actualidad de 2 a 400 euros- lo dividiésemos hipotéticamente en diez tramos o escalones de igual extensión -de 4.980 ptas cada uno- en la actualidad de 39,8 euros-, el primer escalón sería de 200 a 5.180 ptas,- en la actualidad de 2 a 41,8 euros- por lo que, en todo caso, la pena de multa impuesta estaría en este primer tramo, sin que, como razona la sentencia recurrida, resulte desproporcionado.

RECURSO INTERPUESTO POR Marisol

Undécimo.

El motivo primero por infracción del art. 849.1 LECrim , en relación con el art. 852 LECrim , por infracción de precepto constitucional, por no haberse practicado la prueba de cargo suficiente para desvirtuar el principio de presunción de inocencia, habiéndose vulnerado dicho principio, y subsidiariamente el principio in dubio pro reo, prevenido en el art. 24.2 CE .

Se sostiene en el motivo que la condena de la recurrente se basa exclusivamente en las declaraciones de los testigos, totalmente contradictorias, manifestando ante la policía unos hechos que en nada coinciden con lo declarado en el juicio oral.

En cuanto, al alcance de la presunción de inocencia en casación, debemos recordar, SSTs. 378/2011 de 17.5 , 383/2010 de 5.5 , 14/2010 de 28.1 , 1322/2009 de 30.12 , que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim . pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5 ; en virtud del art. 852 LECrim , el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la



www.civil-mercantil.com

licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

Como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo SS. 1126/2006 de 15.12 , 742/2007 de 26.9 y 52/2008 de 5.2 cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de un raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad



www.civil-mercantil.com

probatoria. Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 299/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4 , que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE . que "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo validas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su intima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE . sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta... De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1 , FJ. 5).

En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador



www.civil-mercantil.com

dicto sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

- en primer lugar, debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen dicho acto. Contradicción, intermediación, publicidad e igualdad.

- en segundo lugar, se ha de verificar" el juicio sobre la suficiencia", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

- en tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto, la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza incriminatoria para el condenado, es, no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión, sino asimismo una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, e incluso la motivación fáctica actúa como mecanismo de aceptación social de la actividad judicial.

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena, - SSTC 68/98 , 85/99 , 117/2000, 4 de Junio de 2001 ó 28 de Enero de 1002 , ó de esta Sala 1171/2001 , 6/2003 , 220/2004 , 711/2005 , 866/2005 , 476/2006 , 528/2007 entre otras-.

Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la



www.civil-mercantil.com

inmediación de que dispuso, intermediación que no puede servir de coartada para eximir de la obligación de motivar.

Así acotado el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia, bien puede decirse que los Tribunales de apelación, esta Sala de Casación o incluso el Tribunal Constitucional en cuanto controlan la motivación fáctica de la sentencia sometida a su respectivo control, actúan verdaderamente como Tribunales de legitimación de la decisión adoptada en la instancia, en cuanto verificar la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, confirmándolas o rechazándolas -- SSTS de 10 de Junio de 2002 , 3 de Julio de 2002 , 1 de Diciembre de 2006 , 685/2009 de 3 de Junio-y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda decisión inmotivada o con motivación arbitraria. por último respecto al principio in dubio pro reo, se debe recordar que aunque durante algún tiempo la jurisprudencia habría mantenido que el principio in dubio pro reo no era un derecho alegable al considerar que no tenía engarce con ningún derecho fundamental y que en realidad, se trataba de un principio interpretativo y que, por tanto, no tenía acceso a la casación, sin embargo, en la actualidad tal posición se encuentra abandonada. Hoy en día la jurisprudencia reconoce que el principio in dubio pro reo forma parte del derecho a la presunción de inocencia y es atendible en casación.

Ahora bien, solo se justifica en aquellos casos en los que el Tribunal haya planteado o reconocido la existencia de dudas en la valoración de la prueba sobre los hechos y las hayas resuelto en contra del acusado (SSTS. 1125/2001 de 12.7 , 2295/2001 de 4.12 , 479/2003 , 836/2004 de 5.7 , 1051/2004 de 28.9 , 548/2005 de 12.5 , 677/2006 de 27.6 , 1238/2009 de 11.12).

En este sentido debe señalarse que este principio es una condición o exigencia subjetiva del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpatória existente aportada al proceso, de forma que si no es plana la convicción judicial se impone el fallo absolutorio.

De ahí que se ha venido diciendo que la significación del principio "in dubio pro reo" en conexión con la presunción de inocencia equivale a una norma de interpretación dirigida al sentenciador que debe tener en cuenta al ponderar todo el material probatorio y tiene naturaleza procesal, por lo que resultará vulnerado cuando el Tribunal determine la culpabilidad del acusado reconociendo las dudas sobre la autoría del mismo o sobre la concurrencia de los elementos objetivos del delito, pero no resulta aplicable cuando el órgano jurisdiccional en uso de las facultades otorgadas por el art. 741 LECrim ., llega a unas conclusiones, merced a la apreciación en conciencia de una bagaje probatorio de cargo conducente a afirmaciones inculpatórias llevadas a la resolución. Como precisa la STS.

27.4.98 el principio "in dubio pro reo", no tiene un valor orientativo en la valoración de la prueba, sino que envuelve un mandato: el no afirmar hecho alguno que pueda dar lugar a un pronunciamiento de culpabilidad si se abrigan dudas sobre su certeza, mediante la apreciación racional de una prueba en sentido incriminatorio, constitucionalmente cierta y practicada en condiciones de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación, esto es, en las condiciones de un proceso justo.

Es decir, que la significación del principio "in dubio pro reo" en conexión con la presunción de inocencia equivale a una norma de interpretación dirigida al sentenciador que debe tener en cuenta al ponderar todo el material probatorio y tiene naturaleza procesal, por lo que resultará vulnerado cuando el Tribunal determine la culpabilidad del acusado reconociendo las dudas sobre la autoría del mismo o sobre la concurrencia de los elementos objetivos del delito, pero no resulta aplicable cuando el órgano jurisdiccional en uso de las facultades otorgadas por el art. 741 LECrim ., llega a unas conclusiones, merced a la apreciación en conciencia de una bagaje probatorio de cargo conducente a afirmaciones incriminatorias llevadas a la resolución.

En definitiva, a pesar de la íntima relación que guardan el derecho de presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo, y aunque uno y otro sean manifestación de un genérico favor rei, existe una diferencia sustancial entre ambos, de modo que su alcance no puede ser confundido. El principio in dubio pro reo solo entra en juego cuando practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia.

Dicho en otros términos, la aplicación de dicho principio se excluye cuando el órgano judicial no ha tenido dudas sobre el carácter incriminatorio de las pruebas practicadas (SSTs. 1.3.93 , 5.12.2000 , 20.3.2002 , 18.1.2002 , 25.4.2003). Por ello no puede equipararse la duda externamente derivada de existir dos versiones contrapuestas -como ocurre en casi todos los procesos de cualquier índole- a la que nazca en el ánimo del Juez, cuando oídas por él directamente las personas que, respectivamente, las sostienen, llega la hora de acoger una u otra, ya que solo y exclusivamente en ese momento decisivo debe atenderse al principio pro reo, inoperante cuando el Juez ha quedado convencido de la mayor veracidad de una de las versiones, es decir, que a través del examen en que se constata esa situación de versiones contradictorias tan frecuente en el proceso penal, el Juez puede perfectamente valorar la prueba, esto es, graduar la credibilidad de los testimonios que ante él se viertan y correlacionar toda la prueba, sentando la culpabilidad de lo denunciado cual acontece en el caso que nos ocupa.

En efecto la declaración de la víctima es una actividad probatoria hábil en principio para enervar dicho principio encuadrable en la testifical, su valoración corresponde al Tribunal de



www.civil-mercantil.com

instancia, que con vigencia de los principios que rigen la realización del juicio y la práctica de la prueba oye lo que los testigos deponen sobre los hechos percibidos sensorialmente. Elemento esencial para esa valoración es la inmediación a través de la cual el Tribunal de instancia forma su convicción no sólo por lo que el testigo ha dicho, sino también su disposición, las reacciones que sus afirmaciones provocan en otras personas, la seguridad que transmite, en definitiva, y que la hace creíble, o no, para formar una convicción judicial.

La credibilidad de la víctima es un apartado difícil de valorar por esta Sala de casación, pues no ha presenciado esa prueba, pero en su función revisora de la valoración de la prueba puede valorar la suficiencia de la misma y el sentido de cargo que tiene, así como la racionalidad de la convicción manifestada por el tribunal sentenciador. Por ello el testimonio de la víctima cuando se erige en prueba de cargo, como sucede en hechos como los enjuiciados, está sujeto a la hora de su valoración a unos criterios que no exigencias (STS. 15.4.2004), como son los de ausencia de incredulidad, verosimilitud del testimonio que supone que está rodeada de corroboraciones periféricas, y persistencia en la incriminación, bien entendido que en todo caso -se insiste- los indicados criterios no son condiciones objetivas de validez de la prueba sino parámetros a que ha de someterse la valoración del testimonio de la víctima, delimitando el cauce por el que ha de discurrir una valoración verdaderamente razonable y controlable así casacionalmente a la luz de las exigencias que estos factores de razonabilidad representen.

Decimo segundo.

En el caso presente el tribunal de instancia si ha expuesto las razones en las que basa su pronunciamiento condenatorio en relación a Marisol , valorando la declaración de la testigo protegida NUM002 , quien tanto ante la policía, como en el juzgado y en el plenario (folios 12.15 Tomo I, declaración judicial de 28.3.2011 y acta del juicio) ha mantenido la misma versión inculpativa, destacando la Sala como ha descrito el viaje que inició en Nigeria, con las promesas de alcanzar una vida mejor en Europa, y como el procesado Anton , amigo de quien le llevó desde Nigeria a Marruecos, contactó en varias ocasiones por teléfono con ella en Rabat, cómo se ganó su confianza mostrándose "como un hombre atento y bueno", prometiéndole que trabajaría para él, ocultándole que sería en la prostitución.

Una vez que fue puesta en libertad en el CIÉ, se puso en contacto con él y se dirigió a Sevilla donde Anton y su mujer Marisol , la alojaron en su casa a cambio de ciertas cantidades en concepto de alojamiento y comida, fue obligada a ejercer la prostitución y a darles la recaudación que así obtenía, siendo controlada por la pareja quienes le amenazaban para que no dejara de ejercer la prostitución y pagarles.



www.civil-mercantil.com

Como un método más de coacción el procesado Anton le quitó el pasaporte así como la documentación que le proporcionaron en el CIE, refiere la testigo que incluso le retuvo el empadronamiento por el que Anton le había cobrado 150 euros.

Pasados dos años y aunque se marchó del domicilio, le hicieron saber que debía seguir pagando la deuda y. pese a reclamar su pasaporte y documentación, se lo negaron con la excusa de que no había abonado lo debido".

Manifestaciones del testigo que la Sala concede toda credibilidad ya "que pudo apreciar el terror que aún sentida respecto de los procesados en el acto del juicio".

- Respecto al reconocimiento fotográfico que considera la recurrente no realizado con las debidas garantías, al no ser seguido en reconocimiento en rueda practicado en comisaría y más tarde ratificado en presencia judicial o practicado inmediatamente, lo que entiende una corruptela inadmisibles, ciertamente debemos recordar que los reconocimientos fotográficos en sede policial, por sí solos no constituyen prueba apta para destruir la presunción de inocencia, al ser meras actuaciones policiales que constituyen la apertura de una línea de investigación, a veces imprescindible porque no hay otro medio de obtener una pista que pueda conducir a la identificación del autor. Así hemos dicho en SSTs. 525/2011 de 8.6 , 169/2011 de 22.3 , 331/2009 de 18.5 que entre las técnicas ampliamente permitidas a la Policía, como herramienta imprescindible para la realización de sus tareas investigadoras, se encuentra, por supuesto, la del denominado reconocimiento fotográfico, que ha sido reiteradamente autorizado, tanto por la Jurisprudencia de esta Sala como por la del Tribunal Constitucional, con ese específico alcance meramente investigador, que permite concretar en una determinada persona, de entre la multitud de hipotéticos sospechosos, las pesquisas conducentes a la obtención de todo un completo material probatorio susceptible de ser utilizado en su momento en sustento de las pretensiones acusatorias.

Ahora bien el caso actual presenta la peculiaridad que identificada fotográficamente, en sede policial y judicial, la hoy recurrente, en relación con la testigo protegido, -quien en el transcurso de su declaración en el plenario, reiteró el reconocimiento fotográfico, aunque, dada su consideración de testigo protegida, no se practicara la identificación in situ de la acusada- no ha sido cuestionada ni por la recurrente ni por su compañero Anton , que solo afirman la inexistencia de coacciones y amenazas y que aquella ejercía libremente la prostitución, versión exculpatoria que es rechazada por la Sala, destacando la existencia de evidencias que corroboran, su ilícita actividad como son la documental existente relativa a los envíos de dinero (57.952,61 Marisol y 13.044,61 E Anton), y recibos de dinero (24.515,08 E y 2.648 Anton) a diversos países de estos acusados (folio 371, Tomo II y 349 y ss. Tomo IV), a través de la Western Unión, la existencia de tres vehículos de los que son titulares, cuando



www.civil-mercantil.com

Marisol ha manifestado no trabajar y su compañero Anton solo ha percibido unos ingresos por trabajo los años 2007 y 2009, de 2.857,93 E; las cargas familiares que soportan, con dos hijos comunes y otra hija de Marisol , que no convivía con ellos y por la que abonaba cantidades mensuales para que otra persona se hiciera cargo de ella, lo que ha sido corroborada por la testifical de esta persona y el otorgamiento de un poder notarial por parte de Marisol -que en el juicio afirmó no conocer a dicha persona-, para que se hiciera cargo de su hija, por las declaraciones en juicio de los policías con carnets profesionales nº NUM013 , NUM014 y NUM015 , que ratificaron los atesta dos y por el contenido de las conversaciones telefónicas (folios 437 y ss Tomo II) en concreto la obrante al folio 438, que resulta esclarecedora sobre su actividad de favorecimiento a la inmigración ilegal y la prostitución coactiva en la que, junto con su compañero, colaboraba.

El motivo por lo expuesto se desestima, al existir prueba lícita, aportada al plenario con respeto principios contradicción e intermediación, valorada de forma racional por la Sala y suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia.

Decimo tercero.

El motivo segundo por infracción de Ley, error en la apreciación de la prueba, art. 849.2 LECrim , al valorar tanto las investigaciones policiales como las contradicciones de la declaración de los testigos protegidos NUM000 y NUM002

El motivo debe ser desestimado.

Como hemos dicho en reciente STS. 539/2013 de 27.6 , el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim . se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza que sí hubieran tenido lugar, o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECrim . que a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia, salvo que hayan sido corregidos previamente por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim . o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.



www.civil-mercantil.com

Ahora bien, la doctrina de esta Sala (SSTS. 6.6.2002 y 5.4.99) viene exigiendo reiteradamente para la estimación del recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, entro otros requisitos, que el documento por si mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas. Error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis, esto es, por el propio y literosuficiente poder demostrativo del documento (STS. 28.5.99).

Por ello esta vía casacional, recuerda la STS. 1952/2002 de 26.11 , es la única que permite la revisión de los hechos por el Tribunal de Casación. De ahí que el error de hecho sólo pueda prosperar cuando, a través de documentos denominados " literosuficientes " o " autosuficientes ", se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros documentos o pruebas, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba documental sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto el Tribunal que conoció de la causa en la instancia, presidió la practica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes, tiene facultades para sopesar unas y otras y apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 LECrim . como expone la S.T.S. de 14/10/99 , lo propio del presente motivo es que suscita la oposición existente entre un dato objetivo incorporado, u omitido, en el relato fáctico de la sentencia y aquél que un verdadero documento casacional prueba por si mismo, es decir, directamente y por su propia y " literosuficiente " capacidad demostrativa, de forma que si se hubiesen llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento, sino la que ofrecen los otros medios probatorios. La razón de ello es que el Tribunal de Casación debe tener la misma perspectiva que el de instancia para valorar dicho documento, o dicho de otra forma, si la valoración es inseparable de la intermediación en la práctica de la prueba que corresponde al Tribunal de instancia, el de Casación no podrá apreciar dicha prueba porque ha carecido de la necesaria intermediación.

En síntesis, como también señala la S.T.S. de 19/04/02 , la finalidad del motivo previsto en el artículo 849.2 LECrim . consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la designación de verdaderas pruebas documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que acrediten directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contradictorio.



www.civil-mercantil.com

Consecuentemente es necesario que el dato contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los elementos de hecho o de derecho que no tiene aptitud para modificarlo (STS. 21.11.96 , 11.11.97 , 24.7.98).

Por ello el error ha de ser trascendente o con valor causal para la subsunción, como también de manera muy reiterada señala la jurisprudencia de esta Sala (SSTS. 26.2.2008 , 30.9.2005), por lo que no cabe la estimación de un motivo orientado en este sentido si se refiere a la mutación a extremos accesorios o irrelevantes. Y esta trascendencia o relevancia se proyecta, en definitiva, sobre la nota de la finalidad impugnativa. El motivo ha de tender bien a anular una aserción del relato histórico de la sentencia o a integrarlo con un dato fáctico no recogido en él, de manera que en cualquiera de ambos casos, la subsunción de la sentencia sometida a recurso queda privada del necesario soporte fáctico.

Pues bien en el caso concreto los "documentos" que señala el recurrente carecen de tal naturaleza.

Así en STS 1323/2009 de 30-12 , se dice que: No son documentos, aunque se hallan documentados en la causa bajo la fe pública judicial las pruebas de otra naturaleza, como las declaraciones del acusado ni de los testigos, ya que no son documentos ni las declaraciones del acusado ni las de los testigos ya que no garantizan ni la certeza, ni la veracidad de lo dicho por el manifestante, siendo simplemente pruebas personales documentadas en las actuaciones bajo la fe del Secretario Judicial y sometidas como el resto de las probanzas a la libre valoración del Juzgador de instancia, SSTS. 26.3.2001 y 3.12.2001). No de otra forma decíamos en la STS. 55/2005 de 15.2 ""ni las declaraciones de testigos efectuadas en la instrucción ni las que tienen lugar en el juicio oral, transcritas en la correspondiente acta, tiene la virtualidad documental a los efectos de la casación prevista en el art. 849.2 LECrim . en realidad, las declaraciones de los testigos requieren para su valoración, salvo supuestos excepcionales de prueba anticipada, de la percepción por el Tribunal en el momento del juicio, pues solo entonces podrá éste formar su necesaria convicción sobre los hechos, de acuerdo con el art. 741 LECrim . y lo visto y oído por el Tribunal de instancia está fuera del recurso y no puede ser contradicho en casación con apoyo en el acta del juicio. Esta sólo reproduce lo que el Secretario Judicial ha podido transcribir, sirviendo de documento público en el que constan las pruebas practicadas y los resultados de las mismas que el depositario de la fe pública estima pertinente hacer constar. Pero, estas constancias no reemplazan la percepción de la prueba de los jueces, que es la única que puede determinar los hechos probados. El contenido de lo declarado por los testigos, peritos y acusados, así como la credibilidad de sus



www.civil-mercantil.com

manifestaciones por estas razones son completamente ajenas, como cuestiones de hecho, al recurso de casación" (SSTS. 26.2.2001 y 22.5.2003).

Criterio éste firmemente asentado en la jurisprudencia, así por ejemplo S. 1075/2004, con cita de las SS. 15.3.91 , 12.11.92 , 1.4.96 , señala que este documento transcribe con las deficiencias inherentes al procedimiento empleado, lo sucedido en las sesiones celebradas en audiencia pública y contradictoria, y sirve para dar fe, si bien fragmentariamente, del contenido de las declaraciones del procesado, testigos y peritos comparecientes, así como de cualquier incidencia que surja durante las sesiones, pero no por ello las pruebas pierden su verdadera y primitiva naturaleza procesal, no transformándose en prueba documental que sirva para acreditar el error del juzgador, y la STS. 1866/2000 de 5.12 , que precisa que "incurre la parte recurrente en el común error de olvidar que es al Tribunal sentenciador, - y no a las partes, ni al Tribunal de alzada, ni tampoco al Secretario Judicial - a quien compete valorar con inmediación la prueba testifical que se desarrolla en su presencia, constituyendo el acta únicamente un sucinto resumen que da cuenta de lo más relevante ocurrido durante el juicio oral pero que ni es, ni pretende ser legalmente (art. 743 LECrim), un reflejo completo de las declaraciones testificales, las cuales se emiten y valoran en directo conforme al principio de inmediación que rige, hasta la fecha, en nuestro ordenamiento procesal penal (ver SS. 446/98 de 28.3 y 219/96 de 1.4 entre otras).

Y tampoco tiene le carácter de documento y por tanto, carece de virtualidad impugnativa, el soporte auditivo o audiovisual en que se ha grabado el juicio (STS 196/2006, de 14-2, 894/2007 , de 31 -0, 22/2008 , de 187 - 1 , 728/2008 , de 18-11).

Por último esta Sala tampoco admite que pueda basar se un motivo en error de hecho cuando se indica que el documento en el que consta es el atestado policial (ST S. 796/2000 de 8.5), y tampoco tienen el carácter de documento las diligencias policiales en las que se contienen las manifestaciones de los agentes o de quienes declaran ante ellos (STS, 1070/2006 de 8.11).

El motivo, por lo razonado, se desestima.

RECURSO INTERPUESTO POR Anton

Decimocuarto.

El motivo primero al amparo del art. 852 LECrim . y del art. 5.4 LOPJ . Vulneración del derecho a la presunción de inocencia, art. 24.2 CE , al resultar la prueba incriminatoria en relación con su intervención completamente insuficiente para fundamentar una sentencia condenatoria, al referirse a la declaración en juicio de los agentes con carnet profesionales NUM013 , NUM014 y NUM015 , de la que se dice sin más que han ratificado los atestados, al contenido de las



www.civil-mercantil.com

conversaciones telefónicas, cuando la que obra al folio 4 38 no interviene el recurrente, sino Marisol , la declaración de la testigo protegido NUM000 , que no reúne los parámetros jurisprudenciales, y a los ingresos de Anton que aunque no se hayan justificado fiscalmente ello no implica que deriven de la actividad de la que viene acusado.

El motivo deviene improsperable.

Como hemos explicitado en el motivo articulado por la misma vía casacional, ordinal primero del recurso interpuesto por Marisol , compañera sentimental de Anton , la jurisprudencia de esta Sala sobre el control casacional de la valoración probatoria, por todas STS. 131/2010 de 18.1 , tiene declarado que "ni el objeto del control es directamente el resultado probatorio, ni se trata en casación de formar otra convicción valorativa sin disponer de la imprescindible intermediación que sólo tuvo el Tribunal de instancia. El objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir del resultado de las pruebas que presencié. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde su punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por el Tribunal de la instancia". Al objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir de las pruebas que presencié. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde un punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por tribunal de instancia.

Partiendo del presupuesto necesario de que han de existir medios de pruebas validas y lícitas, de contenido incriminados, no bastará para tener por desvirtuada la presunción de inocencia con constatar que el Juzgado de instancia alcanzó la experiencia subjetiva de una íntima convicción firme sobre lo sucedido, sino que debe revisarse en casación si esa convicción interna se justifica objetivamente desde la proyectiva de la coherencia lógica y de la razón.

A esta Sala por tanto no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que una y otra sean coincidentes -lo que ha de examinar es si la valoración del juzgador, es decir, la suya que es la única que existe porque esta Sala no le sustituye con ninguna otra propia, es homologable por su misma lógica y razonabilidad; o como dice la STS 16.12.2009 , si más allá del convencimiento subjetivo, que el Juez al valorar los medios de prueba adquiere sobre la veracidad de la acusación, puede estimarse que los medios que valoró autorizan a tener por objetivamente aceptable la veracidad de la acusación y que no existen otras alternativas a la hipótesis que justificó la condena susceptibles de calificarse también como razonables. Para que una decisión de condena quede sin legitimidad



www.civil-mercantil.com

bastará entonces con que la justificación de la duda se consiga evidenciando que existan buenas razones que obstan aquella certeza objetiva. En síntesis, es necesario que concurra prueba de cargo lícita y válida, y es preciso también que el tribunal de instancia haya obtenido la certeza Sin lo primero es ocioso el examen de los demás porque falta el presupuesto mínimo para desvirtuar la presunción de inocencia. Y si falta lo segundo, porque el tribunal expresa duda y falta de convicción, la absolución se impone por el principio "in dubio pro reo". Pero dándose ambas condiciones además es necesario un tercer elemento: que entre el presupuesto y la convicción exista objetivamente un enlace de racionalidad y lógica cuyo control corresponde al tribunal de casación, en un examen objetivo que nada tiene que ver con la formación propia de una convicción propia sustantiva que no es posible sin la inmediación de la prueba".

Por otro lado a falta de prueba directa, hemos dicho en STS. 391/2010 de 6.5 , que, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento de condena sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que:

- 1) El hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados.
- 2) Los hechos constitutivos del delito o la participación del acusado en el mismo, deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados.
- 3) Para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia.
- 4) Y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional 169/1989, de 16 de octubre , (FJ. 2) "en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes" (SSTC 220/1998 , 124/2001 , 300/2005 , y 111/2008). El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o coherencia (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso se debe ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la



www.civil-mercantil.com

presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada' (STC 229/2003 de 18.12 , FJ. 24).

En este sentido las sentencias del Tribunal Constitucional 189/1998 y 204/2007 , partiendo en que además de los supuestos de inferencias ilógicas o inconsecuentes, deben considerarse asimismo insuficientes las inferencias no concluyentes, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial, ha señalado que un mayor riesgo de una debilidad de este tipo en el razonamiento judicial se produce en el ámbito de la denominada prueba de indicios que es la caracterizada por el hecho de que su objeto no es directamente el objeto final de la prueba, sino otro intermedio que permite llegar a éste a través de una regla de experiencia fundada en que usualmente la realización del hecho base comporta la de la consecuencia.

En el análisis de la razonabilidad de esa regla que relaciona los indicios y el hecho probados hemos de precisar ahora que solo podemos considerarla insuficiente desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia, si a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado o desde una perspectiva externa y objetiva que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos... no cabrá estimar como razonable bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente ("más allá de toda duda razonable"), bien la convicción en si (SSTC. 145/2003 de 6.6 , 70/2007 de 16.4).

Decimo quinto.

En el caso presente la sentencia de instancia, tal como se ha razonado en el fundamento jurídico 12º al analizar el motivo primero del recurso interpuesto por la compañera sentimental de este recurrente, detalla la prueba de cargo que tiene en cuenta para desvirtuar la presunción de inocencia de ambos, fundamentalmente la declaración de la víctima corroborada por la documental relativa a los envíos y recibos de dinero a través de Western Unión y el aumento de su patrimonio y cargas familiares que soportan sin constancia de ingresos por trabajo que pudieran justificarlas que, unido a las testificales de los agentes policiales que intervinieron en la investigación de los hechos, actúan como elementos corroboradores de la versión de la víctima, en el sentido de que Anton "le retuvo el pasaporte, le quitó la documentación que le habían proporcionado en el CIE, fue obligada a ejercer la prostitución en Sevilla para saldar la cuenta contraída, debiendo entregarles dinero para tal fin así como para pagar su alojamiento y comida. El dinero se lo entregaba a Anton y tanto este como Marisol la controlaban, llegando a amedrentarla con actuar contra ella y su familia de origen."



www.civil-mercantil.com

Consecuentemente no cabe sino ratificar las conclusiones alcanzadas por el Tribunal de instancia, ya que se basó en prueba suficiente, válidamente obtenida y practicada, ajustándose el juicio de inferencia realizado a tal fin por el Tribunal de instancia a las reglas de la lógica, a los principios de la experiencia y a los parámetros de racionalidad y motivación exigibles; quedando extramuros de la competencia de esta Sala censurar el criterio de dicho Tribunal sustituyéndole mediante otra valoración alternativa del significado de los elementos de prueba disponibles, por lo que no se ha producido vulneración del derecho a la presunción de inocencia del hoy recurrente quien en su argumentación critica la fuerza de convicción de cada una de las pruebas, olvidando, que el problema no es que no haya mas pruebas de cargo, o incluso que existan pruebas de descargo que la Sala no haya creído, sino determinar si las pruebas de cargo en las que se ha apoyado la Sala de instancia para condenar son suficientes y han sido racional y lógicamente valoradas

Y en este caso no puede considerarse que la valoración de la Sala haya sido manifiestamente errónea. Por el contrario ha contado con suficiente prueba de carácter incriminatorio con aptitud para enervar la presunción de inocencia. Convicción de la Sala lógica y racional y conforme a las máximas de experiencia común y que conlleva la desestimación del motivo, por cuanto - como recuerda la STS. 18.7.2013 - el hecho de que la Sala de instancia dé valor prevalente a aquellas pruebas incriminatorias frente a la versión que pretende sostener el recurrente, no implica, en modo alguno, vulneración del derecho a la presunción de inocencia, antes al contrario, es fiel expresión del significado de la valoración probatoria que integra el ejercicio de la función jurisdiccional y se olvida que el respeto al derecho constitucional que se dice violado no se mide, desde luego, por el grado de aceptación por el órgano decisorio de las manifestaciones de descargo del recurrente.

Decimosexto.

El motivo segundo al amparo del art. 849.1 LECrim , por infracción de Ley, arts. 318 bis 1 y 188.1 CP .

1ºEl recurrente desnaturaliza la vía casacional elegida por cuanto este motivo - obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos sólo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados, que han de ser los fijados al efecto por el tribunal de instancia, salvo que hayan sido corregidos previamente por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim . (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, art. 852 LECrim .



www.civil-mercantil.com

En efecto, como se dice en la STS. 121/2008 de 26.2 , el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim . ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

2ºSiendo así respecto a la comisión del delito previsto y penado en el art. 318 bis 1, en sentencia 1029/2012 de 21.12 , 378/2011 de 15.5 , 1238/2009 de 11.12 , "no lo constituye sin más los flujos migratorios, atrayendo al Derecho interno las previsiones normativas europeas sobre tales extremos, sino que ha de irse más allá en tal interpretación -que supondría elevar a la categoría de ilícito penal la simple infracción de normas administrativas-, sino especialmente dirigido al cuidado y respeto de los derechos de los extranjeros y de su dignidad en tanto seres humanos, evitando a través de tal delito de peligro abstracto que sean tratados como objetos, clandestina y lucrativamente, con clara lesión de su integridad moral. En definitiva, el bien jurídico reconocido debe ser interpretado más allá de todo ello, para ofrecer protección al emigrante en situación de búsqueda de una integración social con total ejercicio de las libertades públicas, por lo que resulta indiferente la finalidad de ocupación laboral- cuya expresa protección se logra al amparo del artículo 313.1 del CP - y explica así el grave incremento punitivo del artículo 318 bis frente al 313.1 del CP ". En similar sentido similar, las SSTS nº 569/2006, de 19 de mayo , la STS 569/2006, de 19 de mayo y la STS 153/2007, de 28 de febrero , "Confluyen en este tipo dos clases de intereses complementarios: por un lado el interés del Estado de controlar los flujos migratorios evitando que éstos sean aprovechados por grupos de criminalidad organizada y por otro evitar situaciones de explotación que atentan a los derechos y seguridad de las personas".

En orden a los presupuestos típicos de este delito la STS. 605/2007 de 26.6 , recuerda que por tráfico ilegal ha venido entendiéndose cualquier movimiento de personas extranjeras que trate de burlar la legislación española sobre inmigración. De modo que el tráfico ilegal no es sólo el clandestino, sino también el que siendo en principio y aparentemente lícito se hace pensando en no respetar la legalidad, y por ello merece tal calificación la entrada llevada a



www.civil-mercantil.com

cabo en calidad de turista , por ejemplo, pero con la finalidad de permanecer después de forma ilegal en España sin regularizar la situación.

Esa doctrina ha entendido que es claro que se produce la inmigración clandestina y el tráfico ilegal en todos los supuestos en que se lleva a cabo el traslado de personas de forma ilícita, es decir sin sujetarse a las previsiones que se contienen para la entrada, traslado o salida en la legislación sobre Extranjería (art. 25 y ss LE).

En cuanto a la entrada en territorio español, la ilegalidad resulta patente en todos los casos de paso clandestino evitando los puestos habilitados e impidiendo el control del acceso por las autoridades. Pero deben considerarse también ilegales aquellas entradas efectuadas mediante fraude , supuestos en los que, siendo voluntad inicial la de acceso para permanencia en España, se elude el control administrativo oportuno, bien mediante el empleo de documentación falsa con la que se pretende ocultar la verdadera identidad, bien a través de documentación, que sin ser falsa físicamente, no responde a la realidad de las cosas (cartas de invitación inveraces, visados obtenidos mediante falsas alegaciones , etc.).

Deben así diferenciarse las situaciones siguientes: estancia legal que sobreviene ilegal y la entrada ilegal.

De una parte, tanto quien favorece el acceso de personas como quien accede en unas determinadas condiciones (por ejemplo, con fines turísticos), si con posterioridad a tal entrada, por la concurrencia de determinadas circunstancias sobrevenidas, decide incumplir el régimen permitido de acceso, incurrirá en una irregularidad de una naturaleza administrativa.

Pero, de otra parte, quien favorece, promueve o facilita el acceso a España de determinadas personas con conocimiento inicial y antecedente de que la situación administrativa de acceso no responde a la realidad de la estancia, que exigiría de otros requisitos que así resultan burlados, incurre en ilícito penal , sin perjuicio de que la persona de cuya migración se trate haya de responder sólo administrativamente.

Esta Sala ha señalado -y lo recuerda la STS 28-9-2005, nº 1059/2005 -, que el tráfico ha de ser ilegal, esto es, producirse al margen de las normas establecidas para el cruce legítimo de las fronteras o con fraude de esas normas, lo que incluye tanto el cruce clandestino de la frontera, como la utilización de fórmulas autorizadoras de ingreso transitorio en el país (visado turístico, por ejemplo) con fines de permanencia, burlando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones. La normativa determinante de la ilegalidad del tráfico será la propia Ley de Extranjería LO 4/2000, de 11-2, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (reformada por LO 8/2000, de 22-12; 11/2003, de



www.civil-mercantil.com

29- 9; y, 14/2003, de 20-11), concretamente en el Título II: "Del régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros" y su Reglamento, aprobado por RD de 26-6-2001.

Con carácter general el art. 25 de la Ley de Extranjería regula los requisitos para la entrada en territorio español, estableciendo que el extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España, y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, debería presentar los documentos que se determinan reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios.

En este sentido esta Sala ha dicho " "La clandestinidad a que se refiere el tipo penal no concurre exclusivamente en los supuestos de entrada en territorio español por lugar distinto a los puestos fronterizos habilitados al efecto, sino que queda colmada también mediante cualquier entrada en la que se oculte su verdadera razón de ser, lo que incluye la utilización de fórmulas autorizadas del ingreso transitorio en el país (visado turístico, por ejemplo) con fines de permanencia, burlando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones (STS 1059/2005, de 28 de septiembre , 1465/2005, de 22 de noviembre , 994/2005, de 30 de mayo y 651/2006, de 5 de junio). En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia 1595/2005, de 30 de diciembre , que afirma: "basta con que el ingreso en nuestras fronteras se lleve a cabo encubriendo el verdadero carácter, haciendo pasar por turistas a quienes, en realidad, venían a dedicarse al ejercicio de la prostitución"; y la sentencia 1381/2005, de 20 de enero que establece: "el tránsito por un puesto fronterizo no siempre encierra, según la experiencia general, un control efectivo; la utilización de tal clase de acceso no descarta la ilegalidad en la explotación lucrativa de la inmigración con grave riesgo para los derechos de los extranjeros, baste recordar la sumisión a la organización con desamparo para los extranjeros que implicaba el desposeerlos de sus pasaportes y la percepción por aquélla de las retribuciones correspondientes a los trabajos que desarrollaban los inmigrantes".

En el caso presente a la vista del factum declarado probado que en su apartado primero recoge como -Los procesados Gloria , Anton y Marisol , ya circunstanciados, venían colaborando para propiciar la entrada ilegal de mujeres en España procedentes de Nigeria, a las que se les había prometido, engañándolas, el desempeño de trabajos ordinarios tales como peluquería, cuando en realidad estos eran inexistentes y se trataba de que se dedicaran a la prostitución. Las mujeres, bajo falsas promesas de bienestar, se endeudaban con cantidades muy elevadas que debían devolver, efectuaron penosísimos viajes durante meses por tierras africanas, llegando en pateras a España, resultando que la documentación que poseían les era arrebatada y retenida-. Y en concreto en relación a la NUM002 que "inició su viaje desde



www.civil-mercantil.com

Nigeria en marzo de 2.007, realizando un recorrido parecido y en condiciones similarmente penosas a las de la NUM000 , debiendo ser rescatada por una embarcación española que la llevó hasta Algeciras donde estuvo interna en el CIE hasta que la dejaron en libertad...", la comisión del delito básico del art. 318 bis 1 no ofrece dudas, pero si la aplicación del subtipo agravado del apartado 2, redacción anterior LO. 5/2010 como acertadamente ha excluido la sentencia de instancia.

En efecto es cierto que en STS. 145/2005 habíamos dicho que el art. 318 bis no absorbía la conducta de explotación de la prostitución describen el art. 188.1 CP , por cuanto la conducta típica del art. 318 bis se consuma con la ejecución de las actividades de promoción, favorecimiento o facilitación de la inmigración clandestina o del tráfico ilegal, con la agravante del apartado segundo cuando la finalidad de esas actividades fuera la explotación sexual. Es cierto que normalmente tal finalidad vendrá demostrada por la ejecución posterior de actos concretos de explotación, pero para la consumación es bastante la ejecución de aquellas conductas con la referida finalidad, sin necesidad de ningún acto posterior, de forma que no es preciso que tal explotación sexual llegue a tener lugar, y ni siquiera que las víctimas hayan sido compelidas (o determinadas) de alguna forma a prestarse a ella.

Sin embargo, la conducta típica contenida en el artículo 188.1º requiere algo más, consistente en la ejecución de actos que determinen a una persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, actos ejecutados empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de situaciones de superioridad, necesidad o especial vulnerabilidad de la víctima. Se trata, pues, de una conducta necesariamente posterior e independiente de la relativa a la promoción de la inmigración clandestina o del tráfico ilegal de personas aun cuando se realice con la finalidad de explotación sexual.

Siendo así mientras que el delito del art. 318 bis aunque en el tipo se alude a personas en su acepción plural, no parece necesario que la actividad afecta a más de una persona para ser típica, aunque la configuración colectiva del bien jurídico en este tipo base del art. 318 bis 1; si determina que aunque sean varias las personas afectadas, estaremos ante la existencia de un solo delito en cada tráfico ilegal, en el delito del art. 188.1 hay tantos delitos como sujetos a los que se determina a la prostitución (STS. 152/2008 de 8.4), e incluso es posible que el sujeto activo en uno y otro delito sean distintas personas.

La jurisprudencia de esta Sala reafirma la anterior doctrina en los Plenos no jurisdiccionales de 24.4.2007 «la concurrencia de comportamientos tipificados como constitutivos del delito del artículo 188.1º y del previsto en el artículo 318 bis.2 del Código Penal , debe estimarse concurso de delitos», y de 26.2.2008 " en relación entre los arts. 188.1 y 318 bis del CP . en los supuestos de tráfico ilegal o inmigración clandestina a la que sigue, ya en nuestro territorio, la



www.civil-mercantil.com

determinación coactiva al ejercicio de la prostitución, es la propia de un concurso real de delitos" , pero tales conductas serán calificadas con arreglo a los arts. 188.1 y 318 bis.1, descartando la aplicación del art. 318 bis 2 al tratarse de un supuesto de realización progresiva del tipo. Acuerdo este, que complementa el anterior de 22.4.2007 al que se refiere la STS. 152/2008 de 8.4 , que en su caso como el que nos ocupa, en el que se atribuye a los mismos sujetos las dos figuras delictivas, estimó la existencia de concurso real, si bien, se debe evitar efectuar una doble consideración de la "intención de explotación sexual". Y ello porque en el art. 318 bis. 2 está presente tal intención a realizar en el futuro en el art. 188.1 viene a materializarse de forma expresa la misma intención. Por ello la solución ha de consistir en aplicar el art. 188.1 CP . junto con la figura básica no agravada, del art. 318 bis 1, en la que se prescinde de tomar en consideración cualquier intención referente a una explotación sexual futura (SSTS. 330/2010 de 2.3 , 688/2010 de 2.2).

No obstante -como hemos dicho en STS. 378/2011 de 17.5 - en sede de tipicidad esta polémica ha quedado en cierto punto solventada por la reforma operada en el art. 318 bis por LO. 5/2010 , que ha suprimido el subtipo agravado del apartado 2, por considerar inadecuado el citado precepto para el tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina, cuando el nuevo Título VII bis, en el que prevalece la protección de la dignidad y libertad de los sujetos pasivos, y en cuyo art. 177 bis, se castiga la trata de seres humanos, entre otras finalidades, con la de explotación sexual, pero refiriendo como medios comisivos el empleo de violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, esto es la prostitución coactiva del art. 188.1.

Postura ésta que ha sido reiterada por la jurisprudencia de la Sala Segunda, STS. 790/2011 de 27.6 : " como consecuencia de la reforma introducida por la LO 5/2010, que ha modificado el art. 318 bis, suprimiendo el subtipo de su apartado 2 , que desde la reforma de la LO 11/2003 agravaba la pena cuando el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas. Previsión legal que ha sido trasladada al delito de trata de seres humanos previsto en el art. 177 bis donde el fin de explotación sexual se integra, no como subtipo agravado respecto de otro básico, sino como elemento de éste junto con otras exigencias típicas que no son del caso examinar por ser ese delito ajeno al objeto de este proceso.

STS. 196/2011 de 23.3 : "Ello no obstante, la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, suprime el subtipo agravado previsto en el párrafo 2º del art. 318 bis CP , por el que han sido condenados la recurrente..., viniéndolo a integrar en la nueva figura tipificada en el art. 177 bis CP , en el T. VII bis, bajo el epígrafe de "La trata de seres humanos". Dicho precepto exige que la captación, el traslado, el acogimiento, recepción o alojamiento, para la explotación sexual de



www.civil-mercantil.com

la misma, se produzca mediante el empleo de violencia, intimidación o engaño o abuso de situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad.

Por ello, no pudiendo ser aplicado el apartado 2 del art. 318 bis CP , procede estimar subsumidos los hechos en el apartado 1º del mismo artículo -que continúa vigente-, y que castiga "al que directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, desde, en tránsito o con destino a España...".

STS. 385/2012 de 10.5 : "En la exposición de motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el C.Penal de 1995, se afirma en el epígrafe XII que el tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos.

Para llevar a cabo este objetivo se procede a la creación del Título VII bis, denominado «De la trata de seres humanos». Así, el artículo 177 bis tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren. Por otro lado, resulta fundamental resaltar que no estamos ante un delito que pueda ser cometido exclusivamente contra personas extranjeras, sino que abarcará todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionados o no con la delincuencia organizada.

En cambio, concluye diciendo la exposición de motivos de la LO 5/2010, el delito de inmigración clandestina siempre tendrá carácter transnacional, predominando, en este caso, la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios. Además de la creación del artículo 177 bis, y como consecuencia de la necesidad de dotar de coherencia interna al sistema, esta reestructuración de los tipos ha requerido la derogación de las normas contenidas en los artículos 313.1 y 318 bis. 2.

Así pues, con la nueva regulación se ha pretendido atender al fenómeno de la expansión de la emigración contemplándolo desde sus diferentes perspectivas en relación con los bienes jurídicos afectados: la inmigración ilegal de ciudadanos extranjeros (art. 318 bis del C. Penal); la inmigración de trabajadores extranjeros (art. 313); y la trata de seres humanos (nuevo art. 177 bis, bajo el título VII bis: "De la trata de los seres humanos").

El solapamiento parcial de los tres preceptos referidos puede producirse con cierta asiduidad ya que en todos ellos resulta afectados, si bien en diferente grado, la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos del delito. Los supuestos en que el menoscabo de esos bienes es severo,



www.civil-mercantil.com

hasta llegar a los límites de la explotación del ser humano, integran ahora el nuevo delito del art. 177 bis, desgajándose así tales conductas del art. 318 bis, que hasta ahora contemplaba de forma inadecuada e insuficiente el fenómeno del tráfico de seres humanos hasta el límite de la explotación, fenómeno que, a tenor de los tratados y convenios internacionales firmados por España, requería una tipificación penal autónoma y de una mayor intensidad.

Ahora, pues, tal como se dice en la exposición de motivos, la protección del art. 318 bis se centra ya más en la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios, si bien ha de interpretarse que esta norma comprende también los supuestos de menoscabo de la dignidad y de la libertad de los extranjeros que son víctimas de un flujo migratorio ilegal cuando el grado de afectación de esos derechos no alcanza, vistas las circunstancias del caso concreto, la severidad propia de una auténtica explotación que permita hablar de una trata del ser humano. Y es que tampoco puede olvidarse que el art. 318 bis sigue refiriéndose literalmente al tráfico ilegal de personas y no solo a la inmigración clandestina".

Y de forma más explícita la STS. 550/2011 de 2.6 , concluye que "...la cuestión que queda superada con la ya antes mencionada publicación de la LO 5/2010 que, entre otras numerosísimas modificaciones del Texto punitivo, suprime la figura del apartado 2 del artículo 318 , trasladándola, aunque con la exigencia de nuevos y distintos requisitos, al novedoso artículo 177 bis, dentro de los delitos referentes a la trata de seres humanos.

3) En cuanto al delito relativo a la prostitución del art. 188.1, en STS. 1425/2005 , debemos recordar que la realidad criminológica, que constantemente nos pone ante el fenómeno de la explotación de la prostitución ajena, ha obligado a todos los Estados civilizados, incluso mediante Convenios Internacionales puesto que el fenómeno traspasa fácilmente las fronteras de cada nación, a salir al paso y reprimir penalmente una actividad en la que el afán de lucro lleva a convertir en mercancía a la persona, con absoluto desconocimiento de su dignidad, desconociendo o quebrantando, si es preciso, su libertad con especial incidencia en la dimensión sexual de la misma.

En relación al art. 188.1, la conducta típica ofrece dos alternativas: o bien determinar a una persona mayor de edad a ejercer la prostitución, caso de no haberla ejercido nunca y tratarse de la primera vez, o de haberla ejercido con anterioridad pero haber abandonado ya dicha practica sexual, o bien determinarla igualmente para hacer que se mantenga en ella, caso de estar ya previamente inmersa en esta actividad. Los medios comisivos pueden ser de múltiples y de muy diversa índole, aunque legalmente equiparados a efectos punitivos. la ambigua expresión utilizada por la redacción originaria del CP. 1995 "determine coactivamente ..." fue sustituida, tras la reforma de 1999, por otras mas clara y contundente en lo que concierne a su interpretación "determine empleando violencia, intimidación o engaño", pues es sabido que el



www.civil-mercantil.com

primer medio comisivo equivale a fuerza física, directamente ejercida sobre la víctima o encaminada a crear en ella un estado de miedo a sufrir malos tratos en el futuro si no se dedica a la prostitución, es decir, la llamada vis compulsiva, mientras el segundo se corresponde con la fuerza psíquica o moral, es decir, con amenazas en sentido estricto o el ejercicio de cierta clase de fuerza sobre las cosas, en tanto el tercero es sinónimo de fraude o maquinación fraudulenta, cual sería el caso en el que se convence a alguien bajo oferta vinculada de trabajo para que venga a España a trabajar desde el extranjero, si bien, el engaño se suele en estos supuestos completar con la ulterior utilización de violencia o intimidación en la persona para someterla al ejercicio de la prostitución en nuestro país (ssTS. 17.9 y 22.10.01). Junto a ellos se añaden diversas modalidades de abusos, que no son sino relaciones específicas de prevalimiento del sujeto activo con la víctima, y que se originaría, bien en una situación de superioridad respecto a ella (v. gr. superior jerárquico), bien en un estado de necesidad en el que ésta se encuentra (v. gr. penuria económica, drogodependencia, etc.) bien en su específica vulnerabilidad (por razón de su corta edad, enfermedad u otra condición similar), como ejemplo de modalidad engañosa típica la sTS. 15.2.99 incluye un supuesto en el que el acusado facilitaba a jóvenes colombianas, 2.000 dólares en efectivo y el billete para el viaje a España, pero, una vez que se encontraban en nuestro país, les exigía la devolución de la mencionada cantidad, y el reembolso adicional de un millón de pesetas, que deberían conseguir ejerciendo la prostitución en un club. Se considera que la narración fáctica de la sentencia de instancia describe un notable contraste entre lo ofrecido muy ventajoso para la mujer en el momento de la recluta y la realidad con que la misma se encontraba cuando se había incorporado realmente al negocio del acusado, tratándose de un evidente engaño.

Asimismo, la referida sentencia considera como modalidad coactiva típica la retención del pasaporte hasta el momento en que se amortizan el millón de pesetas, así como el empleo de "vías de hecho" como son el control de cada uno de los "servicios" prestados por las indicadas mujeres, la vigilancia de sus salidas a la ciudad, su conducción mediante furgoneta al club y, sobre todo, las amenazas de sanción económica, si no "trabajaban" con la excusa de la menstruación u otra.

La sentencia de 3.2.99 (sTS. 161/99) se refiere a un supuesto que podemos considerar como ejemplo de abuso de la situación de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, en el que los acusados se aprovecharon de la extremada juventud de una joven checa, de su desconocimiento del idioma y las costumbres españolas, de su ausencia de amistades de confianza y de su situación ilegal en España, para negarle sus ganancias y obligarla así a continuar ejerciendo la prostitución, que quería dejar, bajo su control y beneficio.

La sTS. 1176/98 de 7.10 , refiere un supuesto similar de "importación" de una joven colombiana para el ejercicio de la prostitución en condiciones engañosas, con retención de



www.civil-mercantil.com

pasaporte, exigencia de devolución de una suma exagerada en concepto de compensación por gastos de viaje y estancia, control de salidas, etc. que dieron lugar al abandono voluntario de la prostitución de la joven y al intento frustrado de obligarla a volver por la fuerza al lugar donde se ejercía la prostitución. La sentencia señala que concurren en el caso cuantos presupuestos se exigen en la figura delictiva del art. 188 CP . por cuanto se ha empleado violencia física e intimidación para determinar a una mujer mayor de edad a mantenerse en la prostitución, existiendo además abuso de una situación de necesidad y superioridad.

La STS. 1663/99 de 26.11 , contempla el caso de traer a súbditas extranjeras, sin que supieran que venían a ejercer la prostitución, desde sus países y las obligan a permanecer en su club y ejercer el comercio carnal. En definitiva, como señala la s. 1428/2000 de 23.9 , el delito del art. 188.1 CP . es también un delito contra la libertad, como el delito de coacciones, solo que, además ataca a otro bien de suficiente importancia como para cualificar lo ilícito de una manera especial. Esta cualificación no consiente que, en cuanto delito contra la libertad, el del art. 188.1 CP . requiera mayores exigencias que el delito de coacciones. De ahí que no ofrezca dudas que las amenazas de males sobre las víctimas y sobre sus familiares en su país de origen ofrecen una suficiente entidad en el supuesto enjuiciado para la realización del tipo penal que se describe.

La STS. 350/2008 de 17.6 , es clara al respecto, las víctimas son determinadas al ejercicio de la prostitución en primer lugar mediante engaño, pues han sido atraídas a España mediante una promesa mendaz de trabajo en una cafetería y con el propósito oculto de lucrarse en el ejercicio de la prostitución de las mismas. Al quedar en España sin ninguna posibilidad de trabajo y adeudando a la recurrente los gastos del viaje y de gestión de los pasaportes. A partir de ese momento, las víctimas quedan en una situación de necesidad dado que no tienen la posibilidad de financiarse el regreso a su país y carecen de la posibilidad de subsistir sin trabajo. Por lo tanto, mediante engaño y abuso de la situación de necesidad se las determina a la única ocupación posible para poder subsistir.

En el caso presente se considera probado que las mujeres ya en nuestro país, sin documentación, eran obligadas a ejercer en la prostitución para saldar la deuda contraída, situación en la que eran obligadas a permanecer mediante la coacción constante y el miedo que actuarían contra sus familias, en sus países de origen.

Y en relación a la actuación del recurrente Lucky se recoge como cuando la NUM002 se encontraba en tierras marroquíes le llamó entonces aún de modo amable, que trabajaría para él y que se dirigiera a Sevilla, donde la recogió y la llevó a su domicilio de la CALLE000 n° NUM003 , NUM004 NUM005 en el que convivía con su compañera sentimental la también procesada Marisol , que actuaba de consuno con él.



www.civil-mercantil.com

En esta tesitura Anton le retuvo el pasaporte, le quitó la documentación que le habían proporcionado en el CIE, fue obligada a ejercer la prostitución en Sevilla para saldar la deuda contraída, debiendo entregarles dinero para tal fin así como para pagar su alojamiento y comida. El dinero se lo entregaba a Anton y tanto éste como Marisol la controlaban, llegando a amedrentarla con actuar contra ella y su familia de origen.

Conducta la descrita incardinable en el art. 188.1 primer inciso, la doctrina jurisprudencial que se cita por el recurrente se refiere al inciso segundo que establece que incurrirá en la misma pena "el que se tiene explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma" , figura introducida por LO. 11/2003 de 29.9, y que incrimina lo que se denominado proxenetismo no coercitivo (SSTs. 1155/2010 de 1.12 , 445/2008 de 3.7 , 1171/2009 de 10.11 , 1238/2009 de 11.12).

RECURSO INTERPUESTO POR Gloria

Decimo septimo.

El motivo único por infracción de precepto constitucional al entender que la sentencia impugnada infringe, por su violación, el derecho fundamental de la recurrente a la presunción de inocencia recogido por el art. 24.2 CE , al amparo de los arts. 5.4 LOPJ , y 852 LECrim .

Considera en síntesis que la condena del tribunal de instancia se ha basado únicamente en la prueba de la testigo de cargo NUM000 , cuya declaración en fase sumarial no puede tenerse en cuenta, toda vez que, al haberse retractado en el plenario, aquella declaración en el sumario debió haber sido llevada válidamente al plenario, mediante lectura expresa del mismo que ninguna de las partes interesó, de tal forma que sin la declaración de dicha testigo protegida, lo que existe con una serie de datos objetivos insuficientes para deducir racionalmente los hechos imputados más allá de la posible sospecha que tales datos puedan justificar, se trataría de indicios excesivamente débiles para creer que la acusada Gloria favoreció la inmigración ilegal de la citada testigo protegida, para luego obtener beneficios económicos a través de su prostitución.

El motivo se desestima.

1.-como ya hemos explicitado en dos motivos articulados por anteriores recurrentes, debe otorgarse un amplio contenido a la presunción de inocencia, como regla de juicio, lo que permite un triple control del proceso inferencial seguido por los Jueces ordinarios:

1º El de la practica de la prueba y el respeto a las garantías.



www.civil-mercantil.com

2º El de la exposición por el órgano judicial de las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada.

3º El de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante (SSTC. 169/86 , 107/89 , 384/93 , 206/94 , 24/97 , 81/98 , 189/98 , 1/99 , 235/2002 , 300/2005 , 66/2006).

En definitiva, en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la inmediación de que se dispuso -y de la que carece como es obvio esta Sala casación al- se puede decir con la STS. 90/2007 de 23.1 , que aborda precisamente esta cuestión, que en el momento actual, con independencia de la introducción de la segunda instancia, es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada, todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria --art. 9-3º--, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos.

2.-En el caso presente no puede entenderse que el juicio del tribunal de instancia sea arbitrario e irracional por haber infringido las leyes de la lógica, o, apartado de las máximas de experiencia o de conocimientos científicos, desde el momento en que la Sala razona su convicción a partir de las declaraciones de la testigo protegido NUM000 , quien en sus declaraciones policiales (folios 7 y 30 del Tomo 1), luego ratificadas y ampliadas ante la instructora el 28-3-2011, relató su penoso periplo desde Nigeria hasta España, como le fue arrebatado su pasaporte en Marruecos y tomó contacto con quien dijo llamarse Lorena quien colaboró de manera determinante para que llegase a tierras españolas y le hizo saber que tenía que dedicarse a la prostitución para pagar su deuda, pues en caso contrario sufriría represalias.

Lorena y el tal Juan Alberto tenían el mismo nº de teléfono en Rabat, lo que evidencia la conexión entre ambos.



www.civil-mercantil.com

Tras llegar a España, donde fue acogida en un centro de menores de la Línea de la Concepción, y, una vez que comprobó que efectivamente habían recibido amenazas, volvió a conectar con Lorena quien le puso en contacto con la procesada Gloria , la cual le proporcionó los medios para llegar a Sevilla, la alojó en su casa, cobrándole ciertas cantidades, la controlaba, llegando incluso a amenazarla para que ejerciera la prostitución, a lo que no tuvo mas remedio que acceder.

Esta testigo protegida entregaba periódicamente el dinero que conseguía mediante el ejercicio de la prostitución a Gloria , que era quien fiscalizaba sus ingresos y a su vez lo remitía a través de la compañía Western Unión al tal Juan Alberto .

En torno al mes de mayo de 2010 la NUM000 logró abandonar el domicilio de Gloria , sin que por ello cesase de realizar entregas de dinero.

Aun cuando posteriormente en el juicio oral se retractó de sus anteriores manifestaciones, admitiendo que si bien ejerció la prostitución porque la amenazaron con que si no lo hacia le harían daño a sus hijos y que vivió en casa de Gloria , afirmó que ésta nada tenia que ver con ello y que al contrario la ayudó gratuitamente.

Posibilidad procesal prevista en el art. 714 LECrim ., tal como recuerda una reiterada jurisprudencia, por todas SSTS. 510/2008 de 21.6 , 526/2013 de 25.6 , que admite la validez de la convicción judicial pueda ser formada sobre las declaraciones testimoniales producidas en el sumario cuando el testigo se retracta de ellas en el juicio oral, procediendo de conformidad con el art. 714 de la Ley Procesal penal , esto es, reproduciéndolas en el juicio oral e indagando sobre la retractación, actividad que se realiza en el juicio oral y con vigencia de los principios básicos de la regularidad de la prueba. En ese sentido, la jurisprudencia de esta Sala destaca que "como ya hemos declarado en otras ocasiones (entre otras, STS 1187/2005, de 21 de octubre), de lo que se trata es de la aplicación del art. 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , que dispone lo siguiente: "cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el Presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe".

Una reiterada doctrina jurisprudencial, tanto del Tribunal Constitucional (STC 8/2003) como de esta Sala casacional, ha declarado que el Tribunal de instancia puede otorgar prevalencia para fundar su convicción a la prueba practicada en la fase de instrucción sobre la practicada en el plenario, caso de discordancia entre ambas, siempre que aquélla se halla practicado judicialmente con las debidas garantías y se haya sometido a efectiva contradicción en el acto del juicio oral. Concretamente en el caso de testimonios contradictorios previstos en el artículo



www.civil-mercantil.com

714 de la LECrim , la doctrina constitucional y de esta Sala (STC 137/1988 , SSTS 14-4-1989 , 22-1-1990 , 14-2-1991 o 1 de diciembre de 1995, sentencia núm. 1207/95), admite que el Tribunal pondere la mayor o menor verosimilitud de las versiones contrapuestas, contrastándolas con los datos deducidos de otras pruebas practicadas y con la credibilidad de las razones expuestas para justificar las contradicciones, correspondiendo al Tribunal de instancia dicha valoración, conforme a lo dispuesto en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

En este sentido, y como precisa la STS 12.9.2003 : "cuando un acusado o un testigo declara en el juicio oral y antes lo ha hecho en otra fase del procedimiento, bien ante la policía o ante la autoridad judicial, el Tribunal que conoce de la causa y ha de dictar sentencia tiene la facultad de conceder su credibilidad a unas u otras de tales declaraciones, en todo o en parte, como una manifestación más de los principios de inmediación y de apreciación conjunta de la prueba, de modo que puede redactar en su sentencia los hechos probados tomando datos de unas o de otras de tales declaraciones, conforme a la verosimilitud que les merezcan según su propio criterio (art. 741 LECrim .), siempre que se cumplan dos requisitos de carácter formal: 1º que aquellas manifestaciones de las que se toman los datos de cargo hayan sido practicadas con observancias de las correspondientes normas procesales aplicables a la misma; y 2º que, genéricamente consideradas (es decir, no en sus detalles específicos), hayan sido incorporadas al debate del plenario, de modo que las partes hayan tenido oportunidad de interrogar sobre estos extremos".

Con relación a ésta última exigencia formal, cuando el dato de cargo no ha sido afirmado en el acto del juicio sino en alguna manifestación anterior, debe actuarse conforme al procedimiento referido en el art. 714, esto es, mediante la lectura de las declaraciones anteriores e invitando al interrogado a que explique las diferencias o contradicciones existentes, aplicable este artículo no solo a la prueba testifical a la que literalmente se refiere, sino también a las declaraciones de los acusados y no solo a las practicadas a instancia de parte, sino también a las acordadas de oficio.

Sin embargo, esta última exigencia no debe interpretarse de manera formalista (como dice la STS 155/2005, de 15 de febrero), en el sentido de que, incumplido este trámite del art. 714 ya no cabría tomar circunstancias de hecho de las manifestaciones anteriores al acto de la vista oral para construir el relato de hechos probados, puesto que, de cualquier modo, esas declaraciones primeras hayan sido tenidas en cuenta en el acto solemne del plenario, lo que puede aparecer acreditado por el contenido de las preguntas o respuestas. Lo que no puede hacerse es traer sorpresivamente desde el sumario a la sentencia, sin antes haber pasado por la posibilidad de ser debatido en el juicio oral (principios de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación) ese dato, que se incorpora a la narración de hechos probados.



www.civil-mercantil.com

El tribunal de instancia ha fundado su convicción en la declaración de la víctima y ha destacado que la retractación de su incriminación en el juicio oral no resulta lógica realizando una valoración racional de su testimonio, la corroboración de las iniciales declaraciones de este testigo con otros elementos de acreditación y la justificación dada a la retractación. Fruto de esa presencia inmediata en la práctica de la prueba es la valoración que de la misma se realiza es la cuidada motivación, racional conforme al art. 717 de la Ley procesal, de la testifical oída en el juicio oral, incluidas las contradicciones a sus declaraciones anteriores, en las que el testigo trata de justificar el cambio en el sentido incriminatorio de sus declaraciones anteriores en una desorientación y cansancio que, como el tribunal explica, pudiera motivar algún olvido en la narración de los hechos pero no el cambio en la dirección impugnativa, máxime cuando a esa versión incriminatoria se añaden las corroboraciones expresadas.

No cabe duda de que, con carácter general, los Tribunales pueden dar más valor a las declaraciones vertidas en la instrucción que a las realizadas en el juicio oral. En tal sentido, en lo que se refiere a las manifestaciones prestadas en fase sumarial cuyo resultado se pretenda integrar en la valoración probatoria, el Tribunal Constitucional al analizar la aplicación judicial de lo previsto en los arts. 714 y 730 LECrim., ha resaltado la necesidad de que en estos supuestos el contenido de la diligencia practicada en el sumario se reproduzca en el juicio oral mediante la lectura del acta en que se documentó o introduciendo su contenido a través de los interrogatorios (SSTC 2/2002, de 14 de enero ; 190/2003 de 27 de octubre). En tales condiciones, el resultado de la diligencia accede al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, inmediación y contradicción (SSTC 155/2002, de 22 de julio , y 195/2002, de 28 de octubre).

Por tanto, de acuerdo con el contenido del art. 714 LECrim., en el caso de que en el acto del juicio oral un testigo modifique o se retracte de anteriores manifestaciones, se le podrá leer la declaración sumarial invitándole a que explique la diferencia o contradicción que se observe con la practicada en el juicio oral. Este interrogatorio, subsiguiente, realizado en presencia y con el protagonismo de las partes, hemos considerado que satisface las exigencias de contradicción precisas para desvirtuar la presunción de inocencia, que, en tales casos, el órgano judicial, podrá fundar la condena en una u otra versión de los hechos optando por la que, a su juicio, tenga mayor credibilidad. Dicho de otro modo, si se cumplen las exigencias reseñadas el órgano sentenciador se encuentra ante pruebas válidas, y puede dar credibilidad a uno u otro testimonio y fundar sobre él la condena, ya que la defensa puede impugnar su contenido haciendo a su respecto las alegaciones que tenga por oportunas.

Ahora bien incorporada al juicio oral la declaración sumarial del testigo o, en su caso del acusado o de un coimputado, se deben analizar -decíamos en STS. 1241/2005 de 27.10 - las exigencias que deben concurrir en la sentencia que las valora para comprobar, desde la



www.civil-mercantil.com

perspectiva del control casación al de la presunción de inocencia, la correcta valoración de la prueba y la correcta enervación del derecho.

En primer lugar, por la falta de inmediación de aquélla, la hipotética mayor credibilidad frente a la declaración en Juicio Oral ha de apoyarse en su verosimilitud objetiva lo que significa que en ese plano debe estar corroborada por otras circunstancias periféricas u otros medios probatorios (SSTC. 153/97, de 29 de septiembre ; 115/98, de 1 de junio ; y SSTS. de 13 de julio de 1998 y 14 de mayo de 1999).

En segundo término, y como consecuencia del anterior requisito, es necesario que el Tribunal de instancia exprese las razones por las que se inclina por versión distinta de la que ha aflorado en el Juicio Oral (Sentencias de 22 de diciembre de 1997 y 14 de mayo de 1999) , pues no habiendo presenciado la declaración sumarial se hace especialmente necesario razonar la causa de concederle mayor credibilidad, a la vista de lo declarado contradictoriamente a su presencia, rectificando sus manifestaciones anteriores, y de las explicaciones dadas al respecto por el declarante.

Decimo octavo.

Situación producida en el caso analizado en el que la Sala considera que el motivo ofrecido por la testigo del cambio de sus manifestaciones -que la policía le dijo que firmara y que si la policía "dice firma", hay que hacerlo", no goza de credibilidad alguna, cuando algunos de los detalles y datos que constan en la declaración -como es el caso de los giros de dinero a través de Western Unión gozan de corroboración periférica, y en cualquier caso no explica la testigo porqué ratificó sus declaraciones policiales ante la instructora a quien ofreció nuevos datos sobre la situación de que fue víctima.

Por ello la Sala concede mayor credibilidad a las declaraciones sumariales de la testigo, en las que ratificó las realizadas ante la policía, cuya versión está corroborada por las manifestaciones de la propia acusada que admitió que la testigo estuvo en su domicilio en las fechas señaladas por ésta, desde el año 2008 hasta mayo 2010, y que sabía que se dedicaba a la prostitución; por la documental que acredita que Gloria efectuaba y recibía dinero a través de Western Unión constando un total de 36 envíos a distintos países (Italia, Marruecos, Senegal y Costal de Marfil), por importes de 10.400 euros desde 2006 a 2010, destacando la Sala que esos movimientos de numerario no se corresponden con su situación económica, dado que no se le conoce ninguna actividad laboral, ni con los bienes que posee, entre los que el inmueble que habita, junto con su pareja, sobre el que han constituido una hipoteca en marzo 2008 por un principal de 152.425,75 E, por un plazo de 30 años, que en un año han reducido a la mitad de tiempo 15 años, por las declaraciones en el plenario de los agentes del



www.civil-mercantil.com

CNP con carnets profesionales nº NUM013 , NUM014 y NUM015 que ratificaron los atestados; y por los contenidos de las conversaciones telefónicas mantenidas con otros acusados, transcritas, entre otros, a los folios 451, 455, 469 y ss., 473 y ss. 477 Tomo II, que evidencian y además de ser responsable directamente de la prostitución coactiva de la testigo protegida, participó en su inmigración ilegal, como lo acredita sus conexiones tanto con Lorena , que puso en contacto a la testigo con la procesada, como son el tal Juan Alberto -a quien Gloria remitía el dinero que la víctima tenía que conseguir con el ejercicio de la prostitución, resultando que estos últimos tenían el mismo número de teléfono en Rabat , lo que acredita la conexión entre ambos.

En efecto la actuación de Gloria , alojándola en su casa, cobrándole el alquiler y la comida, obligándola a ejercer la prostitución, advirtiéndola de las consecuencias de no hacerlo, manteniendo así la situación creada en Marruecos, donde le fue arrebatado el pasaporte y tomó contacto con Lorena , llegando a España en una embarcación neumática, revela ese acuerdo incivil con estas personas, tanto más cuando es ella quien controla la actividad de prostitución de la testigo y recoge sus ingresos para el pago de la deuda que, a su vez, remitía a través de Western Unión a Juan Alberto , concierto previo o por adhesión "pactum scaeleris" y conciencia de la ilicitud del acto proyectado "consciencia scaeleris".

Así en STS. 1278/2011 de 29.11 , se ha admitido como supuesto de coautoría, lo que se ha denominado participación adhesiva o sucesiva y también coautoría aditiva, que requiere la concurrencia de los siguientes elementos.

- 1) Que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito.
- 2) Que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquel.
- 3) Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento.
- 4) Que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien, interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho, bien entendido que para configurar la participación es suficiente el previo acuerdo, aunque el aporte de la actividad material pactado lo fuera para ser ejecutada tras la consumación del mismo, ya que los actos posteriores que han sido concertados o convenidos previamente o al tiempo de la ejecución del delito, aunque materialmente se produzcan ex post, son reprochables ex ante, según la doctrina y la jurisprudencia, pues la responsabilidad se traslada en el aspecto subjetivo de la codelincuencia



www.civil-mercantil.com

al momento del concierto participativo en que se produce el pactum scaeleris y en el que se planea el reparto de papeles en los partícipes (STS. 11/2009 de 27.1).

El motivo, por lo expuesto se desestima.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación, interpuestos por Juan Ramón , Anton , Gloria , Marisol , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Primera, que condenó a los acusados como autores penalmente responsables de un delito de inmigración ilegal, prostitución coactiva y falsedad documental; y condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas en la tramitación de sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamosD. Joaquin Gimenez Garcia D. Andres Martinez Arrieta D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Antonio del Moral Garcia D. Perfecto Andres Ibañez

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario 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.