



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 167/2017, de 15 de marzo de 2017

Sala de lo Penal

Rec. n.º 10648/2016

SUMARIO:

Procedimiento penal. Prueba preconstituida. Para que sea válida la prueba preconstituida en el procedimiento penal, hacen falta una serie de requisitos: si el testigo manifiesta la imposibilidad de concurrir por haberse ausentado del territorio nacional, y también en el caso en que hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral, el Juez instructor mandará practicar inmediatamente la declaración, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. El reo, asistido de letrado en el término de veinticuatro horas, intervendrá en el interrogatorio. El Juez, por tanto, recibirá juramento y examinará al testigo, a presencia del procesado y de su abogado defensor y a presencia, asimismo, del Fiscal y del querellante, si quisieren asistir al acto, permitiendo a éstos hacerle cuantas preguntas tengan por conveniente. Por el Letrado de la Administración de Justicia se consignarán las contestaciones a las preguntas, y la diligencia será firmada por todos los asistentes. Luego viene la necesaria contradicción, intermediación y publicidad en el acto de la vista oral, con la reproducción del vídeo grabado en la instrucción, o centrando el debate en el acta, a falta de aquél.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 177 bis y 188.1.4.
Ley de Enjuiciamiento Criminal, arts. 448, 449 y 777.

PONENTE:

Don Andrés Martínez Arrieta.

Magistrados:

Don ANDRES MARTINEZ ARRIETA
Don JOSE RAMON SORIANO SORIANO
Don JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE
Don ANA MARIA FERRER GARCIA
Don JUAN SAAVEDRA RUIZ

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Marzo de dos mil diecisiete.

En el recurso de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma interpuesto por las representaciones de Marco Antonio , Lina , Borja , Estanislao Y Ignacio , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Segunda, que les condenó por delitos de trata de personas y contra los derechos de los



www.civil-mercantil.com

trabajadores, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando Marco Antonio y Lina ambos representados por la Procuradora Sra. García Orcajo; Borja representado por la Procuradora López Barreda; Estanislao representado por la Procuradora Sra. Latorre Blanco; y Ignacio representado por el Procurador Sr. Fernández Estrada.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado Mixto nº 4 de Getafe, instruyó sumario 1/2014 contra Marco Antonio , Lina , Borja , Estanislao y Ignacio , por delitos de trata de personas y contra los derechos de los trabajadores, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, que con fecha 2 de junio de 2016 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: PREVIO.- Los acusados formaban parte de un grupo de nacionalidad china dedicada a forzar a jóvenes chinas a la prostitución y aprovecharse de los ingresos que generaba dicha actividad . En ese grupo el jefe era Estanislao , alias Gamba o Chato . Por debajo del jefe se encontraba el matrimonio formado por Lina , alias Morrines , y su esposo Marco Antonio , alias Flequi ; por último los empleados de bajo nivel del grupo eran Ignacio , alias Largo , y Borja , alias Nota .

PRIMERO. En el contexto de la actividad a la que se venían dedicando, Largo y Nota acudieron al aeropuerto de Madrid Barajas el 11 de septiembre de 2013 a recoger a una ciudadana china que llegaba en el vuelo de Iberia NUM000 procedente de Viena. Se trataba de la perjudicada y testigo protegida que ha sido identificada como NUM001 , en adelante G6. Los acusados recogieron a la testigo y la llevaron al chalét sito en la CALLE000 número NUM002 de Getafe, chalét en el que vivía el matrimonio constituido por Lina , alias Morrines , y Flequi (Marco Antonio).

Al llegar al chalét, el matrimonio le exigió la suma de 70.000 yuanes, a pesar de que ya ella había pagado en China por los gastos de visado y pasaporte 30.000 yuanes.

También Flequi le exigió que se dedicara a la prostitución para pagar la deuda que mantenía, a lo que ella se negó.

Por la noche le llevaron a un Karaoke chino, con el objeto de que allí ejerciera la prostitución a lo que ella se negó. El día 15, aprovechando un descuido de los miembros de la banda, logró escapar saltando desde una ventana de un primer piso, huyendo del lugar, no sin antes hacer una foto a una placa de una calle que se encontraba en las cercanías del chalet; concretamente hizo la foto de la calle Tauromaquia de Getafe.

A continuación tomó un taxi, y se trasladó a una comisaría en busca de auxilio.

Antes de escapar, G6 con encomiable valor y sangre fría, encontrándose en una reunión del grupo, grabó en una tablet el contenido de la reunión, en la que aparecía el jefe del grupo, Gamba o Chato , hablando con alguien en China respecto de la deuda que debía pagar la testigo. En esas imágenes aparecía el jefe del grupo, y también otra testigo protegida que se encontraba detrás, así como también Flequi y Largo .

La testigo aportó dichas imágenes a la policía, así como también el teléfono de otra joven que estaba siendo obligada a ejercer la prostitución por el grupo.

SEGUNDO. A los pocos días de lo relatado, tuvo lugar la fuga de otra joven que se encontraba en un local regentado por el jefe del grupo, Estanislao . La citada joven, que ha sido identificado como la testigo protegida NUM003 , fue obligada a ejercer la prostitución entre



www.civil-mercantil.com

otros locales en el club El Edén sito en la calle Nicolás Sánchez 23 de Madrid, que era regentado por el procesado Estanislao , hasta que el 23 de septiembre de 2013 logró escapar en un descuido de este, acudiendo al Consulado Chino, que estaba cerrado, por lo que acto seguido se dirigió en taxi a la comisaría más cercana.

La testigo NUM003 había llegado a España el 10 de septiembre de 2013, volando desde China hasta España vía Viena. Llegó al aeropuerto de Madrid Barajas en el vuelo NUM000 procedente de Viena, y fue recogida en el aeropuerto por los miembros del grupo que tenían encargado el traslado y vigilancia de las jóvenes, concretamente Largo y Nota . En esta ocasión les acompañaba también el jefe del grupo, Estanislao , a quien conocía la joven porque le había conocido en China, país en el que Estanislao le prometió que iba a venir a trabajar a España en una tienda de ropa o en un restaurante que tenía. Los tres le condujeron al chalet sito en la CALLE000 número NUM002 de Getafe, en cuyo interior los miembros del grupo le exigieron que se dedicara a la prostitución para pagar la deuda de 70.000 yuanes que todavía debía abonar, obligándola a ejercer la prostitución a pesar de que el deseo de la joven era el de que le devolvieran el pasaporte y regresar a su país.

Concretamente, la joven fue obligada por Largo a ejercer la prostitución en una primera ocasión, pagando el cliente 400 E que fueron inmediatamente cogidos por Largo . Cuando la joven protestó éste le contestó que hablara con el jefe, es decir con Estanislao .

TERCERO. La fuga de ambas jóvenes puso en alerta a los miembros del grupo, quienes no obstante explotaban más jóvenes de nacionalidad china para seguir dedicándose a la prostitución. Por esa razón, los miembros del grupo se pusieron en contacto con personas no enjuiciadas que les enviaban jóvenes desde China, adoptando precauciones en la recepción de las jóvenes, en vista de la huida de las dos primeras. En este contexto debe situarse la llegada a Madrid, vía París, de la testigo protegida identificada como NUM003 , quien accedió a venir a España abonando un total de 90.000 yuanes de los que adelantó 30.000. Al objeto de evitar la vigilancia que pudiera ejercer la policía española, el propio Flequi fue a buscarla a París, surgiendo diferencias entre Flequi y su mujer, Lina , quien le decía con insistencia que la joven llegaba a las 7:30 de la mañana al aeropuerto Charles de Gaulle, y él debía ir antes, para evitar que la joven se escapara, porque, decía Lina , "son de las que tienen tendencia escapar y hay que evitarle esa oportunidad". Efectivamente Flequi fue a recoger a la joven a París y ambos volvieron a España en vuelo de la compañía Air France 1600 París-Madrid.

Nada más llegar a Madrid, la joven fue conducida a la AVENIDA000 n° NUM004 de Móstoles, chalét al que se habían trasladado los miembros del grupo, una vez que abandonaron el chalét de la CALLE000 en Getafe.

A partir de ese momento la joven fue obligada a ejercer la prostitución para pagar la deuda pendiente, que le dijeron que ascendía todavía a 70.000 yuanes, siendo obligada a ejercer la prostitución en el chalét y en diversos hoteles a los que era trasladada.

La joven fue liberada el 18 de diciembre de 2013 a las 9:30 horas en el contexto de la entrada y registro llevada a cabo en la URBANIZACIÓN000 , AVENIDA000 n° NUM004 de Móstoles, entrada y registro autorizada por el Juzgado de Instrucción número cuatro de Getafe.

CUARTO. En el mismo contexto debe situarse también la situación en la que se encontraba la testigo protegida NUM003 , quien llegó a España hacia el mes de agosto o septiembre de 2012, habiéndosele exigido en China el pago de la suma de 120.000 yuanes. La testigo acudió también engañada, pensando que iba a trabajar, pero personas que no están identificadas ni enjuiciadas en esta causa le obligaron a dedicarse a la prostitución, a lo que se negó, por lo que recibió sendas palizas hasta que los miembros del grupo que la retenían consiguieron que se dedicara a la prostitución. Ese grupo Luego cedió a dicha joven al grupo cuyo caso es objeto de enjuiciamiento, siendo encontrada dicha joven cuando se procedió a la entrada y registro en el chalét sito en la citada AVENIDA000 n° NUM004 de la



www.civil-mercantil.com

URBANIZACIÓN000 de Móstoles, lugar en el que continuó ejerciendo la prostitución hasta que fue liberada. Es éste el caso más dramático de los cuatro; la joven reaccionó llorando y con absoluta incredulidad respecto de la situación de liberación de que estaba siendo objeto".

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

" FALLAMOS: Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a los acusados en los siguientes términos:

Por el delito A. Trata de personas con fines de explotación sexual previsto en el art. 177 bis lb 6 y 9 del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal, cometido en la persona de la Testigo protegida NUM001 , la pena de 8 años y 1 día de privación de libertad con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena para cada uno de los cinco acusados Estanislao , Marco Antonio , la acusada Lina , Ignacio y Borja , alias Nota .

Los cinco acusados abonarán conjunta y solidariamente la suma de 20.000 euros en concepto de indemnización a la víctima.

Los cinco acusados abonarán por iguales partes las costas devengadas por la comisión de este delito.

Por el delito B. Trata de personas con fines de explotación sexual, previsto en el art. 177 bis lb 6 y 9 del Código Penal , en concurso ideal con un delito de prostitución coactiva del art. 188.1 y 4 b del Código Penal , en relación con la perjudicada Testigo protegida NUM003 , sin la concurrencia de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 10 años y 1 día de privación de libertad, con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena para cada uno de los cinco acusados Estanislao , Marco Antonio , la acusada Lina y Ignacio y Borja , alias Nota .

Los cinco acusados abonarán conjunta y solidariamente la suma de 20.000 euros en concepto de indemnización a la víctima.

Los cinco acusados abonarán por iguales partes las costas devengadas por la comisión de este delito.

Por el delito C. Trata de personas con fines de explotación sexual, en concurso ideal con un delito de prostitución coactiva, ya calificados, cometidos en la persona de la perjudicada, Testigo protegida NUM006 , sin la concurrencia de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 10 años y 1 día de privación de libertad con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena para cada uno de los cuatro acusados Estanislao , Marco Antonio , la acusada Lina y Ignacio

Los cuatro acusados abonarán conjunta y solidariamente la suma de 20.000 euros en concepto de indemnización a la víctima.

Los cuatro acusados abonarán por iguales partes las costas devengadas por la comisión de este delito.

Por el delito D. Trata de personas con fines de explotación sexual, en concurso ideal con un delito de prostitución coactiva, ya calificados, cometidos en la persona de la perjudicada, Testigo protegida NUM003 , sin la concurrencia de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 10 años y 1 día de privación de libertad con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena para cada uno de los cuatro acusados Estanislao , Marco Antonio , la acusada Lina y Ignacio

Los cuatro acusados abonarán conjunta y solidariamente la suma de 20.000 euros en concepto de indemnización a la víctima.



www.civil-mercantil.com

Los cuatro acusados abonarán por iguales partes las costas devengadas por la comisión de este delito.

Por el delito E, delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, ya calificado, sin la concurrencia de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal, las siguientes penas:

8 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena para el acusado Estanislao , alias Gamba o Chato , en quien concurre la agravante de jefatura de la organización.

6 años y 1 día de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena para los acusados Marco Antonio , la acusada Lina , Ignacio y Borja , alias Nota .

Cada uno de los acusados abonará una quinta parte de las costas devengadas por la comisión de este delito.

Abónese, el tiempo que por razón de esta causa ha estado privado de libertad, sino fuera ya de abono en otra.

Asegúrense las responsabilidades que puedan derivarse de la presente causa.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de Casación, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por infracción de Ley o quebrantamiento de forma, en el plazo de CINCO DÍAS, a contar desde la última notificación.

COMUNIQUESE esta resolución al REGISTRO CENTRAL DE PENADOS Y REBELDES, una vez sea firme la sentencia".

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de Marco Antonio , Lina , Borja , Estanislao y Ignacio , que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

La representación de Estanislao :

PRIMERO. Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 852 LECRim ., y 5.4 LOPJ , por infracción del principio de presunción de inocencia del art. 24 CE

SEGUNDO. Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 852 LECRim ., y 5.4 LOPJ , por infracción del derecho a un proceso con todas las garantías de los arts. 24.1 y 2 y 18.3 CE

TERCERO. Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 852 LECRim . y 5.4 LOPJ , por infracción del derecho a un proceso público con todas las garantías del art. 24.1 y 2 CE .

CUARTO. Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º LECRim ., por aplicación indebida del art. 177 bis. 1-b), 6 y 9 CP .



www.civil-mercantil.com

QUINTO. Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º LECRim ., por aplicación indebida del art. 177 bis. 1-b), 6 y 9 CP . en concurso ideal con un delito de prostitución coactiva del art. 188.1 y 4-b) CP .

SEXTO. Por infracción de Ley, al amparo del art. 849 LECRim ., por aplicación indebida del art. 318 bis. 1 y 3 a) CP .

La representación de Ignacio :

PRIMERO. Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ por vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones previsto en el art. 18.3 CE

SEGUNDO. Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia previsto en el art. 24.2 CE .

TERCERO. Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ por vulneración del derecho fundamental de defensa en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías.

CUARTO. Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 24.2 CE .

QUINTO. Por infracción de Ley, por aplicación indebida de los arts. 188.1 y 4 b) y 177 bis CP

La representación de Borja :

PRIMERO. Al amparo del art. 5.4 LOPJ , por infracción de precepto constitucional, en concreto del art. 18.3 CE , derecho al secreto de las comunicaciones.

SEGUNDO. Al amparo del art. 849-1º, por inaplicación indebida de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas.

TERCERO. Al amparo del art. 5.4 LOPJ , por infracción de precepto constitucional, en concreto del art. 24.2 CE , que recoge el derecho a la presunción de inocencia.

CUARTO. Al amparo del art. 849.1º LECRim ., por aplicación indebida de los arts. 177 bis. 1-b), 6 y 9 , 188.1 y 4 y 318 bis. 3-a) CP .

QUINTO. Al amparo del art. 5.4 LOPJ , por infracción de precepto constitucional, en concreto del art. 24.1 CE que recoge el derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el art. 120.3 CE relativo a la motivación de las sentencias.

SEXTO. Al amparo del art. 849-2º LECRim ., por error en la apreciación de la prueba.

La representación de Marco Antonio y Lina :

PRIMERO. Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim . por infracción de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia, tutela judicial efectiva, proceso público con todas las garantías, que reconoce el art. 24.2 CE , en relación con el art. 53.1 del propio texto constitucional.

SEGUNDO. Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.2º LECrim . por error en la apreciación de la prueba.

TERCERO. Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.2 LECrim ., al haberse aplicado indebidamente el art. 177 bis 1-b), 6 y 9 CP

CUARTO. Por infracción de Ley, al amparo del art. 849-2 LECrim ., al haberse aplicado indebidamente el art. 318 bis. 1 y 3 CP .



www.civil-mercantil.com

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Por Providencia de esta Sala de fecha 20 de enero de 2017 se señala el presente recurso para fallo para el día 14 de febrero del presente año, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Preliminar.

La sentencia impugnada condena a los recurrentes como autores de cuatro delitos de trata de personas con fines de explotación sexual, en concurso con sendos delitos de prostitución coactiva, y como autores de sendos delitos contra los derechos de los trabajadores. Los cinco condenados, todos de nacionalidad china, formalizan una impugnación en la que alzan su queja cuestionando la formalidad del proceso, la correcta enervación de sus derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, a la tutela judicial efectiva, al derecho de defensa y a la presunción de inocencia.

Al respecto consideramos procedente una puntualización sobre la documentación de la instrucción, junto con un reconocimiento a la labor del tribunal de instancia. La causa se tramita ante un Juzgado de Instrucción que documenta la instrucción en 10 tomos en los que va recogiendo y uniendo las sucesivas diligencias de actuación, básicamente, intervenciones telefónicas y entradas y registros, solo con un criterio temporal de incorporación al sumario. Documenta las declaraciones de los acusados, al tiempo de su detención, si bien éstos se negaron a declarar a presencia policial y judicial. De igual manera respecto de las declaraciones de las perjudicadas, núcleo esencial probatorio, como prueba preconstituida. Era previsible que las perjudicadas, de nacionalidad china, regresaran a su país marchándose de España donde habían sufrido las calamidades que se relatan lo que requería de una actuación procesal previendo su desaparición en el proceso. Esa documentación se realiza en soporte digital, recogiendo en DVD, respecto del que las posibilidades de reproducción son, a menudo, difíciles pues los medios no son del todo idóneos y tampoco homogéneos. Su incorporación al sumario se realiza por fecha de la actuación, sin una edición mínima de su contenido y sin un índice de lo grabado.

Las funciones de un tribunal de revisión se complican extraordinariamente cuando las actuaciones de la instrucción judicial o el acta del juicio aparecen documentadas en soporte digital que, en muchas ocasiones no permiten una correcta recuperación de su contenido. En ocasiones, porque los receptores no están a la distancia adecuada, en otras, porque los intervinientes no realizan adecuadamente la grabación, colocando papeles sobre el micrófono, etc., lo que hace inaudible apartados de la declaración que son precisos en un proceso de revisión, como el que corresponde a esta Sala cuando conoce del alcance y contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia; sobre todo porque la función de documentación que compete al Letrado de la Administración de Justicia no se ha acomodado a las nuevas tecnologías. Esta documentación, si no se realiza en soporte papel, requiere al menos, incorporar, unos índices fáciles de utilizar, que hagan posible su recuperación, rápida y eficaz. Cuando en el conocimiento de este recurso se ha pretendido analizar las pruebas



www.civil-mercantil.com

preconstituídas de las perjudicadas la dificultad ha sido máxima. Tampoco ha contribuido a ello la labor instructora, limitada a incorporar resoluciones y actuaciones, sin un preciso orden que permita hacerse idea de la resultancia de la indagación judicial. Afortunadamente el tribunal de instancia documentó adecuadamente el juicio oral, incorporando a la sentencia las pruebas de carácter personal, que son relacionadas con la documentación de las intervenciones telefónicas. En ocasiones, hemos cuestionado la incorporación literal de manifestaciones de testigos, realizadas sin un análisis mínimo de su valoración, pero en esta ocasión su incorporación era precisa porque es la única constancia de su contenido, prueba que es esencial para la acreditación de los hechos de la acusación. La Sentencia también es clara en la motivación de la subsunción realizada y de la convicción. La transcripción del contenido de las declaraciones anticipadas de las perjudicadas nos permite acometer el contenido de la queja casacional posibilitando que constatemos la existencia de la precisa actividad probatoria.

Seguimos para la resolución de la impugnación, el orden que propone Ministerio fiscal en el informe que impugna.

RECURSO DE Estanislao

Primero.

Formaliza un primer motivo en el que cuestiona la correcta enervación de su derecho a la presunción de inocencia. Se centra en lo que considera insuficiencia de la prueba preconstituída para enervar su derecho, porque no fue practicada con las garantías precisas para la contradicción de la prueba.

En el relato fáctico se identifica a este recurrente como el jefe de la organización y conocido por los apodosos de "Gamba" y de "Chato". Es identificado en los vídeos que la perjudicada graba y cuya escapada da lugar al inicio de las investigaciones, y es quien regenta uno de los locales de los que se escapa la segunda testigo protegida.

El recurrente argumenta sobre el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, lo que nos evita destacar su contenido esencial, ya referido por el recurrente. Tan solo recordar que el derecho fundamental que alega como base fundamental de la impugnación a la sentencia exige de esta Sala que compruebe la licitud y la regularidad de la prueba, y superado este examen, el carácter de prueba de cargo y la racionalidad de la convicción obtenida desde la prueba practicada. Para ello es necesario comprobar los elementos que el tribunal ha empleado para formar su convicción y la argumentación de la sentencia desde la que podamos examinar la estructura racional de la prueba. Es un examen de la legalidad de la prueba, de su regularidad, del carácter de prueba de cargo y la racionalidad la motivación; es un examen no sujeto a la intermediación, y propio del que puede realizar un tribunal de revisión que no ha presenciado juicio y carece de la percepción inmediata de la prueba. Sobre todo va a ser un examen de las fuentes probatorias y de la estructura racional de la prueba.

Respecto de la prueba preconstituída esta Sala tiene una copiosa jurisprudencia que recuerda su posibilidad, su excepcionalidad, y los requisitos que deben guiar su práctica. Dijimos en la STS 840/2016, de 7 de noviembre que la "imposibilidad" de practicar una prueba testifical en el juicio oral, como en el caso de autos en el que las perjudicadas, que habían sido traídas a España con engaños laborales, cuando sea previsible que dicha comparecencia no llegue a realizarse en el juicio oral, es preciso acudir a mecanismos de aseguramiento de la prueba salvaguardando el derecho de defensa del acusado, por lo que tiene que sustituirse la declaración en el juicio por la reproducción videográfica de la grabación, de la exploración realizada durante la instrucción judicial de la causa, en cuyo desarrollo haya sido debidamente



www.civil-mercantil.com

preservado el derecho de las partes a introducir a los testigos cuantas preguntas y aclaraciones estimen necesarias, y ordinariamente practicada en fechas próximas a las de ocurrencia de los hechos perseguidos.

Reproducimos la STS 686/2016, de 26 de julio , en una cita amplia para dar idea del estado actual de la cuestión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre esta prueba.

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

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

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

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

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



www.civil-mercantil.com

69116/01, § 32, 14 de junio de 2001 ; y ? . c. Letonia, nº 14755/03, § 94, 24 de enero de 2008)".

En el mismo sentido la STS 680/2016, de 26 de julio , con cita de las STS 23/2015, de 4 de febrero , de 24 de febrero de 2009 y 10 de marzo de 2009, señala que la denominada prueba preconstituida, apostillada de "impropia" para diferenciarla de la prueba anticipada, y que se refiere a las pruebas testificales que ya en la fase sumarial se prevén como de reproducción imposible o difícil por razones que, aún ajenas a la propia naturaleza de la prueba, sobrevienen en términos que permiten anticipar la imposibilidad de practicarla en el juicio Oral. Estos supuestos se rigen en el procedimiento abreviado, por el art. 777 de la LECr , disponiendo que "cuando por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima o por otro motivo fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el Juicio Oral o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes".

Como ante el Juez de Instrucción no se satisface la inmediación, el precepto garantiza al menos una cierta inmediación de segundo grado o menor al exigir que esa diligencia ante el Instructor se documente "en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o bien -previendo quizá la secular falta de medios- por medio de acta autorizada por el Letrado de la Administración de Justicia con expresión de los intervinientes. En el procedimiento ordinario los preceptos correspondientes se encuentran en el art. 448 y 449 de la LECr cuyas exigencias son: a) En cuanto al presupuesto, que haya motivo racionalmente bastante para temer la muerte del testigo o su incapacidad física o intelectual antes de la apertura del Juicio Oral, o bien que el testigo, al hacerle la prevención referida en el art. 446 acerca de su obligación de comparecer para declarar de nuevo ante el Tribunal competente cuando se le cite para ello, manifieste: "la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse de la Península"; b) en cuanto al modo de practicarse: que se provea de Abogado al reo por su designación o de oficio "para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo"; que se le examine "a presencia del procesado" y de su Abogado defensor -a salvo el supuesto del art. 449- y a presencia del Fiscal y del querellante si quisieren asistir al acto, permitiéndoles las preguntas convenientes; que la diligencia consigne las contestaciones a estas preguntas y sea firmada por los asistentes; c) en cuanto a su introducción en el Juicio Oral, que en el acto de la vista se proceda a la lectura de esta diligencia de prueba preconstituida o anticipada, exigencia que, sin estar expresada en el art. 448, es de cumplimiento necesario por elemental observancia de los principios de inmediación, publicidad y contradicción. Así lo evidencia que lo exija el art. 777 en el procedimiento abreviado sin que tenga justificación alguna prescindir de lo mismo en el ordinario, referido como está a delitos de mayor gravedad y d) que además, la imposibilidad anticipadamente prevista durante el sumario, para comparecer al Juicio Oral, legitimadora de su anticipada práctica en aquella fase procesal, subsista después de ella, puesto que si por cualquier razón le fuera posible luego al testigo acudir al Juicio Oral, no puede prescindirse de su testimonio en ese acto ni se justifica sustituirlo por la declaración prestada según el art. 448 en la fase sumarial.

La jurisprudencia constitucional, por todas STC 22 de febrero de 2013 , ha condicionado la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial al cumplimiento de una serie de presupuestos y requisitos que hemos clasificado como: a) materiales -que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral-; b) subjetivos -la necesaria intervención del Juez de Instrucción-; c) objetivos -que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el Abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo-; y d) formales -la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art. 730 LECr ., o a



www.civil-mercantil.com

través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron en el juicio oral- (SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3 ; 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5 ; 12/2002, de 28 de enero, FJ 4 ; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2 ; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3 ; y 1/2006, de 16 de enero, FFJJ 3 y 4; 344/2006, de 11 de diciembre , FJ 4).

Expuesto lo anterior constatamos que desde la instrucción se atiende a que dada la naturaleza del delito las perjudicadas en el mismo, van a salir del país tan pronto se vean liberadas de la situación que las atenaza. Es relevante el análisis que la sentencia realiza respecto de la valoración de la testigo protegida NUM005 , de la que destaca el "atroz miedo" que padecía cuando fue liberada por la policía y son igualmente relevantes las afirmaciones contenidas en el peritaje del juicio oral sobre la situación de las víctimas, sus angustias y temores, y los informes psicosociales emitidos por la ONG Esperanza, donde fueron acogidas las víctimas, y ratificadas en el juicio oral. El juez instructor ordenó la práctica de la prueba anticipada respecto de las víctimas a la que no asisten las defensas de los imputados, al encontrarse secretas las actuaciones, y se vuelve a practicar una vez levantado el secreto, con asistencia de los letrados personados, a excepción de dos de los imputados que no han sido acusados.

El requisito de la contradicción se ha establecido con respecto a las garantías de la defensa de los imputados en los términos que hemos señalado.

Además el tribunal analiza y valora las declaraciones de los funcionarios policiales, del instructor y del secretario del atestado, con una impronta en la declaración en el juicio oral realmente importante, como es que las declaraciones en las que analizan los seguimientos y vigilancias, así como los registros, se acompañan de la lectura de actas y de las transcripciones de las intervenidos telefónicas que corroboran y apuntalan las declaraciones. Además, la resultancia de las entradas y registros en las casas en las que las testigos protegidas eran vigiladas por los acusados y en las que se intervienen pasaportes que habían sido retenidos por los acusados.

El tribunal también valora, como prueba de importancia, los ocho vídeos grabados por la primera de la testigo protegida cuando advierte que la exigían dinero, o dedicarse a la prostitución para pagar la deuda, con retención del pasaporte y la grabación de la comunicación con la organización en China para solventar las deudas existentes.

El testimonio de las testigos protegidas, practicadas en condiciones de legalidad y regularidad, aparece corroborado por las declaraciones de los funcionarios policiales y la resultancia de las entradas y registros y la intervenciones telefónicas, así como el visionado de los vídeos grabados pro al testigo protegida NUM001 que, en su declaración es asertiva respecto de la intervención en los hechos del recurrente al que reconoce e indica que era el que le exigió el pago de 70.000 yuanes a cambio de su pasaporte.

Constatada la existencia de la precisa actividad probatoria, el motivo se desestima

Segundo.

Denuncia en el segundo de los motivos de la impugnación formalizada la vulneración de su derecho fundamental a un proceso con las garantías debidas y al secreto de las comunicaciones. Argumenta sobre la insuficiencia de la denuncia de una testigo protegido, sin ninguna corroboración ni investigación por parte de la policía, y entiende que de acuerdo a la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional que la mera sospecha policial no autoriza a la injerencia en el secreto de las comunicaciones.

El motivo carece de base atendible y debe ser desestimado. La sentencia impugnada, al conocer de esta queja ya pone de manifiesto que "pocas veces se encuentra con una



www.civil-mercantil.com

justificación más clara para la injerencia acordada". Recordamos que se trata de una ciudadana china que acaba de huir de una vivienda en la que estaba recluida y siendo obligada a ejercerla prostitución y con el pasaporte retenido para el abono de una deuda consistente en la traída a España con una oferta laboral. Antes de huir ha grabado un vídeo con las personas que la tenían retenida y aparecen las exigencias económicas. Afirma que otras personas se encuentran en la misma situación de privación y de coacción para el ejercicio de la prostitución. Con esa denuncia y las corroboraciones a la misma la injerencia es procedente para garantizar el éxito de la liberación de la persona que se encontraban las condiciones en las que se recogen en la denuncia que da origen al procedimiento. Su adopción se apoya en prueba testifical, con indudable sentido de cargo importante, y apoyada en la grabación que concreta la agresión que es objeto de investigación.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

Tercero.

En el tercer motivo denuncia la vulneración del derecho a un proceso con garantías que entiende se conculcan al recibirse declaración a la testigo protegida NUM003 en una actuación preconstituida de esa declaración sin la presencia de los letrados de los imputados, por lo tanto sin respetar la necesaria contradicción en la práctica de la prueba.

El motivo ya ha sido resuelto en el primer fundamento de esa sentencia. Al tiempo de la declaración de esa testigo protegida la causa estaba declarada secreta y tampoco se encontraban detenidos los posteriormente imputados. Sólo existía una denuncia que hacía precisa su investigación y necesaria su indagación para conformar la precisa actividad probatoria que resulta de otros elementos de prueba distintos, como las grabaciones que esta testigo protegido realizó y que permiten la acusación y la condena. Igualmente las declaraciones de las otras tres testigos protegidos y los funcionarios policiales, así como la resultancia de las intervenciones y de las entradas y registros practicadas.

Es la única testigo que no llega a declarar con asistencia de los letrados de los imputados. Pero a los hechos que a ella se refiere se acreditan por pruebas distintas de su testimonio, suficiente para enervar el derecho a la presunción de inocencia. Así las grabaciones realizadas y las declaraciones de los funcionarios policiales. La declaración - denuncia- no permitía la asistencia de los letrados de los imputados pues todavía no existía concretas imputaciones contra los posteriormente investigados.

Cuarto.

En el cuarto de los motivos formaliza una impugnación por error de derecho al denunciar un error en la aplicación del precepto penal sustantivo que invoca, el art. 177. 1. b, apartados 6 y 9 del Código penal .

El motivo se desestima.

De acuerdo a nuestros pronunciamientos sobre el tipo penal objeto de la censura casacional, hemos declarado que en el delito de trata de seres humanos se requiere que el autor conozca la situación precedente de la captación de la víctima, y englobe su conducta en alguno de los verbos típicos de la acción. Y además que el delito no desaparece hasta que no concluya la vulnerabilidad, amenaza o intimidación a la víctima (STS 191/2015, de 9 de abril).

Además que la consideración exclusivamente personal de la dignidad como bien jurídico protegido por la norma, no toleraría fácilmente sancionar como un solo delito conductas tan reprochables como, por ejemplo, un transporte de un alto número de menores con finalidad de ser dedicadas a la trata de seres humanos.



www.civil-mercantil.com

De manera que nos hemos de pronunciar porque el delito de trata de seres humanos tiene un sujeto pasivo individual, y no plural, y así lo ha declarado esta Sala Casacional, como es el caso de la STS 178/2016, de 3 de marzo , que declara lo siguiente:

« El art. 177 bis del C. Penal castiga la trata de seres humanos, sea en España o desde España, empleando violencia, intimidación o engaño.... cuyas conductas típicas son la captación, el traslado, el transporte, el acogimiento, la recepción o el alojamiento con distintas finalidades, en el caso de autos la explotación sexual, siendo irrelevante el consentimiento de la víctima. Dado el bien jurídico protegido, libertad e indemnidad sexual de las víctimas, de naturaleza personal, se cometieron tantos delitos de trata de seres humanos como víctimas reseñadas en el factum».

El recurrente no discute los elementos de la tipicidad sino la falta de acreditación de la existencia de una organización y que el recurrente fuera jefe de la misma. Es decir, no discute la tipicidad sino la concurrencia de la precisa actividad probatoria sobre el apartado 6 del art. 177 bis del Código penal , extremo que resulta del relato fáctico, al tratarse de varias personas, cuatro, y resultar de las grabaciones y de las conversaciones entre los miembros del grupo, en China y España, que gestionaban la llegada de más personas, disponiendo de varias personas que se dedicaban a distintas actividades dentro del grupo, que comportan el transporte desde el lugar de llegada, aeropuerto o París, y su traslado al domicilio del recurrente. El reparto de funciones entre los varios intervinientes asegurando la traída, llegada y explotación de las víctimas permite subsumir en conducta en la organización.

El motivo, consecuentemente, se desestima.

Quinto.

Denuncia en el quinto de los motivos la indebida aplicación de los arts., 177 bis y 188 1 y 4 del Código penal . Su argumento no respeta el relato fáctico al discutir, no la subsunción sino la falta de acreditación de la intimidación para la determinación coactiva que requiere vaya dirigida a la prostitución. Su argumentación contradice abiertamente el relato fáctico que resulta de la actividad probatoria valorada en la sentencia, en particular, las declaraciones de las tres víctimas del hecho, las testigos protegidas que así lo afirmaron en sus declaraciones, y las pruebas referenciales a esos testimonios, como son las testificales de los funcionarios policiales y la responsable de la ONG de acogida a la que fueron dirigidas las víctimas del hecho, así como la pericial psicológica practicada.

Sexto.

En el último de los motivos de la oposición denuncia la indebida aplicación del art. 318 bis 1 y 3 del Código penal , vigente al tiempo de los hechos.

Como en los anteriores, el motivo no respeta el relato fáctico que refiere que el acusado pertenecía a una organización en la que con el apoyo de otros ciudadanos en China procedían a traer, bajo engaño, a personas ofreciendo una actividad laboral, haciéndolas venir a España sin observancia de la normativa expresa.

La falta de respeto al relato fáctico obliga a la desestimación del motivo.

RECURSO DE Ignacio

Séptimo.

En el primer motivo denuncia la vulneración de su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y arguye que el teléfono del coimputado Borja fue acordado sin indicar el



www.civil-mercantil.com

origen del conocimiento del número de móvil respecto al que se solicitaba la intervención y que las transcripciones de las conversaciones realizadas fueron realizadas por un intérprete del que se ignora su cualificación para esa realización.

El motivo se desestima. Nos remitimos al fundamento primero y segundo de esta Sentencia para la desestimación de la queja en lo referente a "a la ausencia de motivación de los autos habilitantes y a la ausencia de control judicial de la medida". También a la fundamentación de la sentencia para explicar la cadena de intervenciones a partir de los conocimientos que se iban obteniendo de las investigaciones realizadas, como los teléfonos de contacto. Sobre ellos no realiza ninguna objeción y se refiere a la intervención del teléfono 602062103, respecto al que el oficio policial sólo se refiere que se conoce "activadas las fuentes de información propias de este grupo operativo".

Se queja de esa expresión y cuestiona que no se hayan comunicado esas fuentes. El motivo carece de base atendible pues el juicio oral es el marco adecuado para interrogar a los órganos de la investigación sobre la regularidad de los mecanismos de investigación empleados y depurar los instrumentos de acreditación, indagando sobre ese origen y a su contestación habrá de estarse, para ratificar el carácter confidencial de esas fuentes o la posibilidad de conocer su origen. Lo que no es procedente ahora es que se pretende que esta Sala reproche el contenido de una indagación y pesquisa policial realizando conjeturas, como las que el recurrente trata de expresar; puesto que se desconoce. No es admisible establecer una presunción de irregularidad basada en meras conjeturas como la que se expresa.

Respecto al intérprete, el mismo acudió al juicio oral y expresó en su interrogatorio la forma en que realizó las transcripciones a instancias de la policía y del juzgado de instrucción. No estamos en condiciones, ahora en casación, de discutir la calificación del intérprete para la realización de la transcripción y traducción de las conversaciones grabadas. La afirmación del recurso reprochando al tribunal de instancia que "omitió en este punto que los intérpretes en ningún caso eran intérpretes cualificados y que, además, quedó acreditado en el plenario no tenían conocimientos necesarios para llevar a cabo su labor con exactitud", carece del soporte preciso para esa manifestación y para que como órgano de revisión, podemos adoptar una resolución como la que pretende el recurrente. La condición de intérpretes fue desarrollada en el juicio oral donde debió plantearse la cuestión que ahora deduce en el recurso.

Octavo.

En el segundo motivo denuncia la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia. En el motivo reproduce la prueba testifical de las testigos protegidas y cuestiona su realización como prueba preconstituida. Al tiempo, también cuestiona su calidad como elemento probatorio dadas las contradicciones que enumera. Por último, en cuanto a la restante prueba, la cuestiona dado el carácter referencial de las declaraciones de los funcionarios de policía y de los órganos encargados de la acogida de las testigos, y por último destaca un error de la prueba sobre la presencia del acusado en la grabación de vídeo realizada por la primera de las testigos protegidas, que dio origen a la investigación. En resumen, afirma que ha sido condenado "por ser chino y pobre".

El motivo se desestima. La regularidad de la prueba preconstituida ya ha sido analizada en el primer fundamento de esta Sentencia, y su calidad incriminatoria se refrenda por el reconocimiento de identidad realizado en sede judicial, y también se destaca su aparición en la grabación realizada por la primera de las testigos protegidas, identificada en la sentencia recurrida como NUM001. La testifical de los perjudicados, corroborados por la documentación intervenida, las declaraciones de los funcionarios policiales que realizaron la investigación,



www.civil-mercantil.com

frente a los reconocimientos de identidad realizados ponen de manifiesto la existencia de la precisa actividad probatoria.

Constatada la existencia de la precisa actividad probatoria, el motivo se desestima.

Noveno.

En el tercer motivo denuncia la vulneración de su derecho a un proceso con las garantías debidas en el que reprocha que en el enjuiciamiento no se ha dispuesto de un sistema de traducción simultánea al tiempo que reprocha la calidad de los intérpretes que intervinieron en el enjuiciamiento. Entiende que el derecho a la traducción de las actuaciones judiciales no se solventa con un intérprete para los cinco acusados, sino que era preciso disponer de una traducción simultánea para dar efectivo cumplimiento al derecho.

El motivo carece de base atendible. En primer lugar porque lo que el recurrente propone, además de tener difícil solución en un juicio de revisión como el que se plantea en esta casación, debió ser objeto de cuestionamiento en el juicio oral. En el acta no hay protesta alguna sobre la realización del juicio oral. En todo caso, la Ley procesal no prevé el sistema que el recurrente propone por otra parte, difícilmente compatibles con una administración de justicia infradotada.

En todo caso, las nulidades en los procesos deben ser denunciadas al tiempo de la producción de la lesión que se denuncia, para posibilitar un adecuado funcionamiento del servicio público de la justicia, y no esperar a la revisión para denunciar lo que ya no tiene remedio.

En un segundo apartado expresa a queja la incomparecencia de las testigos protegidas lo que le ha impedido actuar su derecho de defensa. Entiende que la mera expresión de las gestiones infructuosas por parte de la policía no es suficiente para entender que no residen en España y no han podido ser localizadas. También este apartado debe ser desestimado. No se alcanza a entender qué entiende el recurrente se tenía que haber realizado en el enjuiciamiento para declarar en ignorado paradero a las víctimas de los delitos cometidos por los acusados. Se trata de testigos contra las que no debe actuarse ninguna medida cautelar y precisamente por razón de su condición de víctimas, que han sido traídas a España en virtud de engaño y con promesas laborales, que han sido objeto de intimidaciones para el ejercicio de la prostitución, el juzgado racionalmente previó su incomparecencia y ordenó la realización de la prueba anticipada, en condiciones de contradicción efectiva, que se realizó con respecto a tres de las cuatro testigos protegidas, ordenando al realización del juicio y la citación para el mismo, no pudiéndose llevar a efecto al estar en ignorado paradero.

Décimo.

Se queja en el cuarto de los motivos de la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva al no motivarse en la penalidad del delito del art. 318 bis Cp . el ejercicio de la función jurisdiccional de individualizar la pena. Entiende que al expresarse en la sentencia que este recurrente pertenecía a la organización en un nivel inferior respecto de otros miembros, esa situación descrita implica una reducción de la pena.

El motivo se desestima. En la fundamentación de la sentencia se analiza la penalidad procedente al delito y distingue la que debe imponerse a quien resulta ser el jefe de la organización y a quien es partícipe en la misma, y dentro de ella tiene en cuenta que son cuatro las personas sobre las que se actúa. Por ello impone la pena en su extensión media de ocho años de prisión.



www.civil-mercantil.com

La individualización de la pena está correctamente formulada y explicada en la motivación por lo que se satisface el derecho a la tutela judicial efectiva que invoca en la impugnación.

Décimo primero.

Formaliza un último motivo en el que denuncia un error de derecho por la indebida aplicación del art. 177 bis y del art. 188 1 y 4 del Código penal . Entiende que se produce el error cuando se aplican las normas en la tipicidad resultante de la reforma producida en 2015.

La impugnación tiene un doble contenido. De una parte que se ha aplicado una tipicidad por delito de trata de personas, respecto a las cuatro testigos protegidas y perjudicadas en el delito, cuando dos de ellas no reconocen al acusado. La oposición carece de contenido pues ha de partirse del respeto al relato fáctico y este refiere que las conductas típicas con los perjudicados se realizaron en el seno del grupo al que el acusado pertenecía. La vía elegida en la impugnación no permite el cuestionamiento de la prueba.

En otro orden de argumentaciones denuncia que "se ha realizado una aplicación indebida de los artículos habida cuenta que se han utilizado versiones distintas del Código penal, mezclando la versión vigente con la vigente previa a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015". La impugnación no discute la naturaleza de norma penal más favorable que la nueva tipicidad establece y que el tribunal de instancia compara para acoger la subsunción más favorable de conformidad con las Disposiciones Transitorias de las reformas. Lo que el tribunal realiza, y no es discutido en la impugnación, y se constata la oportunidad de esa subsunción, comparando los preceptos antes y después de la reforma de los distintos tipos penales concurrente según las reglas del concurso real, y aplica la norma penal mas favorable, lo que no es discutido en el recurso.

RECURSO DE Borja

Décimo segundo.

Formaliza un primer motivo en el que denuncia la vulneración de su derecho al secreto de las comunicaciones con un contenido similar al que ha sido objeto de anteriores impugnaciones de los anteriores recurrentes, por lo que nos remitimos a la anterior argumentación para la desestimación del motivo.

Décimo tercero.

Denuncia en el segundo de los motivos de la impugnación el error de derecho por la inaplicación al hecho probado de la atenuación por dilaciones indebidas. En el desarrollo del motivo transcribe el contenido normativo de varios Tratados internacionales, entre ellos la Convención de los Derechos del Niño, y transcribe los fundamentos doctrinales y jurisprudenciales del derecho a un proceso sin dilaciones, lo que nos permite una referencia a su exposición para destacar el contenido esencial del derecho y la respuesta jurisdiccional para compensar la lesión al derecho invocado.

Para acreditar el presupuesto fáctico de la circunstancia de atenuación alega que los hechos acaecen el 17 de septiembre de 2013, y se inicia la investigación el mismo día, recae el auto de procesamiento el agosto de 2014 y la sentencia dos años después. En total tres años. No expresa ni paralizaciones en la tramitación ni su carácter de indebido, lo que hace que la desestimación sea procedente pues la atenuación se refiere a paralizaciones del procedimiento

que supongan un retraso injustificado de la causa que sea lesivo al derecho del imputado. El examen de la causa revela su complejidad, dado que los testigos han desaparecido tras la denuncia y los acusados no han colaborado en la indagación, siendo precisa una labor de investigación para comprobar las denuncias formuladas contra una organización que realiza conductas delictivas naturalmente clandestinas. Por otra parte, el número de imputados, cinco, exige los respectivos traslados de la causa para la formalización de los escritos de defensa, que propusieron números escritos y transcripciones que han supuesto una inversión temporal para su realización. No se detectan paralizaciones relevantes y tampoco se denuncia que sean indebidas

Décimo cuarto.

Formaliza un tercer motivo en el que denuncia la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia. En el recurso se apoya en las declaraciones de dos de las testigos protegidas, las cuales identifican al recurrente como taxista, que es la efectiva actividad del recurrente, para lo que aporta tarjetas de visita en las que ofrece sus servicios de transporte. Además, expresa que las grabaciones videográficas realizadas por una de las testigos no garantizan la correcta obtención de la grabación por lo que no pueden constituir una actividad probatoria lícita y regular.

El motivo se desestima. El recurrente era dentro de la organización un elemento de apoyo consistiendo su conducta en la conducción del vehículo en el que se desplazaban, desde el aeropuerto y cuando iban al karaoke en el que alternaban con terceras personas. Su labor no consistía solo en el transporte porque dadas las condiciones de obligatoriedad es razonable señalar que esa labor también comprendía la de vigilancia y control, pues las perjudicadas eran obligadas y coaccionadas al ejercicio de la prostitución. La segunda de las testigos también refiere que a este acusado se dirigió para que le devolvieran la maleta y la documentación, lo que permite afirmar la pertenencia al grupo, concluyendo la testigo el sentirse amenazada. El que, además, realizara labores de transporte como servicio de taxi, no resta eficacia fáctica al relato ni a la subsunción.

En lo referente a la grabación realizada por la primera de las testigos fue obtenida por una de las perjudicadas, recién llegada a España y recién iniciada las presiones para dedicarse a la prostitución, sin llegar a ejercerla porque se escapó, no sin antes grabar a los sujetos que la extorsionaban y la reclamaban dinero, lo que constituyó prueba documental sobre la verdad expuesta en la denuncia.

Décimo quinto.

Denuncia el error de derecho por la indebida aplicación al relato fáctico de los arts. 177 bis , 188 y 318 bis del Código penal , con una argumentación que no refiere errores en la subsunción sino falta de acreditación de los hechos, por lo tanto, una reiteración de la impugnación formalizada por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

El motivo se desestima. El motivo empleado en la impugnación debe partir de respeto al relato fáctico y ese refiere que el acusado, hoy recurrente, era integrante de la organización la cual realiza los hechos que se describen en el relato fáctico. La organización, precisamente, permite la realización de actos de naturaleza compleja a partir del reparto de funciones que, todas ellas, van dirigidas a la perfección del interés perseguido por el grupo, de manera que es el reparto de funciones el elemento que caracteriza a la organización. En el hecho probado el recurrente es un integrante de la organización dedicado a la conducción de las perjudicadas lo que lleva consigo participar en su vigilancia.



www.civil-mercantil.com

Consecuentemente, los actos realizados por la organización se imputan a cada uno de los miembros al pertenecer a la misma y colaborar en la ejecución del hecho por la organización.

Décimo sexto.

En este motivo denuncia la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva que se produce al carecer la sentencia impugnada de la precisa motivación. Argumenta que el tribunal se limita a reproducir el acta del juicio oral y carece de la motivación sobre la penalidad, denunciando la injusticia que supone condenar al recurrente a una pena, conjunta de 24 años por ser el transportista del grupo.

El motivo carece de contenido. Basta una lectura de la sentencia para comprobar lo infundado de la alegación. El tribunal sólo ha reproducido el contenido de las declaraciones de las perjudicadas, precisamente, para facilitar la impugnación de la sentencia, pues es el único momento en el que se documenta por escrito el contenido de la declaración. Pero junto a esas manifestaciones, suficientemente asertivas sobre el hecho imputado, destaca otras actuaciones de prueba que permiten la subsunción en los tipos penales que ven desde las declaraciones referenciales al hecho, por la policía y la organización de acogida, y la documental sobre los registros domiciliarios y las grabaciones realizadas.

En cuanto a la penalidad, y como se dijo respecto al anterior recurrente, el tribunal aplica la pena procedente a los tipos penales en concurrencia y distingue, en la imposición de las penas, según el grado de relación con la organización y dentro de cada tipo distingue la penalidad en función de la aportación de cada uno.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

Décimo séptimo.

Formaliza un último motivo por error de hecho en la apreciación de la prueba. Sin designar ningún documento, a efectos del recurso de casación, pretende una revaloración de la prueba. Para que quepa estimar que ha habido infracción de Ley por haber concurrido error en la apreciación de la prueba en los términos prevenidos en el artículo 849.2º de la LECrim la doctrina de esta Sala (entre otras muchas las SSTS 209/2012 de 23 de marzo ; 128/2013 de 28 de febrero ; 656/2013 de 28 de junio o la 475/2014 de 3 de junio) ha consolidado la exigencia de los siguientes requisitos: 1º) Que haya en los autos una verdadera prueba documental y no de otra clase (testifical, pericial, confesión), es decir que sea un documento propiamente dicho el que acredite el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado la Audiencia, y no una prueba de otra clase, por más que esté documentada en la causa; 2º) Que este documento acredite la equivocación del Juzgador, esto es, que en los hechos probados de la Sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento, por su propia condición y contenido, es capaz de acreditar; 3º) Que, a su vez, ese dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto, el Tribunal, que conoció de la causa en la instancia, habiendo presidido la práctica de todas ellas, y habiendo escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultades para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el artículo 741 de la LECrim .; 4º) Por último, es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto que 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

www.civil-mercantil.com

reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos, de hecho o de derecho, que no tienen aptitud para modificar (STS 27 de enero de 2015)

Las tarjetas de visita con las que al parecer, el recurrente ofrece su servicios, no acredita otra cosa que su existencia pero no permite tener por probado un error sobre la participación en el hecho del acusado en las funciones encomendadas dentro de la organización.

Consecuentemente el motivo se desestima.

RECURSO DE Marco Antonio Y Lina

Décimo octavo.

Estos recurrentes ocupan en la organización un nivel intermedio, recibiendo en su vivienda a las perjudicadas en los delitos, donde eran custodiadas y de donde salían para ir a los locales donde ejercían la prostitución.

Formalizan un primer motivo en el que denuncian la vulneración de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías en el que se quejan de la valoración dada a las declaraciones de las perjudicadas, cuya veracidad cuestionan, y la irregularidad de las intervenciones telefónicas.

Los extremos denunciados ya han sido objeto de anteriores respuestas en otros motivos de impugnación. Referir respecto de estos recurrentes que han sido reconocidos por las perjudicadas como el matrimonio en cuya casa eran alojadas y de la que salían para ejercer actos de prostitución a la que eran obligadas. Las denuncias sobre los errores de los interpretes en la traducción de las conversaciones telefónicas son ajenas al contenido del derecho que fundamenta la oposición, y las objeciones fueron objeto de debate en el juicio oral preguntando a los intérpretes sobre las dificultades de la traducción y cómo reflejaron su trabajo exponiendo su resultancia con expresión de lo que era inentiligible.

Décimo noveno.

En el segundo motivo denuncia un error de hecho en la valoración de la prueba para lo que designa las declaraciones de las testigos protegidas sobre las que realiza una valoración distinta a la del tribunal. Como hemos señalado anteriormente, las declaraciones personales no son el documento acreditativo del error con virtualidad de declarar un error en el relato fáctico.

Vigésimo.

Analizamos conjuntamente los motivos tercero y cuarto en los que denuncia sendos errores de derecho al denunciar la errónea subsunción del relato fáctico en los tipos penales de los arts. 177 bis, en el tercero y 318 bis del Código penal , en el cuarto. En los dos motivos cuestiona la aplicación de la norma indicada a unos hechos que no considera probados. Por lo tanto la desestimación es procedente cuando el propio recurrente prescinde del relato fáctico para discutir su acreditación.

III. FALLO

F A L L A M O S: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley, de precepto constitucional y



www.civil-mercantil.com

quebrantamiento de forma interpuesto por las representaciones de los acusados Marco Antonio , Lina , Borja , Estanislao y Ignacio , contra la sentencia dictada el día 2 de junio de 2016 por la Audiencia Provincial de Madrid , en la causa seguida contra ellos mismos, por delitos de trata de personas y contra los derechos de los trabajadores. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas causadas correspondientes a sus recursos . Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Jose Ramon Soriano Soriano Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Ana Maria Ferrer Garcia Juan Saavedra Ruiz

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Andres Martinez Arrieta , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

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