

Roj: STS 487/2014  
Id Cendoj: 28079120012014100080  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 10576/2013  
Nº de Resolución: 53/2014  
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO  
Ponente: CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON  
Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Febrero de dos mil catorce.

En el recurso de casación que ante Nos pende, interpuesto por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional por la representación de Jose Enrique y Serafina contra sentencia de fecha 6 de febrero de 2.013, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Novena , en causa seguida a los mismos por delitos de **trata de seres humanos** e inducción a la prostitución, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados, por la Procuradora D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Jesús González Díez, y como recurrida la Acusación Particular, la Generalitat de Cataluña, representada por el Procurador D. Francisco Miguel Velasco Muñoz-Cuellar.

## I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 17 de Barcelona instruyó Sumario con el número 1/2012, y una vez concluso lo remitió a la Sección Novena de dicha Audiencia, que con fecha 6 de febrero de 2014, dictó sentencia que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: "Se declara probado que:

1º) El 18 de diciembre de 2010, la menor Eloisa -, de nacionalidad rumana, contando 16 años de edad pues nació el NUM000 /94, fue internada en el centro de Menores "La Colomba" sito en la ciudad de Tortona en Italia, al que fue trasladada tras haber sido identificada por la policía italiana mientras ejercía la prostitución en la vía pública junto a su prima Serafina (en adelante Salvadora ) nacida en Rumania el NUM001 /85 con carta de identidad NUM002 , sin antecedentes penales y en prisión provisional por esta causa desde el 6/8/11, a la que entregaba el dinero que obtenía y con la que se había traslado desde Rumania a este efecto al menos cinco meses antes, alojándose ambas en la casa que Salvadora tenía en Assandria junto a su padre y a su hermana Hortensia .

2º) Durante la estancia en el Centro la menor mantuvo contacto con su prima Salvadora la cual, puesta de común acuerdo y en connivencia con Jose Enrique (en adelante Modesto ), apodado " Farsante ", nacido en Albania el NUM003 /87, con pasaporte NUM004 , sin antecedentes penales y en prisión provisional por esta causa, que era su pareja sentimental propició y la convenció para que abandonara el centro sin autorización de los responsables cuando contaba 17 años con el fin de traerla a Barcelona para ejercer la prostitución, omitiéndole esta circunstancia y convencéndola de que en Barcelona tendría una vida mejor, aprovechándose de que la menor no tenía otros familiares y de la confianza de la misma en su prima, hasta el punto de que para ella era la persona de referencia.

3º) A tal efecto, Salvadora con el pasaporte de su hermana Hortensia (mayor de edad) num. NUM005 compró un billete de bus para Barcelona para Eloisa la cual se hizo pasar por Hortensia viajando ambas el día 11.7.11 en el itinerario Tortona Barcelona.

4º) Ya en Barcelona las recibió Modesto y se trasladaron los tres a la pensión "Tarrason" en calle Hospital num. 101 de Barcelona, registrando Modesto a Eloisa con el pasaporte de de Hortensia , ocupando todos la habitación NUM006 , pagándose diariamente la cantidad de 55 euros por la citada habitación.

5º) Modesto , que había llegado con anterioridad a la ciudad, indicó a las mujeres, el lugar concreto donde debían ejercer la prostitución en la Avda. Paralelo de Barcelona. Eloisa ofrecía sus servicios en el citado lugar desde las 10.30 horas a las 2.30 de la madrugada cada día, siendo vigilada por Modesto a quien entregaba todo el dinero que obtenía, y que además se encargaba de su seguridad en la zona. Esta situación se mantuvo hasta el día 5 de agosto de 2011.

6º) Eloisa estuvo utilizando el pasaporte de Hortensia hasta que en un momento determinado le robaron el bolso, facilitándole entonces Modesto una fotocopia de la carta italiana ( NUM007 ) a su nombre en la que aprecia alterada la fecha de nacimiento constando 1992 en lugar de 1994, siendo este número 2 último el que presenta diferente tipografía y tamaño en relación al resto de la cifra, ello para aparentar que tenía 19 años y no 17 como era en realidad.

7º) El 5 de agosto de 2011 Eloisa , que había recibido una llamada desde la fiscalía de Turin (con el nº NUM008 ) acudió a la Comisaria de la Guardia Urbana para exponer los hechos, después que Modesto apodado " Farsante " la hubiera golpeado, como ya había ocurrido al menos en otra ocasión sin que conste se le causara lesión alguna, manteniendo con ella un trato vejatorio.

8º) Desde comisaria fue trasladada a un centro de acogida, dependiente de la Generalitat de Catalunya, y el 29 de febrero de 2012 la Dirección General de Atención a la Infancia declaró su situación de abandono y asumió las funciones tutelares.

9º) Con ocasión del abandono del centro de Tortona en el que residía en Italia, las autoridades de dicho país emitieron una orden de protección de persona menor de edad desaparecida, vigente en el sistema de información del espacio Schengen.

10º) Cuando Eloisa y Salvadora viajaron a Barcelona, las autoridades italianas habían iniciado un procedimiento judicial contra Salvadora con el nº 35688/10 de la Fiscalía de Torino, por inducción a la prostitución de menor de edad en relación a Eloisa , por los hechos acaecidos en Italia.

11º) En el momento en que se notificó el auto de apertura de juicio oral en fecha 30/10/12, y se señaló fecha para este juicio, Eloisa que estaba en España, se marchó a Rumania con la excusa de regularizar su documentación en Rumania, aun teniendo billete de vuelta desde el piso tutelado y pagado por la Generalitat, no compareciendo en el acto de la vista".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó la siguiente Parte Dispositiva:

FALLAMOS: "Condenamos a Jose Enrique y Serafina como autores de un delito de **trata de seres humanos** del artículo 177.1º, 4º y 9º ya definidos y de un delito de inducción a la prostitución del artículo 188, 1º y 2º, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de ocho años y un día de prisión por el delito de **trata de seres humanos** y de cuatro años y seis meses de prisión por el delito de inducción a la prostitución, y a Serafina , en ambos delitos la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena así como al pago de las costas procesales, por mitad incluidas las de la acusación particular.

Como responsabilidad civil abonarán de forma solidaria a Eloisa la cantidad de 10.000 euros, en concepto de indemnización por daños y perjuicios.

Provéase sobre la solvencia de Jose Enrique y Serafina .

Para el cumplimiento de la pena que se le impone declaramos de abono todo el tiempo que hayan estado privados de libertad por esta causa, siempre que no les hubiera sido computado en otra.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, dentro del plazo de cinco días.

Expídanse copia certificada y remítase a las autoridades Italianas que acordaron la custodia de la menor, así como ante las que se sigue el procedimiento contra Salvadora . Remítase copia de la sentencia al Equipo Técnico de Asesoramiento Penal para su conocimiento."

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, se preparó contra la misma recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional por la representación de Jose Enrique y Serafina que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las pertinentes certificaciones para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación de los recurrentes formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Quebrantamiento de forma al amparo del art. 850.4º de la L.E.Crim., por haberse desestimado preguntas por impertinentes, no siéndolo y teniendo importancia para el juicio oral. SEGUNDO: Infracción de precepto constitucional del art. 852 de la L.E.Crim., en relación con el 5.4 de la L.O.P.J., al entenderse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución. TERCERO: Infracción de precepto constitucional del art. 852 de la L.E.Crim., en relación con el 5.4 de la L.O.P.J., por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 de la Constitución Española. CUARTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., por indebida aplicación de los artículos 188.1 y 2 del Código Penal. QUINTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., por indebida aplicación del art. 177 bis 1, 4 y 9 del Código Penal. SEXTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., por falta de aplicación del art. 187 del Código Penal.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, quedaron los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento han tenido lugar la votación y fallo prevenidos el veintitrés de enero pasado.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .-La sentencia impugnada, dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, condena a los recurrentes como autores de un delito de **trata de seres humanos** y otro de inducción a la prostitución. Frente a ella se formula el presente recurso, fundado en seis motivos, por vulneración constitucional, quebrantamiento de forma e infracción de ley.

Los hechos, en síntesis, consisten en que en julio de 2011, los condenados Jose Enrique, albanés, y Serafina, rumana, convencieron a la menor Eloisa, también rumana, para que abandonase el Centro de Protección de Menores italiano en el que se encontraba, y se trasladase a Barcelona, con documentación falsa correspondiente a una hermana de Salvadora. Una vez allí la dedicaron durante varias semanas a la prostitución callejera, apropiándose Modesto del dinero que obtenía, hasta que, después de haber sido golpeada por Modesto, la menor denunció los hechos el 5 de agosto de 2011.

**SEGUNDO** .- El primer motivo del recurso interpuesto, por quebrantamiento de forma al amparo del art 850 4º de la Lecrim, alega desestimación de preguntas por impertinentes, no siéndolo en realidad, refiriéndose a una pregunta formulada durante la declaración de la menor celebrada como prueba preconstituida ante el Instructor, relativa a los hechos ocurridos en Italia antes del traslado de la menor a Barcelona. La pregunta fue inadmitida por referirse a hechos situados fuera de la jurisdicción española, estimando la parte recurrente que era relevante y pertinente como antecedente del delito de **trata** y porque la sentencia incluye en su relato fáctico los hechos ocurridos en Italia.

La primera cuestión que se plantea, como con acertado criterio señala la ilustre representante del Ministerio Fiscal al impugnar el motivo de recurso, consiste en preguntarse si es recurrible directamente en casación la inadmisión de una pregunta por el Instructor durante una declaración practicada como prueba preconstituida.

En una primera apreciación podría responderse afirmativamente a esta cuestión dado que dicha diligencia se integra, caso de incomparecencia de la testigo al juicio oral, como prueba equivalente a la practicada en dicho acto, y en consecuencia esta Sala ha establecido que, como norma general, se aplican a la prueba preconstituida las reglas de ejecución de la prueba aplicables a su práctica en el juicio oral ( STS 788/2010, de 22 de septiembre y 685/2012, de 20 de septiembre, entre otras).

Pero esta asimilación no puede alcanzar a hacer directamente recurrible en casación una decisión del Instructor. La Ley de enjuiciamiento criminal limita la procedencia del recurso a sentencias o autos dictados por los Tribunales Superiores de Justicia o Audiencias ( arts. 847 y 848 Lecrim ), excluyendo las decisiones adoptadas por los Jueces de Instrucción, y la regulación específica de este motivo (en relación con el anterior, art 850 3º), limita su interposición a decisiones adoptadas por el Presidente del Tribunal, ya en audiencia pública, ya en alguna diligencia que se practique fuera de ella.

Desde el punto de vista del contenido material del recurso, esta posibilidad conduciría al absurdo. El objeto de los motivos casacionales por quebrantamiento de forma ( art 901 bis Lecrim ) consiste en la subsanación del defecto formal cometido, reponiendo la causa al momento en que se cometió la falta, y en el caso de los motivos prevenidos en los números 3º y 4º del art 850, consiste específicamente en la repetición del juicio para que se puedan reformular las preguntas denegadas. Pero en el supuesto de una preconstitución

de prueba, seguida de la incomparecencia del testigo ante el Tribunal por imposibilidad material de hacer efectiva la comparecencia, la estimación del motivo sería inane, dado que la repetición del juicio en ningún caso permitiría subsanar la falta.

En consecuencia, las cuestiones suscitadas durante dichas diligencias deben someterse al régimen de recursos ordinario relativo a las resoluciones del Instructor, para que, en su caso, puedan estar resueltas mientras todavía sea posible subsanar las faltas cometidas contando con la presencia del testigo. Y, en cualquier caso, pueden suscitarse en esta alzada a través del art 852 Lecrim , si se acredita que han ocasionado indefensión, lo que no sucede en el caso actual como se analizará en el motivo correspondiente.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

**TERCERO** - El segundo motivo alegado por la parte recurrente, al amparo de los arts. 852 Lecrim y 5 4º LOPJ , alega vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia. Consideran los recurrentes que no se ha acreditado que concurriese violencia, intimidación, engaño o abuso como exige el art 177 bis CP para que la menor, Eloisa , que ya venía ejerciendo la prostitución primero en Rumanía y después en Italia, se trasladase a Barcelona para ser explotada sexualmente.

El motivo carece de fundamento. El párrafo segundo del art 177 bis establece expresamente que aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior (violencia, intimidación, engaño, o abuso de una situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima), **se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.**

En consecuencia acreditada la menor edad de la víctima, como sucede en el caso actual, y siendo manifiesta la finalidad de explotación, concretada en la dedicación de la menor a la prostitución en Barcelona, como se señalará posteriormente, no se precisa acreditar de modo específico la utilización de los medios a que se refiere el apartado primero del precepto.

**CUARTO** - En cualquier caso, la declaración de la víctima, prestada a través de prueba preconstituida, constituye en el caso actual una prueba contundente. La víctima declaró que cuando se encontraba en un Centro de Menores de Tortona (Italia) fue convencida por su prima Salvadora (pareja de hecho de Modesto ), para que se trasladase con ella a Barcelona con la promesa de que llevarían una vida mejor. Su prima, con la colaboración de Modesto , le consiguió una documentación para simular ser mayor de edad (el pasaporte de Hortensia , una hermana de Salvadora , bajo cuya identidad viajó la menor), le compró el billete de autobús, y la acompañó a Barcelona. Modesto la acogió, y alojó en una pensión, con la identidad de Hortensia , le indicó el lugar donde debía ejercer la prostitución, la vigilaba durante dicho ejercicio y le retiraba después la totalidad del dinero percibido. Cuando le robaron el bolso, con la documentación de Hortensia , Modesto le proporcionó una nueva documentación, consistente en una fotocopia de su carta de identidad, con la fecha de nacimiento alterada, para aparentar que era mayor de edad. Después de que Modesto la golpeará, y al recibir una llamada de la Fiscalía de Turín, que la buscaba por haberse escapado del Centro de menores, y que le recomendó que acudiese a la policía española, denunció los hechos.

Esta declaración está avalada por una abrumadora serie de elementos objetivos de corroboración. En la Comisaría de Policía se comprobó el registro de una llamada de la Fiscalía de Turín en el móvil de la menor. También comprobó la policía que la menor se había registrado en la pensión, con el nombre y documentación de Hortensia , correspondiente a la hermana de Salvadora , declarándolo asimismo en el juicio un empleado de la pensión y comprobándose en el registro. Consta en autos como prueba documental la carta de identidad italiana con el año de nacimiento modificado, conforme a lo relatado por la víctima, que afirmó que esa era la documentación que le había proporcionado Modesto , cuando le robaron el bolso con el pasaporte de Hortensia . Los dos acusados reconocieron que la menor se dedicaba a la prostitución, tanto en Italia como en España, afirmando que lo hacía por su cuenta y que había venido voluntariamente a España, pero consta que ya en Italia se seguía un procedimiento contra Salvadora por inducción a la prostitución de la menor, por lo que es coherente que fuese Salvadora quien impulsase la huida de ambas a España para sustraerse de dicho proceso. Este hecho se confirma por la utilización como cobertura de la documentación de la hermana de Salvadora , que es evidente que solo la propia Salvadora pudo proporcionar a la menor.

Consta asimismo que fue Modesto quien se encargó de buscarle la pensión a la menor, y de alojarla allí con nombre falso, lo que integra las acciones típicas de acoger, recibir y alojar, a las que se refiere el art 177 bis CP .

La afirmación de que Modesto se apropiaba del dinero recibido por la menor aparece avalada por el dato de que cuando la policía acompañó a la menor a la pensión no se encontró dinero alguno entre sus pertenencias, lo que no es coherente con el hecho de que una joven de diecisiete años de edad llevase practicando la prostitución en Barcelona durante varias semanas e indica que alguien se estaba aprovechando de su explotación como prostituta, identificando la menor a Modesto, sin la menor duda, como la persona que la explotaba.

En definitiva, el Tribunal sentenciador califica la declaración de la víctima como persistente, sin contradicción relevante y avalada por corroboraciones periféricas muy convincentes, lo que implica su suficiencia como prueba de cargo. El motivo debe ser desestimado.

**QUINTO** .- El tercer motivo de recurso, al amparo del art 852 de la Lecrim y 5 4º de la LOPJ, alega vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías. Considera la parte recurrente que no se han agotado los medios para que la víctima hubiese acudido a declarar en el juicio, y que esta declaración era necesaria precisamente por las contradicciones entre las manifestaciones de la menor.

Como recuerda la reciente STS 220/2013, de 21 de marzo, la doctrina del Tribunal Constitucional referida a la exclusiva validez a los efectos de enervar la presunción constitucional de inocencia de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, admite determinadas excepciones.

En la STC del Pleno de 28 de febrero de 2013 se resume esta doctrina diciendo:

*" a) No está de más recordar que, como regla general, sólo pueden considerarse pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolle ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia; de manera que la convicción sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados a tal fin por las partes (por todas, SSTC 182/1989, de 3 de noviembre, FJ 2 ;195/2002, de 28 de octubre, FJ 2 ;206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2 ;1/2006, de 16 de enero, FJ 4 ;345/2006, de 11 de diciembre, FJ 3).*

*Ahora bien, junto a ello, también hemos reiterado "que esa idea no puede entenderse de manera tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias judiciales y sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, siempre que puedan constatarse en el acto de la vista y en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción" ( SSTC 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3 ;1/2006, FJ 4 ;344/2006, de 11 de diciembre, FJ 4 b).*

*En este sentido, ya desde la STC 80/1986, de 17 de junio, FJ 1, nuestra doctrina ha admitido, también expresamente, que dicha regla general permite determinadas excepciones a través de las cuales es conforme a la Constitución, en limitadas ocasiones, integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias sumariales de investigación si las mismas se someten a determinadas exigencias de contradicción.*

*En concreto, hemos 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 Lecrim, o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron en el juicio oral-*** ( 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 c ).

*Como recuerda la citada STC 345/2006, FJ 3, en aplicación de esta doctrina hemos admitido expresamente en anteriores pronunciamientos "la legitimidad constitucional de las previsiones legales recogidas en los artículos 714 y 730 Lecrim, siempre que 'el contenido de la diligencia practicada en el sumario se reproduzca en el acto del juicio oral mediante la lectura pública del acta en la que se documentó, o introduciendo su contenido a través de los interrogatorios ( STC 2/2002, de 14 de enero, FJ 7), pues de esta manera, ante la rectificación o retractación del testimonio operada en el acto del juicio oral ( art. 714 Lecrim ), o ante la imposibilidad material de su reproducción ( art. 730 Lecrim ), el resultado de la diligencia accede al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de toda actividad*

*probatoria: publicidad, intermediación y contradicción" ( SSTC 155/2002, de 22 de julio, FJ 10 , y 187/2003, de 27 de septiembre , FJ 4)". De esta forma se posibilita que el contenido de la diligencia se someta a confrontación con las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral.*

*En este contexto, "el Tribunal Europeo de Derechos **Humanos** ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción no lesiona en todo caso los derechos reconocidos en los párrafos 3 d ) y 1 del art. 6 CEDH , **siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado** ; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor bien cuando se prestan, bien con posterioridad ( SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski , § 41 ; 15 de junio de 1992, caso Lüdi , § 47 ; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros, § 51).*

*Como el Tribunal Europeo ha declarado (Sentencia de 27 de febrero de 2001, caso Lucà , § 40), 'los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario" ( STC 344/2006 , FJ 4 d)".*

**SEXTO** .- Esta misma Sala acogió tempranamente esta doctrina, ya citada, por ejemplo, en las sentencias de 20 de septiembre , 4 de octubre, (núm. 640) y 9 de diciembre (núm. 974) de 1996 , entre otras muchas.

*En la STS 640/96, de 4 de octubre , decíamos que las diligencias practicadas en la instrucción no constituyen, en sí mismas, pruebas de cargo (S.S.T.C. 101/1985, 137/1988, 161/1.990, o S.S.T.S. Sala Segunda de 31 de Enero , 2 de Marzo o 15 de Junio de 1.992 ) , sino únicamente actos de investigación cuya finalidad específica no es propiamente la fijación definitiva de los hechos, sino la de preparar el juicio ( art. 299 Lecrim ) proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y para la defensa.*

*Pero esta doctrina no debe entenderse en un sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias instructoras, constituyendo también doctrina consolidada (S.S.T.C. 80/1986, 82/1988, 201/1989, 217/1989, 217/1989, 161/1990, 80/1991, 282/1994 y 328/1994 y de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo de 23 de Junio y 6 de Noviembre de 1.992 , o 3 de Marzo de 1.993 ) , que **puede otorgarse valor probatorio a dichas diligencias sumariales siempre que se hayan practicado con todas las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen y que sean efectivamente reproducidas en el juicio oral en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción.***

**SÉPTIMO**.- De manera más reciente en numerosas sentencias de esta Sala (STS núm. 134/2010 de 2 de diciembre , entre otras muchas) hemos reiterado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción resulta constitucionalmente aceptable siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado, esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor, bien cuando se prestan, bien con posterioridad.

Y en concreto, hemos condicionado la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial al cumplimiento de una serie de requisitos que, siguiendo la doctrina constitucional, hemos clasificado como: materiales (su imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral), subjetivos (la necesaria intervención del Juez de Instrucción), objetivos (que se garantice la posibilidad de contradicción y la asistencia letrada al imputado, a fin de que pueda interrogar al testigo) y formales (la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme al art. 730 Lecrim , o a través de los interrogatorios), lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a contradicción en el juicio oral ante el Juez o Tribunal sentenciador (STS 365/2012, de 15 de mayo ).

Matizando asimismo que lo que la doctrina constitucional garantiza no es la contradicción efectiva, sino la posibilidad de contradicción ( SSTC 200/1996, de 3 de diciembre y 142/2006, de 8 de mayo o entre las más recientes STC 151/2013, de 9 de septiembre), por lo que el principio de contradicción se respeta, no sólo cuando el demandante goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando la efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable ( SSTC 80/2003, de 28 de abril , 187/2003, de 27 de octubre y 142/2006, de 8 de mayo ).

**OCTAVO** .- Concretando los supuestos de imposibilidad material que permiten utilizar la vía del art. 730 de la Lecrim , ha de recordarse que esta medida está establecida para los casos en que no siendo posible que se preste la declaración testifical en el Juicio Oral la imposibilidad se debe a factores sobrevenidos e inevitables, es decir cuando, por causa independiente de la voluntad de las partes, una determinada diligencia no puede ser reproducida en el Juicio Oral.

Así sucede en los casos de testigo fallecido o con enfermedad grave, en los casos de testigos en ignorado paradero o ilocalizables y en el caso de testigos en el extranjero, con ciertas matizaciones ( Sentencias de 26 marzo de 1995 , 25 mayo de 1996 , 27 diciembre de 1999 , entre otras muchas, y entre las más recientes STS 365/2012, de 15 de mayo y STS 220/2013, de 21 de marzo ).

**NOVENO** .- En el caso actual concurren todos los requisitos necesarios para la validez probatoria de la prueba preconstituida, consistente en la declaración de la víctima Eloisa .

Concurre el requisito material, dada la imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral de la declaración de la testigo, al encontrarse en ignorado paradero, tratándose de una ciudadana extranjera que había abandonado el territorio español, no siendo posible su localización. Consta en las actuaciones que la testigo se marchó a su país de origen con fecha 23 de noviembre de 2012, con billete de retorno para el 10 de diciembre de 2012, pero no regresó, resultando fallidas todas las gestiones realizadas para averiguar su paradero y ponerse en contacto con ella, por lo que no resultó posible obtener su comparecencia al juicio señalado para el 24 de enero de 2013.

Constituye una norma de experiencia que en los delitos de **trata de seres humanos** la presión sobre los testigos-víctima sometidos a la **trata** y explotación, es muy intensa, por lo que el recurso a la prueba preconstituida debe ser habitual ante la muy probable incidencia de su desaparición, huida al extranjero e incomparecencia al juicio oral, motivada ordinariamente por el temor a las eventuales consecuencias de una declaración contra sus victimarios.

Concurre el requisito subjetivo, pues la declaración a la que se dio lectura fue prestada en el sumario, en presencia y con intervención del Juez de Instrucción, como consta en los folios correspondientes de las actuaciones.

Concurre el requisito objetivo, pues consta que en la declaración sumarial estuvieron presentes los abogados de los imputados, garantizándose la posibilidad de contradicción y el derecho fundamental a la asistencia letrada de los imputados, a fin de que pueda interrogar al testigo. Por ello la incomparecencia al juicio no causó indefensión alguna a los acusados, pues en ese momento anterior, con todas las garantías, tuvieron la oportunidad de someter la declaración a contradicción, planteando las preguntas que tuvieron por conveniente.

Tampoco el hecho de que en la prueba preconstituida se hubiesen limitado las preguntas relativas al procedimiento anterior seguido en Italia contra Serafina , ha podido ocasionar indefensión alguna, pues los detalles de dicho procedimiento anterior son irrelevantes para el enjuiciamiento del hecho objeto de acusación y condena en esta causa. El hecho objeto de enjuiciamiento se inicia y se consume con posterioridad, cuando se convence a la menor para trasladarse a España, se le proporciona documentación falsa para ello, se la acompaña en el propio autobús, y se la recibe, acoge y aloja en Barcelona, dedicándola a la prostitución, hechos debidamente acreditados, en los que no ejercen una influencia determinante para la subsunción los hechos antecedentes ocurridos en Italia.

Y concurre el requisito formal, pues se procedió formalmente en el juicio a la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo previsto en el art. 730 Lecrim ., y según consta debidamente documentado en el acta del juicio.

En consecuencia, la garantía y certeza del testimonio, proviene de haberse realizado a presencia del Juez de Instrucción y bajo la fe pública del Secretario judicial. La contradicción y el derecho de defensa se han garantizado mediante la intervención de los letrados en la declaración sumarial y asimismo a través de la lectura de la declaración en el acto del juicio, con posibilidad de la defensa de cuestionar su contenido en relación con el conjunto de las pruebas practicadas en el propio juicio.

Cumpléndose los requisitos de validez de la prueba de cargo, es el Tribunal sentenciador el que debe valorar su credibilidad, atendiendo a la coherencia interna y externa de la declaración, a los elementos periféricos que puedan reforzarla y al contraste con el resto de las pruebas practicadas. Y, en el caso enjuiciado, puede afirmarse que difícilmente pueden concurrir en una declaración más elementos periféricos de corroboración, pues todos los datos fácticos de la denuncia han sido constatados por otras vías, y, en sus

rasgos esenciales, incluso admitidos por los acusados, como se ha razonado al analizar el motivo casacional por presunción de inocencia.

Procede por todo ello la desestimación de este tercer motivo, pues en el caso enjuiciado el Tribunal sentenciador dispuso de una prueba de cargo suficiente, constitucionalmente obtenida, legalmente practicada y racionalmente valorada, perfectamente hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, sin que quepa apreciar vulneración alguna del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías.

**DÉCIMO** .- El cuarto motivo de recurso, por infracción de ley al amparo del art 849 1º de la Lecrim , alega indebida aplicación del art 188 1º y 2º CP , por estimar que no consta que los recurrentes empleasen violencia, intimidación, engaño o abuso para mantener a la menor en la prostitución.

El motivo debe ser analizado conjuntamente con el interpuesto bajo el ordinal sexto, también por infracción de ley, que denuncia la inaplicación del art 187 CP , por estimar que, en todo caso, la conducta de los recurrentes integraría un delito del art 187 CP (inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución de un menor), y no la del art 188 CP , (determinar a una persona a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella).

El motivo carece de fundamento. Como recuerda la STS 610/2013, de 15 de julio , los delitos de inducción y determinación a la prostitución de menores tienen su referencia, entre otras normas internacionales, en la Resolución 1.099 (1996), de 25 de septiembre, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, relativa a la explotación sexual de los niños, y en la Acción común relativa a la lucha contra la **trata de seres humanos** y la explotación sexual de los niños adoptada el día 29 de noviembre de 1996, por el Consejo de la Unión Europea, sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, como consecuencia de la cual los Estados miembros se comprometen a revisar la legislación nacional vigente relativa, entre otros extremos, a la explotación sexual o abusos sexuales cometidos con niños y a la **trata** de niños con fines de explotación o abuso sexual, considerando tales conductas como infracciones penales y previendo para las mismas penas eficaces, proporcionadas y disuasorias.

La conducta prevenida en el art 187 consiste en inducir, promover, favorecer o facilitar, y queda delimitada negativamente por las conductas, directamente atentatorias contra la libertad del sujeto pasivo descritas en el art. 188.1 (violencia, intimidación, engaño, abuso de situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad) en relación con el art. 188.2 (menores o incapaces).

En el caso actual, es claro que aun cuando la menor ya se hubiese iniciado en la prostitución en Italia con anterioridad, los recurrentes la han mantenido en dicha actividad, abusando de su situación de vulnerabilidad, como menor extranjera que se encontraba en España sin otros medios de vida y sin documentación válida, pues había venido con un pasaporte proporcionado por la recurrente Serafina , correspondiente a la hermana de ésta.

Aun aceptando que no se produjese engaño, pues la menor ya ejercitaba la prostitución en Italia, y podía imaginar que en Barcelona se iba a dedicar a la misma actividad, su situación de vulnerabilidad y necesidad es manifiesta, al carecer de otros medios de vida, ser menor y extranjera, carecer de documentación y depender absolutamente de su prima y del compañero sentimental de ésta, tanto para su alojamiento como para su mantenimiento. En consecuencia, el tipo penal aplicable es el art 188 y no el 187, que establece una pena menor.

Es cierto que la sentencia impugnada incurre en cierta confusión, pues aun cuando subsume el hecho en el art 188 (prostitución coactiva o determinación a la prostitución) se refiere en ocasiones al delito de inducción a la prostitución, que en realidad es el sancionado en el art 187.

En cualquier caso la aplicación del art 188 viene impuesta por el aprovechamiento de la prostitución de la menor. El apartado segundo del párrafo primero del art 188, establece expresamente que " *en la misma pena incurrirá quien se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma*". En el caso actual consta que los recurrentes se apropiaban de la totalidad de los beneficios obtenidos por la menor a través del ejercicio de la prostitución, por lo que en todo caso el tipo aplicable es el art 188 y no el más benévolo 187.

Procede, en consecuencia, la desestimación de ambos motivos.

**UNDÉCIMO** .-El quinto motivo, también por infracción de ley, alega vulneración del art 177 bis, 1, 4 y 9, por estimar que no consta la violencia, intimidación, engaño o abuso que exige el precepto.

El motivo carece de fundamento. En primer lugar porque ya hemos señalado que si se produjo abuso de la situación de vulnerabilidad y necesidad en la que se encontraba la menor, así como de la superioridad de su prima, mayor de edad, y el compañero sentimental de ésta.

Pero, en segundo lugar, ha de recordarse que cuando se **trata** de menores no se exige la acreditación de la utilización de dichos medios. Así el párrafo segundo del art 177 bis establece expresamente que aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior (violencia, intimidación, engaño, o abuso de una situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima), **se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se lleve a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.**

Esta norma procede del art 3º del Protocolo de Palermo para prevenir, reprimir y sancionar la **trata** de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en el que expresamente se dispone que para los fines del Protocolo: a) Por "**trata** de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;

b) El consentimiento dado por la víctima de la **trata** de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;

c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "**trata** de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;

d) Por "**niño**" se entenderá toda persona menor de 18 años".

En consecuencia, de acuerdo con la normativa internacional, el párrafo segundo del art 177 bis de nuestro CP dispone que tratándose de menores, la aplicación de este tipo delictivo no requiere necesariamente la utilización de los medios prevenidos en el párrafo primero del precepto.

**DÉCIMO SEGUNDO.-** Aun cuando no se haya suscitado expresamente por la parte recurrente, ni tampoco por la representación del Ministerio Fiscal en defensa de la legalidad, pese a lo dispuesto en la Circular 5/2011, apartado IV-6, la doctrina de la voluntad impugnativa debe determinar el análisis de la situación concursal entre ambos tipos delictivos objeto de condena, art 177 bis, **trata** de **seres humanos** con fines de explotación sexual y art 188, explotación posterior de la prostitución de la persona víctima de la **trata**.

El párrafo nueve del art 177 bis dispone que en todo caso las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el art 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.

Nos encontramos, en consecuencia, ante un concurso de delitos y no un concurso de leyes, pues aun cuando la finalidad de explotación sexual constituye un elemento del tipo del art 177 bis, la sanción por este delito no absorbe toda la gravedad de la conducta realizada, cuando dicha explotación se llega a consumir efectivamente.

Pero lo cierto es que la **trata** de **seres humanos** con fines de explotación sexual constituye una acción preparatoria de la explotación posterior, explotación que materializa la intencionalidad o finalidad del delito inicial. Es precisamente el riesgo de explotación sexual lo que determina la elevada penalidad prevista en este tipo delictivo, máxime cuando se **trata** de menores, en cuyo caso la finalidad califica por sí misma la acción delictiva como **trata** de **seres humanos**, sin necesidad de haber utilizado los medios coactivos previstos en el párrafo primero del precepto.

En consecuencia, en estos casos la explotación sexual constituye, en cierto modo, un agotamiento de la conducta de **trata**, por lo que nos encontramos ante un delito instrumento y un delito fin, lo que hace procedente aplicar, en beneficio de los recurrentes aunque no lo hayan solicitado expresamente, la regla prevenida en el art 77 1º para el denominado concurso medial.

Es claro que existe una conexión típica entre ambos tipos delictivos, delito medio y delito fin, así como una conexión lógica, temporal y espacial entre ambas conductas, la de traer a España a la menor para explotarla sexualmente, y la de su explotación posterior. También es claro que el dolo de los sujetos activos ha abarcado la comisión de ambos delitos, al actuar siguiendo un plan preordenado. Y, por último, es clara la necesidad del delito medio, para poder cometer el delito fin, pues no sería posible la explotación de la prostitución de la menor en España, sin su previo traslado a nuestro país con dicha finalidad, que es la conducta que integra el delito de **trata de seres humanos**. Concurren, por ello, en el supuesto actual, los requisitos propios del concurso medial

Dado que la pena establecida sancionando ambas conductas por separado ha alcanzado doce años cuatro meses y un día, y la máxima aplicable conforme a la regla segunda del art 77 sería de doce años, procede aplicar esta regla, sancionando el concurso con la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior, que va de diez a doce años de prisión.

Procede, en este sentido, estimar parcialmente el recurso, con declaración de las costas de oficio.

### III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR, parcialmente, al recurso de casación interpuesto por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional por la representación de Jose Enrique y Serafina contra sentencia de fecha 6 de febrero de 2.013, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Novena, en causa seguida a los mismos por delitos de **trata de seres humanos** e inducción a la prostitución; y en su virtud, casamos y anulamos dicha sentencia con declaración de las costas de oficio.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte 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

### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Febrero de dos mil catorce.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción núm. 17 de Barcelona y seguida ante la Audiencia Provincial de dicha capital, Sección Novena, con el número 1/2012, por delitos de **trata de seres humanos** e inducción a la prostitución contra Jose Enrique, con pasaporte NUM004, nacido en Albania, el NUM003/87, hijo de Valeriano y Adolfinia, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta; y contra Serafina, con pasaporte NUM002, nacida en Rumanía el NUM001/85 hija de Camilo y María, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta; y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 6 de febrero de 2013, que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el día de la fecha, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, hace constar lo siguiente:

### I. ANTECEDENTES

UNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, así como el resto de sus antecedentes de hecho.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Dando por reproducidos los fundamentos de derecho de la sentencia de instancia que no queden afectados por nuestra sentencia casacional, y por las razones expuestas en la misma, debemos condenar a los recurrentes, como autores criminalmente responsables de un delito de **trata de seres humanos**, del art 177 bis CP, en concurso medial con un delito de determinación a la prostitución, del art 188 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de ONCE AÑOS DE PRISIÓN, con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y costas procesales, pena que se estima proporcionada atendiendo a las circunstancias de los hechos y de los culpables, y que se impone en la zona media de la mitad superior determinada por la apreciación del concurso, sin que pueda apreciarse que la pena resultaría inferior sancionando separadamente ambos delitos, pues las penas que se estimarían aplicables por cada uno de ellos, dentro del marco legalmente prevenido y atendiendo a la gravedad de los hechos, sumarían una pena superior.



### III. FALLO

Debemos condenar y condenamos a los acusados Jose Enrique Y Serafina , como autores criminalmente responsables de un delito de **trata de seres humanos**, del art 177 bis CP , párrafos 1º, 2º, 4º b y 9º en concurso medial con un delito de determinación a la prostitución, del art 188 1º y 2º del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de ONCE AÑOS DE PRISIÓN, con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y costas procesales por mitad, incluidas las de la acusación particular, DEJANDO SUBSISTENTES LOS DEMAS PRONUNCIAMIENTOS DE LA SENTENCIA, especialmente los relativos a la responsabilidad civil.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

**PUBLICACIÓN** .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ