

Roj: STSJ AS 1697/2017 - **ECLI:**ES:TSJAS:2017:1697
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal
Sede: Oviedo
Sección: 1
Nº de Recurso: 4/2017
Nº de Resolución: 2/2017
Fecha de Resolución: 19/06/2017
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: ANGEL AZNAREZ RUBIO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

IMPOSICIÓN DE CONDICIONES ILEGALES DE TRABAJO

Encabezamiento

T.S.J.ASTURIAS SALA CIV/PE

OVIEDO

SENTENCIA: 00002/2017

T.S.J. ASTURIAS SALA CIVIL Y PENAL DE OVIEDO

C/ San Juan s/n Oviedo

Teléfono 985988411

RPL. RECURSO DE APELACION 4/2017

SOBRE : IMPOSICIÓN DE CONDICIONES ILEGALES DE TRABAJO

APELANTE : D. Jose Ramón

PROCURADOR : SR. MANUEL FOLE LÓPEZ

APELADO : MINISTERIO FISCAL

SENTENCIA NÚMERO 2/17

EXCMO. SR. PRESIDENTE

DON IGNACIO VIDAU ARGÜELLES

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS

DON JOSE IGNACIO PEREZ VILLAMIL

DON ANGEL AZNAREZ RUBIO

En Oviedo, a diecinueve de junio de dos mil diecisiete.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El veinticinco de enero del corriente año, por Magistrados de la Ilma. Audiencia Provincial, sección número 8 de Gijón (Asturias), se dictó la sentencia número 3/2017, dimanante de las Diligencias Previas, número 1096/2016, tramitadas por el Juzgado de Instrucción número 5 de los de Gijón, y transformadas en Procedimiento Abreviado por Auto de 5 de septiembre de 2016.

En dicha sentencia RESULTÓ PROBADO LO SIGUIENTE:

"Que el día 19 de Mayo de 2016, en el curso de una inspección en materia de empleo y seguridad social efectuada por la Inspección de Trabajo junto con miembros de la Brigada de Extranjería de la Policía Judicial de Gijón, se pudo comprobar que Jose Ramón regentaba el Club de alterne denominado "CLUB G.C.", sito en Camino de la Vega en Gijón, tenía empleados en su local a 18 trabajadores, de los cuales 11 mujeres estaban trabajando sin darles de alta en la seguridad social, (con tarjeta de residencia o D.N.I.) en concreto:

- Elisabeth,
- Noelia,
- Almudena,
- Flor,
- Sabina,
- Bernarda,
- Justa,
- Victoria,
- Diana,
- Modesta,
- Adriana.

El acusado carece de antecedentes penales".

En los FUNDAMENTOS DE DERECHO se dice:

"PRIMERO.- Los hechos relatados, de los que son prueba no ya las manifestaciones por escrito hechas por las mujeres identificadas en el "Club G.C." ante los Policías actuantes ni en el testimonio de referencia de éstos, sino 1/ el testimonio directo, claro y contundente en el juicio oral de una de esas mujeres, Almudena, reconociendo que estaba trabajando en ese club realizando la actividad de alterne, consistente en captar clientes para que tomen copas, obteniendo como remuneración

una comisión o porcentaje de esas copas (reconociendo también que ejercía la prostitución en el hotel contiguo al club, si bien eso, aunque en el telón de fondo, no se enjuicia en esta causa al no ser objeto de acusación un delito relativo a la prostitución), 2/ el testimonio en el juicio oral de tres de los agentes de Policía que intervinieron en la inspección en cuanto a la identificación de las mujeres que allí había y en la realización por las mismas-menos una, que lo negó- de la actividad de alterne, deducible no solo de sus manifestaciones, sino de las copas que estaban tomando los clientes que estaban con las mujeres, de la ropa provocativa que éstas portaban y de ser conocido el club de anteriores inspecciones, 3/ el testimonio en el juicio oral de tres miembros de la Inspección de Trabajo que participaron en los hechos, en el mismo sentido que los anteriores y especificando uno de ellos a preguntas de la defensa que aquellas mujeres iban "semidesnudas o en bikini", y ratificando las actas e informes de la Inspección que se dirán, 4/ la documental consistente en las actas e informes de la Inspección de Trabajo de los folios 85 a 91, 115-116, 118 a 123 y 142 a 153, ratificados como se ha dicho en el juicio oral, en cuanto a los trabajadores que estaban dados de alta en la Seguridad Social -7 en total- y a que las mujeres identificadas en el "Club G.C." no estaban dadas de alta, y 5/ los testimonios en el juicio oral de algunos empleados del club y de Penélope, que dijo que se encontraba en el club como cliente, no trabajando...".

SEGUNDO. - El fallo de dicha sentencia fue el siguiente:

"QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Jose Ramón, como autor de un DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES ya definido, sin circunstancias modificativas, a las penas de UN AÑO DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo, y MULTA DE SIETE MESES, con cuota diaria de 8 euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas impagadas, y al pago de las costas".

TERCERO .- Con posterioridad a la sentencia, la misma Audiencia acordó aclararla en el único y siguiente sentido: 1) donde dice "casación" debe decir "apelación", 2) donde dice "cinco días" debe decir "diez días" y 3) se suprime la frase final "firme que sea".

CUARTO.- Contra la repetida sentencia, por la representación del procesal del condenado, don Jose Ramón, se interpuso Recurso de Apelación, que consta de un total de CINCO motivos que se analizarán más adelante, en los Fundamentos de Derecho. El Recurso fue impugnado por el Ministerio Fiscal, considerando la condena impuesta ajustada a derecho.

QUINTO .- PorAuto de 30 de marzo de 2017, de esta misma Sala de lo Civil y Penal de este Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, se acordó: a) rechazar, por impertinentes, las tres pruebas propuestas en el Recurso de Apelación, b) rechazar el visionado de la grabación del Juicio Oral y c) celebrar la vista oral. Contra dicho Auto, el representante procesal del condenado interpuso el Recurso de Súplica, que, porAuto de esta misma Sala, de fecha 27 de abril de 2017, fue desestimado íntegramente.

SEXTO.- Por Diligencia de Ordenación del Letrado de la Administración de Justicia de esta Sala, se señaló el día 15 de mayo del corriente año, a las 10, 30 horas, para la celebración de la vista. Por imposibilidad alegada de asistir a la vista dicho día por parte del Letrado del condenado, por nueva Diligencia de Ordenación se fijó el día

12 de junio para la indicada vista, lo que así tuvo lugar. Comparecieron ante el Tribunal ad quem el Letrado del condenado y el representante del Ministerio Público, los cuales informaron y se ratificaron en sus respectivos escritos, con la salvedad que se indicará. Concluida la vista pública, el Tribunal se reunió inmediatamente para deliberar y votar, conforme a lo dispuesto en el artículo 253 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

SEPTIMO. - Fue designado Magistrado-Ponente, con arreglo al turno preestablecido por el Tribunal, el Ilmo. Sr. Don ANGEL AZNAREZ RUBIO, que expresa el parecer unánime de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Nueva Apelación según la Ley 41/2015, de 5 de octubre.

Tal como resulta de los Antecedentes, el condenado, don Jose Ramón, por medio de sus representantes procesales, interpuso Recurso de Apelación contra la sentencia dictada en primera instancia por la Sección 8ª de la Audiencia Provincial con sede en Gijón. A dicho Recurso se opuso el Ministerio Fiscal en un texto de breve contenido, dando a entender que se oponía e impugnaba la Apelación por razones de fondo, no formales.

En los Fundamentos de Derecho posteriores al presente, se analizarán los concretos motivos de impugnación. Ahora, en el presente, bástenos indicar la sorpresa que nos produce la redacción del texto del Recurso de Apelación, que no tiene en cuenta -parece no existir- la importante reforma procesal penal de 2015, en concreto, la que tuvo lugar por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, la cual entró en vigor ya en diciembre de 2015.

En los motivos de impugnación del Recurso, las referencias en el texto siempre son a los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal -en adelante L. E. Criminal- que regulan el Recurso de Apelación ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de las sentencias dictadas por el Magistrado-Presidente del procedimiento ante el Jurado.

Se nombra, así, el artículo 846 bis C) de la L. E. Criminal y no se menciona el nuevo artículo 846 ter de la misma Ley, que, por primera vez, establece ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia el examen del Recurso de Apelación frente a las sentencias dictadas, en primera instancia, por las Audiencias Provinciales -que este es el caso de autos-. También se omiten las referencias a los artículos 790 y siguientes de la L. E. Criminal, que sí son los aplicables en este caso (remisión a estos artículos que efectúa el número 3 del nuevo artículo 846 ter).

Al principio del Recurso de Apelación, en los llamados Antecedentes (que luego iremos a las Alegaciones) se dice: "I.- La sentencia objeto de impugnación es susceptible de recurso de Apelación de conformidad con el contenido del artículo 846 bis a) de la vigente L. E. Criminal...". A continuación se copia literalmente todo el artículo 846 bis c), y se concluyen los antecedentes con la siguiente afirmación: "IV.- La sustanciación del recurso tendrá lugar en la forma prevista en los artículos 846 bis d) y 846 bis e) de la L. E. Criminal."

En suma que, como expusimos, para el redactor del Recurso de Apelación, la Ley 41/2015 no existe. Se ignora por completo.

En el número 2 del artículo 790 de la L. E. Criminal. se dice: "El escrito de formalización del recurso ...y en él se expondrán ORDENADAMENTE las alegaciones sobre quebrantamiento de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de las pruebas o infracción de normas del ordenamiento jurídico en las que se base la impugnación".

Si por imperativo legal, los motivos se han de exponer por orden, gran o mayor desorden es una remisión inadecuada de los textos legales, que bien pudiera merecer un serio reproche con consecuencias para la admisión del recurso. Lo cierto, no obstante, es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia consideran la llamada "anarquía formal" -en contraposición al exigible rigor formal en la confección de los recursos- susceptible de ser convalidada mediante la propia actuación del Tribunal, supliendo así el mismo Tribunal las deficiencias formales que existan en el texto del Recurso elaborado por Letrado, y ello, no obstante ser calificado el Recurso por los mismos Tribunales de exigible "técnica rigurosa".

Así, en laSTS de 6 de abril de 2017, número de Resolución 255/2017, se dice:

"... Las previsiones procedimentales de alcance predominantemente formal o periférico no pueden degenerar en meros obstáculos o trabas a sortear carentes de sentido: lo impide el principio pro actione (artículo 11.3 LOPJ). Pero en un recurso extraordinario como es la casación pueden tener más espacio siempre que se descubra su vinculación con fines materiales. Aunque esta Sala ha tendido a aminorar el rigor formal de la casación alentada por los principios y jurisprudencia constitucionales (vid. SSTC 123/1986, de 22 de octubre o 122/1996, de 22 de noviembre), no sobra reseñar que la jurisprudencia del TEDH estima ajustado a las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos un mayor rigorismo formal en casación (Decisión de 20 de abril de 1999 recaída en el asunto MOHR v. Luxemburgo; Decisión de igual fecha recaída en el asunto DE VIRGILIS v. Italia o STEDH de 13 de octubre de 2016, asunto TALMANE).

Retomemos otra vez el supuesto concreto. El hecho de que se trate del recurso interpuesto por una parte pasiva interpela para dispensar mayor indulgencia ante esas deficiencias formales (SSTS 1068/2012 de 13 de noviembre o 136/2017, de 2 de marzo). El Tribunal ha de suplir en la medida de lo posible los déficits de forma (SSTEDH de 14 de enero de 2003, asunto LAGERBLOM , o de 11 de octubre de 2016, asunto ZUBAC ; y STS 705/2012, de 27 de septiembre)".

En laSTSJ del País Vasco de 9 de marzo 2017, número de Resolución 2/2017, se dice, vinculando los errores formales con la naturaleza del Recurso de Apelación:

"...SEGUNDO.- Como hemos recogido en el anterior fundamento, salvo el motivo cuarto, el resto de los motivos el apelante no los fundamenta en motivo o precepto alguno que los ampare y debió de hacerlo sobre la base del 846 bis c) LECrim. que es el relativo a los motivos sobre los que puede fundarse el recurso de apelación y dentro de éste, el apelante debió de diferenciar cuál de los apartados del precepto es aplicable a cada uno de los motivos que se alegan, pues sabido es que, el denominado recurso de apelación regulado para el proceso especial ante el Tribunal del Jurado es un

medio de impugnación que responde a los caracteres de un recurso extraordinario, porque su ámbito queda prefijado por los motivos taxativamente previstos y aun dentro de ellos, por los aducidos por el recurrente.

Sobre el carácter extraordinario y aun atípico de este recurso en nuestro ordenamiento jurídico-procesal ya se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencias de fecha 11 de marzo y 8 de octubre de 1998 y las más recientes de 21 de febrero de 2000 (RJ 2000/1791) y de 22 de enero de 2004 (RJ 2004/2171).

Es decir, este recurso de apelación --que no es, pese a su denominación, ordinario como el normal de apelación--, tiene unos motivos legalmente tasados y para su formulación han de observarse ciertos rigorismos formales, entre otros, la especificación de los motivos de impugnación plasmados en el art. 846 bis c) de la Ley procesal criminal .

La defensa del condenado que se alza contra la sentencia de instancia a través del recurso de apelación no cita expresamente el artículo 846 bis c), ni por tanto, en cuál de los motivos del tan citado artículo 846 bis c) se apoya su apelación -a salvo, el motivo cuarto--, por lo que teniendo en cuenta, como queda recogido, que la especialidad de este recurso impone que sólo pueda basarse el mismo en alguno de los motivos especificados en dicho artículo, y no en cualquier otro, pudiera pensarse, en un principio, en la improcedencia del mismo.

No obstante ello y como ya se ha mantenido por esta Sala en sentencias de 27 de junio de 1997 (RAP 1/97), de 29 de noviembre de 1999 (RAP 2/99), de 19 de diciembre de 2003 (RAP 5/03), de 8 de noviembre de 2004 (RAP 9/04), de 27 de junio de 2006 (RAP 2/06), de 19 de marzo de 2007 (RAP 4/07), de 24 de septiembre de 2008 (RAP 4/08) y 25 de abril y 22 de junio de 2012 (RAP 10/12 y RAP 11/12)), cuando el desarrollo de los motivos permite su claro entendimiento y su análisis conforme a Derecho, no debe exigirse esa concreta cita del apartado en que se base, so pena de incurrir en un ritualismo excesivo o en un formulismo enervante totalmente repudiable con arreglo a conocida doctrina del Tribunal Constitucional..."

En el caso de las presentes actuaciones -como tendremos ocasión de demostrar- no resulta particularmente difícil volver a direccionar -reconducir- las causas o motivos de impugnación previstos para la apelación en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado (artículo 846 bis c) de la L. E. Criminal., tal como hace el autor del Recurso, a las causas o motivos de impugnación previstos en la apelación frente a sentencias de las Audiencias Provinciales (artículo 790 de la L. E. Criminal.) que es lo procedente en este caso, que no se trata de procedimiento ante el Jurado).

El que así hagamos en la presente ocasión, supliendo esta Sala las deficiencias del propio texto del Recurso, no impide que advirtamos lo siguiente:

A.- Ciertamente está el principio pro actione, tal como se dice en laSTS 255/2017, pero también está el principio de igualdad o paridad de armas entre la acusación y defensa, y que esos principios esenciales del proceso penal español se pueden vulnerar si el tercero neutral y vigilante de garantías -el juzgador- ha de tener

una intervención añadida para suplir deficiencias de la defensa o de la acusación.

No es precisamente gruesa la línea separadora entre meros e intrascendentes defectos de forma y lo que pueden ser defectos de fondo. La diferencia, a veces, entre el fondo y lo formal en lo jurídico no es nítida -en lo vulgar sí puede serlo-. En el presente caso, y esto es muy importante, en el escrito breve de oposición al Recurso por el representante Ministerio Fiscal, nada se objeta sobre las cuestiones formales del mismo. Y si no objeta la acusación, tampoco debe, en principio y en ese caso, objetar este Tribunal.

B.- La cuestión se complica cuando nos encontramos ante un texto legal novedoso -caso de la Ley 41/2015- con problemas de interpretación por una mala técnica o factura jurídicas, y ante ello, la posición del Tribunal, por las dudas que se pueden plantear en las "novedades", ha de ser más equilibrada y equidistante. Por ejemplo, un principio tan esencial en el proceso penal y derecho fundamental como es la "presunción de inocencia", su vulneración, aparece en concreto como motivo de impugnación en el caso de sentencias dictadas por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado (artículo 846, bis c) letra e), y, curiosamente, no aparece en los motivos de impugnación del artículo 790, caso de sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales. Al revés es lo que ocurre con el error en la valoración de la prueba, que está en el artículo 790 y no está en el artículo 846, bis c).

SEGUNDO .- Naturaleza de la nueva apelación.

No se trata ahora, en una sentencia, de teorizar sobre la naturaleza de la nueva apelación; pero es preciso, aunque sea de pasada y de forma rápida, -sin exégesis ni tesis doctrinales-, indicar que de esa naturaleza en parte surge el necesario rigor formal del Recurso, de lo ORDENADAMENTE que para la exposición de los motivos de impugnación demanda la Ley (41/2015). Una apelación que no es plena, con un numerus clausus de motivos de impugnación, con desigual cognitio respecto de la primera instancia (Audiencia Provincial), sino más limitada. Esto, muy importante, como veremos, no lo entiende así el Letrado de la Apelación.

En nuestra Sentencia de 23 de marzo de 2017 esta misma Sala, en el Fundamento de Derecho Primero, en relación a la nueva Apelación regulada en la Ley 41/2015, ya manifestó:

"...se corresponde, según la doctrina mayoritaria, con el modelo de apelación, limitada "revisio prioris instantiae, pues el órgano superior o ad quem se limita a examinar y decidir el objeto sometido a examen revisando los elementos fácticos y probatorios del juez de primera instancia...". No estamos, pues, de ninguna manera, ante un novum iudicium.

Es aplicable a la nueva apelación, lo que se dijo en la STSJBAL 28 de julio de 1998, número de Resolución 2/1998, respecto del recurso de apelación contra las sentencias dictadas por el Magistrado-Presidente en el Procedimiento ante el Jurado, cuya regulación data del ya lejano año 1995:

"PRIMERO.- Aunque la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (apartado VII.4) afirma enfáticamente que la instauración del recurso de apelación regulado en los artículos 846 bis de la L.E.Cr . (en la nueva redacción dada a los mismos por la Disposición Final Segunda de dicha L.O.P.J .) viene a "colmar el derecho al doble examen o doble

instancia, en tanto su régimen cumple suficientemente con la exigencia de que tanto el Fallo condenatorio como la pena impuesta sea sometidos a un Tribunal Superior...", es lo cierto que dicho recurso -recurso sin precedentes en el Derecho histórico español- no reúne los caracteres de una apelación, sino que se trata de un verdadero recurso extraordinario.

No es una apelación, por cuanto las facultades decisorias de la Sala que ha de resolverlo no se corresponden con el "tantum devolutum quantum appellatum", sino que tienen ámbito mucho más limitado, y por cuanto tal recurso ha de ser fundamentado por las partes en unos motivos concretos, que son los que tasadamente señala el nuevo artículo 846 bis c) LECr en sus apartados a), b), c), d) y e).

En la STS/JCV 24 de abril de 2014, número de Resolución 3/2014, se dice:

"La primera es para señalar que el denominado recurso de apelación contra las sentencias dictadas por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado se configura como un recurso devolutivo de índole extraordinaria que, por propia esencia, implica tanto un conocimiento por órgano distinto y, en principio, superior, como una limitación legal de las facultades de impugnación de los recurrentes y, en consecuencia, de los poderes del juzgador ad quem.

La segunda es para insistir que la apelación dispuesta contra las sentencias dictadas por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado carece de la condición de recurso ordinario que permita a las partes introducir una segunda instancia en el proceso. Con causas legalmente tasadas que prescinden tanto del novum iudicium como de la revisión de los hechos a la luz de una nueva y mediata valoración de las pruebas practicadas en el juicio, el cometido jurisdiccional de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia al conocer de este recurso es fundamentalmente jurídico. Si la parte solo puede impugnar la sentencia sobre la base de los concretos motivos que delimitan su objeto y si éstos, al margen de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, solo se refieren a infracciones de norma procesal -incluyendo la verificación del contenido objetivo de la prueba y la racionalidad y no arbitrariedad de su interpretación-, o material, es claro que queda fuera de la competencia de este órgano ad quem el examen de cualesquiera otras cuestiones ajenas a lo allí dispuesto y a lo expresado, de conformidad con tales límites, por el propio recurrente..."

Rigor formal por la naturaleza del Recurso y límites a la cognitio judicial en materia probatoria, lo cual es importante destacarlo, no sólo por razones teóricas, sino también -y es lo más importante- por razones prácticas, pues en texto del Recurso, concretamente en el MOTIVO CUARTO -vulneración del derecho a la presunción de inocencia- se dice lo siguiente que esta Sala, de ninguna manera, no lo considera ajustado a Derecho y que por ello lo rechaza.

Se dice, a nuestro juicio, de manera equivocada en el Recurso:

"CONSTITUYE UN PRINCIPIO GENERAL EN MATERIA DE APELACION, EL QUE ÉSTA LLEVA CONSIGO UNA COMPLETA Y TOTAL REVISIÓN DE LO ACTUADO, TRANSFIRIENDO AL TRIBUNAL QUE CONOCE DEL MISMO LA PLENITUD DE PODERES COMPETENCIALES DEL JUEZ DE INSTANCIA, ASUMIENDO EN CONSECUENCIA LAS

MISMAS FACULTADES QUE TUVO AQUEL EN RELACIÓN A LAS PRUEBAS, PUDIENDO REVISAR LOS HECHOS QUE SE DECLARARON PROBADOS EN LA SENTENCIA, NO SOLO EN ATENCIÓN A LAS PRUEBAS PRACTICADAS EN LA APELACIÓN, SINO TAMBIÉN COMO FRUTO DE ANÁLISIS DE LAS REALIZADAS POR EL JUZGADO RESPECTO DE SU VALORACIÓN JURÍDICA, EN DEFINITIVA, JUZGANDO Y VALORANDO NUEVAMENTE LOS HECHOS ACACIDOS".

Ese planteamiento equivocado, propio de una apelación plena y no limitada -que es el caso de la Ley 41/2015-, es factor distorsionante y de graves consecuencias en el planteamiento del Recurso de Apelación.

TERCERO. -

Consideramos de interés copiar literalmente los motivos de impugnación de la sentencia, tal como resultan del mismo Recurso:

MOTIVO PRIMERO DE RECURSO .-POR QUEBRANTAMIENTO DE LAS NORMAS Y GARANTÍAS PROCESALES CAUSANTES DE INDEFENSIÓN, CON CONULCACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, EN LA MANIFESTACIÓN A UN PROCESO PÚBLICO CON LAS DEBIDAS GARANTÍAS PROCESALES Y UTILIZACIÓN PARA SU DEFENSA DE LOS MEDIOS DE PRUEBA PERTINENTE, TODO ELLO AL AMPARO DE LOS PREVENIDOS EN LOS ARTÍCULOS 846 BIS C), MOTIVO A) DE LA LECRM., 5.4 DE LA L.O.P.J.10.2Y24.2 DE LA C.E., EN CONEXIÓN CON EL ARTÍCULO 6.3 DEL CONVENIO DE ROMA DE 4 DE NOVIEMBRE DEL AÑO 1950.

MOTIVO SEGUNDO DE RECURSO .- AL AMPARO DEL ARTÍCULO 846 BIS B) DE LA LECRM., POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 24.1 DE LA C.E., EN SU MANIFESTACIÓN DE OMISIÓN DEL DEBER DE MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA, CON CONTRAVENCIÓN DEL ARTÍCULO 120 DE LA CITADA CARTA MAGNA, AL OMITIRSE REALIZAR POR EL TRIBUNAL "A QUO" UN VERDADERO ANÁLISIS DE LA PRUEBA PRACTICADA, TANTO LA DE CARGO, COMO LA DE DESCARGO.

MOTIVO CUARTO .- AL AMPARO DEL ARTÍCULO 846 BIS C), MOTIVO E) DE LA LECRM., POR VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN CUANTO A LA CONDENA DEL SEÑOR DON Jose Ramón COMO AUTOR DE UN DELITO CONTRA EL DERECHO DE LOS TRABAJADORES DEL ARTÍCULO 311.2º B DEL TEXTO PUNITIVO, Y SUBSIDIARIAMENTE Y EN TODO CASO DEL PRINCIPIO "IN DUBIO PRO REO".

MOTIVO CUARTO .- POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENAL, CON CONTRAVENCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, AL NO EXISTIR MOTIVACIÓN REAL EN CUANTO A LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD IMPUESTA AL SEÑOR DON Jose Ramón POR EL DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES DEL ARTÍCULO 311.2º B DEL CODIGO PENAL POR EL QUE ES CONDENADO, Y SUBSIDIARIAMENTE, POR INFRACCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE INTERDICCIÓN DE LA DESPROPORCIÓN, Y DEL DE DOSIMETRÍA PUNITIVA, TODO ELLO AL AMPARO DEL PREVENIDO EN EL ARTÍCULO 846 BIS C) MOTIVO b), 120.3Y24.1 DE LA CARTA MAGNA.

MOTIVO QUINTO .- POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL Y

LEGAL EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA, CON CONTRAVENCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, AL NO EXISTIR MOTIVACIÓN REAL EN CUANTO A LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA DE MULTA IMPUESTA AL SEÑOR DON Jose Ramón POR EL DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES DEL ARTÍCULO 311.2º B DEL CODIGO PENAL POR EL QUE ES CONDENADO, Y SUBSIDIARIAMENTE, POR INFRACCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE INTERDICCIÓN DE LA DESPROPORCIÓN, Y DEL DE DOSIMETRÍA PUNITIVA, TODO ELLO AL AMPARO DE LO PREVENIDO EN EL ARTÍCULO 846 BIS C) MOTIVO b) 120.3 y 24.1 DE LA CARTA MAGNA.

RESULTA :

A.- Un error intrascendente, que consiste en omitir un MOTIVO TERCERO -no existe- y repetir el MOTIVO CUARTO.

B.- Continuas y únicas referencias a textos legales correspondientes a los motivos del Recurso de Apelación contra sentencias dictadas por el Magistrado-Presidente en el Procedimiento ante el Jurado (Legislación de 1995). Unas referencias que tendremos que "reconducir" a los textos legales vigentes sobre motivos de impugnación frente a sentencias de las Audiencias Provinciales (Legislación de 2015).

C.- Dado que el Letrado del condenado, en la Vista pública del Recurso el pasado 12 de junio y en referencia al PRIMER MOTIVO, declaró que, si bien discrepaba de la no admisión de las pruebas solicitadas a la Sala y que ésta respondió en los dos Autos que se indican en los anteriores Antecedentes, de 30 de marzo y de 27 de abril del corriente año, (declaró que -repetimos-) no iba a hacer hincapié en ese primer motivo de Recurso, quedó eliminado, ciñéndose a los restantes, cuyo contenido dijo reiterar en la Vista.

Por voluntad, pues, del Sr Letrado del condenado, se excluyó del debate el PRIMER MOTIVO de impugnación.

D.- Los cuatro restantes motivos son, respecto a la sentencia de la Audiencia Provincial, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación de omisión del deber de motivación en la sentencia, por vulneración de la presunción de inocencia y error en la valoración de la prueba y por contravención de los principios de legalidad y tutela judicial efectiva en la determinación e individualización de las penas (prisión y multa) impuestas. Como hemos reiterado los motivos indicados por el autor del Recurso los conducimos a lo dispuesto en el artículo 790.2 de la L.E.Criminal.

E.- Por razones de método y lógica, procede cambiar el orden de análisis de los motivos de impugnación, y, por eso, comenzaremos a analizar el motivo relativo **a la vulneración del principio de la presunción de inocencia y error en la valoración de la prueba** -que es el CUARTO en el texto del Recurso-, pues en el supuesto de ser estimado por dicho motivo, procedería dictar por la Sala una sentencia absoluta, revocando la de la instancia, lo cual conllevaría la improcedencia del análisis del resto de los motivos.

Si la vulneración de la presunción de inocencia fuese desestimada, se tratará a continuación la cuestión de la falta de motivación de sentencia, que en el Recurso se

remite al artículo 846 bis c) letra b y es el MOTIVO SEGUNDO, y posteriormente el resto de los motivos (el otro CUARTO y el QUINTO).

CUARTO .- (I) Vulneración de la presunción de inocencia y error en la valoración de la prueba. Motivo CUARTO en el texto del Recurso.

Plantea el motivo un trascendente problema de prueba.

Puede ocurrir (A) que no haya prueba contra el condenado de los ilícitos penales atribuidos, en cuyo caso debería ser absuelto por exigencia de la **presunción de inocencia** , que es un "institucional conjunto heterogéneo": es un derecho fundamental (artículo 24.2 CE), es un principio informador del proceso penal, uno de los pilares básicos del proceso penal del que derivan después el resto de las garantías, una regla de tratamiento del imputado y finalmente es una regla trascendente de carácter probatorio, o mejor dicho, un conjunto de reglas que indican cómo debe ser el procedimiento probatorio y las características que debe reunir cada uno de los medios de prueba, y ello para que se pueda fundamentar una sentencia de condena.

También puede ocurrir (B) que habiendo prueba, haya habido un error en su valoración. Como señalan algunas sentencias, en principio es incompatible interponer el recurso a la vez por infracción del principio constitucional de presunción de inocencia y por error en la valoración de la prueba practicada, pues aquél implica la ausencia de prueba de cargo y éste la presupone.

En casos como el presente, de apelación ante sentencias de las Audiencias Provinciales, el artículo 790.2 de la L.E. Criminal, que menciona expresa y únicamente como motivo de impugnación "el error en la valoración de la prueba se ha de incluir también la infracción del derecho a la presunción de inocencia" (Prof. Tomé García).

Y una presunción de inocencia que, por su importancia, es, de continuo, analizada por la Jurisprudencia de Tribunales internacionales (T.E.D.H), la del Tribunal Supremo español, de los Tribunales Superiores de Justicia y de Audiencias Provinciales. De las numerosas sentencias del Tribunal Supremo español destacamos las siguientes por su claridad expositiva (otras, aunque antiguas, se reseñan en el escrito del Letrado autor del Recurso.

Dice la STS 15 de diciembre de 2016, número de Resolución 938/2016, lo siguiente:

"...Conforme a una reiterada doctrina de esta Sala la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en:

a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito;

b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas,

c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha

respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba

y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado".

Y dice laSTS 25 de octubre de 2016, número de Resolución 795/2016, lo siguiente:

"...En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dicto sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

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

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

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

Es importar destacar las verificaciones necesarias que se exigen en las dos sentencias anteriores, pues eso es lo que a nosotros corresponde efectuar sobre la presunción de inocencia y que trataremos de hacer en el Fundamento de Derecho siguiente.

Reiteramos que este motivo de impugnación nos enfrenta al *thema probandum* del ilícito penal tipificado en el artículo 311.2 del Código Penal, por el que fue condenado don Jose Ramón. Respecto a ese tipo de delito, en laSTS de 23 de febrero de 2017, número de Resolución 121/2017, se dice:

"...2. Ante todo debemos recordar las consideraciones que efectuamos en nuestra STS 478/2015, de 17 de julio , donde precisamos que "el tipo penal de referencia es el art 311, 2º CP , precepto introducido por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, con entrada en vigor a partir del 17 de enero de 2013, y que en concreto tal tipo penal castiga con la sanción dispuesta en el mismo, a los que den ocupación simultáneamente a una pluralidad de trabajadores sin comunicar su alta en el régimen de la Seguridad Social que corresponda o, en su caso, sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo, siempre que el número de trabajadores afectados sea al menos de:

a) el veinticinco por ciento, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de cien trabajadores,

b) el cincuenta por ciento, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de diez trabajadores y no más de cien.

c) la totalidad de los mismos, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de cinco y no más de diez trabajadores.

La finalidad de la norma, como se deduce del Preámbulo de la LO 7/2012, es sancionar a quienes recurren, de forma masiva o colectiva, a la utilización de trabajadores sin haber formalizado su incorporación al sistema de la Seguridad Social correspondiente. Y dicha incorporación es obligatoria, en las condiciones establecidas legal y reglamentariamente, independientemente del número de trabajadores y horas de prestación en el mes anterior al momento del cómputo".

Tal artículo del código Penal forma parte del Título XV, acerca del cual la STS de 5 de abril de 2017, número de Resolución 247/2017, dice:

"... TERCERO.- Los delitos contra los derechos de los trabajadores suponen una de las modificaciones fundamentales en la regulación que introdujo el Cpenal 1995 en el Título XV , título de nueva creación, que carecía de precedentes en la regulación penal anterior, si bien existían algunas figuras aisladas destinadas a tutelar los derechos de los trabajadores.

El precedente más claro del actual art. 311 Cpenal se encuentra en el llamado "delito social" incluido en la Reforma de 15 de Noviembre de 1971 que introdujo el art. 499 bis que permaneció sin modificación hasta el vigente Cpenal de 1995 .

Con mejor criterio el Código vigente ha agrupado en el título citado todos los ilícitos penales que tratan de proteger los derechos de los trabajadores, vertebrándose todo el título alrededor de las siguientes notas :

a) Se parte de la existencia de una determinada clase social : los trabajadores por cuenta ajena que intervienen en el mercado de trabajo en condiciones de inferioridad respecto de los empleadores. No hay que olvidar que el contrato de trabajo descansa sobre una situación asimétrica, porque el empleador/empresario se encuentra en una situación más fuerte que el trabajador/empleado.

b) Por lo tanto los titulares de los derechos protegidos con los tipos delictivos que integran el Título XV son el conjunto de ciudadanos trabajadores. Se está ante un objeto de tutela unitario, sin perjuicio de que concretos tipos delictivos concedan una específica protección inmediata a alguno de esos derechos.

c) En relación al deslinde de las infracciones administrativas de los ilícitos penales sin perjuicio de reconocer que en ocasiones podrán existir dudas acerca de si la conducta es constitutiva de infracción administrativa o ilícito penal, los criterios de deslinde deben de partir de los principios de fragmentariedad y mínima intervención de la respuesta penal, lo que conduce a una interpretación restrictiva cuando el ilícito penal no se diferencie del administrativo, por ello el Código no admite la comisión imprudente de estos delitos salvo el discutible caso del art. 316 en relación al 317 relativo a la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales, supuesto en el que se admite la comisión imprudente de un delito de peligro.

d) En relación a los sujetos activo y pasivo de estos delitos, se considera que se está ante delitos especiales propios . Es decir solo pueden ser cometidos por un empresario, entendiendo por tal las personas físicas y jurídicas o comunidades de bienes que reciban la protección de servicios por parte de trabajadores por cuenta ajena. A tener en cuenta la específica responsabilidad de las personas jurídicas a las que se refiere el art. 318 C.P . introducido en la reforma de la L.O. 11/2003.

Se configura como sujeto pasivo del conjunto de delitos del Título XV el trabajador por cuenta ajena tal y como lo define el art. 1-1º del Estatuto de los Trabajadores ".

En nuestro caso, el *thema probandum* consiste en saber si el día 19 de mayo de 2016, a las veintitrés horas, cuando un grupo de funcionarios de la Brigada Local de Extranjería y Fronteras de la Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía de Gijón (Asturias), junto con tres funcionarios pertenecientes a la Delegación Provincial de la Inspección de Trabajo de Asturias, entraron a realizar un control en el denominado "Club G.G", lindante con el "Hotel La Boroña", en la carretera AS-1 Gijón-Oviedo, consiste en saber -repetimos- si catorce de las mujeres que allí estaban, cuyos nombres constan en los Antecedentes de la sentencia, estaban realizando una actividad laboral, dándose los supuestos típicos del artículo 311.2 del Código Penal, sin las afiliaciones necesarias.

Una relación laboral, a la que se refiere, entre otras, la STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, de fecha 26 de octubre de 2012, número de Resolución 2728/2012, que dice:

"...Como recuerda la STS de 25 de octubre de 2011 (rec. 684/2011) la doctrina unificada señala, en relación con la actividad de alterne en locales o clubs, que el contrato de trabajo existe cuando la prestación de servicios se realiza en forma voluntaria y remunerada por cuenta de otro y en el ámbito de su organización y dirección (art.1.1.ET)..."

Y añada más adelante:

"...El reconocimiento de la licitud de la repetida actividad de alterne

también encuentra amparo en la STJCE 1991/125, de 5 de febrero. A esta consideración de actividad lícita y reconocimiento de laboralidad no se opone que el alterne pueda tener su fin en la prostitución, al distinguir ambas actividades y sin que ésta pueda descalificar aquélla, como ya señalara la Sentencia de esta Sala de 13 de septiembre de 2010 y se encarga de recordar la jugadora de instancia, reproduciendo in extenso la STSJ-Valencia de 12 de diciembre de 2007 (rec.1038/2007), en cuyo FJ segundo puede leerse "en cuanto a la prostitución, también ejercida por las codemandadas pero en las habitaciones donde vivían en el piso superior del club, en absoluto consta que se ejercitara por cuenta del titular del local, que incluso recibía de las codemandadas diez euros por cada cliente que utilizaba la habitación correspondiente, consideramos por ello que esa actividad se realizaba por cuenta propia por las codemandadas, de ahí que no compartamos el criterio de la sentencia de instancia sobre el carácter ilícito del objeto del contrato, por la elemental razón de que no formaba parte de ese objeto el ejercicio de la prostitución, que por otra parte no se ha acreditado constituyera la actividad preponderante de las codemandadas, debiendo por ello prevalecer la actividad de alterne, atendiendo a su carácter laboral de acuerdo con lo argumentado en el epígrafe anterior teniendo en cuenta además la presunción del artículo 8.1 del T.R. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores".

En definitiva, la razón fundamental para afirmar la existencia de relación laboral entre las "chicas de alterne" y las empresas explotadoras del establecimiento en el que aquéllas desarrollan la referida actividad --que, por cierto, carece de virtualidad, o no es posible desarrollar, sin la infraestructura de un establecimiento de hostelería--, estriba en que la actividad de alterne genera unos rendimientos económicos, previa la organización de capital y trabajo, que deben estar sometidos a las condiciones tributarias y laborales que protegen a los trabajadores y disciplinan los presupuestos mercantiles de toda actividad económica (STSJ-Navarra de 14 de abril de 2008). En cuanto al requisito de «dependencia», debatido en numerosas Sentencias de Tribunales Superiores, ha venido flexibilizándose en el sentido de no ha de entenderse por tal una «subordinación rigurosa y absoluta», sino una «inclusión en el círculo rector y disciplinario empresarial», que debe presumirse por la permanencia estable de la empleada en un local de alterne.

Como se cuida de recordar la sentencia de esta Sala de 20 de septiembre de 2012 (rec.1658/2012), ante un supuesto análogo al de autos: "el hecho que las empleadas pudieran gozar de cierta libertad para realizar sus iniciativas de captación de clientela, y cierta libertad de horario de permanencia en los locales de alterne, y que pudiera no acreditarse taxativamente su modo de retribución, no desvirtúa la relación laboral dado que la mayor o menor flexibilidad en el ejercicio de la facultad de dirección del empleador depende de la propia naturaleza de las tareas encomendadas al trabajador, y en el caso de las referidas empleadas, su modo de trabajo por comisión predica el reconocimiento de una cierta autonomía de horario, jornada y retribución en la prestación de su actividad".

QUINTO .- (II) Vulneración de la presunción de inocencia y error en la valoración de la prueba. Motivo CUARTO en el texto del Recurso.

A.- Argumentos del Recurrente :

El recurrente en sus alegaciones sobre la vulneración de la presunción de inocencia "y error en la apreciación de la prueba", no especificando concretamente en este segundo supuesto cuál error, dónde está cometido, comienza afirmando que de ningún modo quedaron acreditados los elementos del delito previsto en el artículo 311.2 del Código Penal: existencia de una relación laboral y número de trabajadores sin afiliarse a la Seguridad Social, superándose el 50% de las personas aseguradas en plantilla. Como dijo el Ministerio Fiscal en su Informe en la vista de la Apelación, no estamos ante un delito de carácter complejo, sino simple, casi aritmético.

De esa falta de pruebas, se culpa, en primer lugar, a la calificada como "nimia Instrucción" por parte del Juzgado de Instrucción nº 5 de los de Gijón. Señala un hecho cierto: escasez de diligencias.

En segundo lugar se cuestiona por el Letrado de condenado la actuación de los cinco funcionarios policiales --tres de los cuales testimoniaron en el Juicio Oral-- por no recoger tickets, notas o estadillos, registros de huellas, grabaciones o fotografías, no haber realizado comprobaciones en el lindante "Hotel La Boroña", comunicado con la "sala de alterne" o búsqueda en el Registro Mercantil de datos de la empresa de la que es administrador social el condenado. De lo más importante, sin duda, es el análisis crítico que hace el recurrente del atestado policial y de su falta de idoneidad para ser elemento probatorio, siguiendo una tradicional jurisprudencia nacional e internacional, no recogiendo los diversos y específicos matices de su doctrina.

En tercer lugar se considera que nada aportaron las tres personas de la Inspección de Trabajo, que redactaron el Acta correspondiente, una Inspectora y dos funcionarios que la acompañaron, los cuales, a su vez, acompañaron a los agentes policiales en la entrada y permanencia en el Local "G.G".

Finalmente el recurrente se refirió a la declaración en el Juicio Oral de doña Penélope, que declaró no estar trabajando ni ser trabajadora en el Club, donde se encontraba la noche de autos, siendo declaración favorable a los intereses del condenado.

Lo que consta en el escrito del Recurso, el Letrado lo repitió en la Vista de la apelación.

B.- Respuesta de esta Sala :

Cierto que la Instrucción de las Diligencias Previas por el Juzgado de Instrucción número 5 de los de Gijón pudo ser mejorada, siendo relativamente escasa y, si se quiere, se calificaría de ramplona. La Instrucción se realizó, es verdad, en un tiempo breve de unos meses, sin citarse, para tomar declaración, a las mujeres tal como se hizo ante el Juicio Oral, con escaso éxito, por cierto. Todo es susceptible de perfeccionarse, pero en aquella Instrucción no están ausentes requisitos o elementos fundamentales determinantes de cualquier vicio o defecto procedimental, permitiéndose sin queja pasar a la Fase Intermedia y celebrarse el Juicio Oral sin problemas.

Lo planteado en segundo lugar, es decir, lo que echa en falta el recurrente (tickets, taquillas, huellas, fotografías, etc.), no son datos cuya ausencia pudiera determinar un no delito, como el que nos ocupa, que es -recuérdese- contra derechos de "trabajadoras". Más aún, en este tipo de actuaciones y tratándose de quién se trata, con unas circunstancias particulares de trabajo, la no existencia de grabaciones

y fotografías es de todo punto elogiable -eso sería muy fácil de hacer a los funcionarios-, pero también sería atentatorio contra derechos humanos de las mujeres cuya actividad laboral se cuestiona. Unas mujeres que por la peculiaridad de su trabajo y de estancia muchas veces irregular en España no manifiestan, de manera directa y fácilmente, lo que son y lo que hacen, protegiendo así a su "aprovechado" empleador. Lo que pudiera ser ilícito -ese tipo de pruebas, seguramente pruebas ilícitas-, no se puede argumentar que su falta es, curiosamente, determinante de una falta de pruebas.

Como hemos dicho más arriba, dos tipos de funcionarios públicos han intervenido en la noche del 19 de mayo de 2016 en el local "G.G": de la Brigada Local de Extranjería de la Policía Nacional y de la Inspección de Trabajo. Es preciso señalar:

1.- Que los funcionarios policiales redactaron el correspondiente atestado policial, que es un documento de denuncia, y los funcionarios de la Inspección de Trabajo redactaron el Informe y Actas de Infracción, con ocasión de su visita al Club G.G.

2.- Que la presencia de dichos funcionarios, especialmente los de Policía, fue con ocasión, tal como ellos dijeron en el atestado y repitieron en el Juicio Oral, de prevención de la trata de blancas. Lo que resulta de las actuaciones en relación con la prostitución es, únicamente, si por ese trabajo, un empresario que contrata sin afiliar a la Seguridad Social a las trabajadoras ha cometido un delito previsto en la Ley penal. Eso y sólo eso es lo que se investiga.

EL ATESTADO POLICIAL , que está unido a las actuaciones, es extenso, pues comienza en el folio 4 y concluye en el 84. El considerado doble error que figura en alguna ocasión en el atestado -sustitución del número NUM000por NUM001(mujeres trabajadoras ilegalmente) y sustitución del número NUM002por NUM003(personas trabajadoras legalmente en el Club)- carece de trascendencia y no cuestiona el extenso atestado policial. Un error que en el Juicio Oral fue subsanado.

EL INFORME Y ACTAS DE INFRACCION DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO , también está unido a las actuaciones. En contra del parecer interesado del Letrado de la apelación, la opinión del personal de la Inspección de Trabajo, altamente cualificado, compuesto de una Inspectora y dos Subinspectores, sobre el carácter laboral de la relación de las señoras de alterne con el condenado, es muy importante.

Ambos tipos de documentos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1216 del Código Civil **son documentos públicos** , por estar autorizados por funcionarios públicos y con arreglo a las leyes (por una parte, artículos 282 y siguientes de la L. E. Criminal. y por otra, Real Decreto Ley 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y sanciones en el Orden Social, seguida de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social).

A ambos tipos de documentos públicos se aplica lo dispuesto en el artículo 1218 del Código Civil: **"Los documentos públicos, hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste"**. Presunción de certeza.

Aquí surge una cuestión jurídica crucial, que es la relación entre las presunciones de certeza de los documentos públicos (administrativos) y la presunción

de inocencia. Unas presunciones iuris tantum (las primeras) que han de relacionarse con otra también iuris tantum cual es la presunción de inocencia, que es nada más y nada menos que un derecho fundamental y garantía procesal, como dijimos al principio del anterior Fundamento (Cuarto). Si **en el ámbito extrapenal** las presunciones contenidas en el Atestado policial y en las Actas de la Inspección de Trabajo operan sin límites, salvo prueba en contrario, **en el ámbito penal**, por exigencias de la otra presunción, la trascendental presunción de inocencia, su eficacia ha de pasar por otro "trámite": **el Plenario, con sus principios de oralidad, publicidad, intermediación y contradicción**. Debemos denunciar una **equivocación frecuente**: que las presunciones administrativas ni son nada, ni, naturalmente, son todo.

Tratándose de una sentencia penal es exigible al juzgador penal un trazo fino y no grueso o grosero, que no confunda, con ignorancia, o mezcle lo que es diferente; es decir, que separe y distinga lo que en un atestado policía o Acta de Inspección de Trabajo son **hechos** de los que da fe con presunción relativa el funcionario, de los que son simples o meras recogidas de declaraciones de terceros -no de los funcionarios-, bien sean inculpatorias o exculpatorias, cuyo hecho único fidedigno es que se realizaron, sin "entrar" en su contenido o veracidad intrínseca.

Es decir que se debe tener en cuenta la eficacia de los hechos y fecha, afirmados, bajo prueba en contrario, por los funcionarios policiales, que consta por ciencia propia en los documentos administrativos y luego LLEVADOS AL JUICIO ORAL. Eso ocurre, por ejemplo, con las siguientes afirmaciones: la que consta el folio 4 vuelto: "Que a la entrada de los funcionarios en el club, se observó que en el interior del mismo, se encontraban 14 mujeres vestidas con ropas propias para el alterne, un camarero varón que se encontraba detrás de la barra del establecimiento..." (folio 4 vuelto). Y la que consta al folio 12 vuelto, que dice: "Las mujeres allí presentes se encontraban vestidas con ropa propia de alterne (muchas de ellas se encontraban en ropa interior, mostrando el sujetador, y varias con ropa de licra muy ajustada..." Eso, iuris tantum, a lo largo del procedimiento no se destruyó por falsedad y fue ratificado o reiterado por los mismos funcionarios en el Plenario, único tiempo y lugar de realización de las pruebas, salvo las muy tasadas excepciones, previstas en la legislación procesal.

Es importante, a dicho efecto, lo que se dice y las matizaciones en laSTC de 2 de marzo de 2015, número de Resolución 33/2015, y también en laSTC 28 de febrero 2013, número de Resolución 53/2013. En la primera se dice:

"...Nuestra jurisprudencia ha repetido de modo constante, en conclusión, que "las declaraciones obrantes en los atestados policiales carecen de valor probatorio de cargo" (por todas, SSTC 51/1995, de 23 de febrero, FJ 2, y 68/2010, de 18 de octubre, FJ 5). No por otra razón, la STC 165/2014, en su FJ 4, señalaba que, planteado en la demanda el valor probatorio de las declaraciones autoinculpatorias prestada en unas diligencias policiales, "la respuesta es inequívoca: ninguno. En el actual estado de nuestra jurisprudencia no es posible fundamentar una sentencia condenatoria, esto es, entender destruida la presunción de inocencia que constitucionalmente ampara a todo imputado con el exclusivo apoyo de una declaración en la que aquél reconozca su participación en los hechos que se le atribuyen. Sólo los actos procesales desarrollados ante un órgano judicial pueden generar verdaderos actos de prueba susceptibles, en su caso, de ser valorados conforme a las exigencias impuestas por el art. 741 LECrim ". En caso de no ser respetada por los órganos judiciales, da lugar a la vulneración

del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), e incluso del derecho a la presunción de inocencia cuando la eliminación de la prueba irregularmente valorada deje sin sustento el relato de hechos probados que soporta la declaración de culpabilidad del acusado (STC 207/2007, de 24 de septiembre , FJ 2, y entre las más recientes, STC 144/2012, de 2 de julio , FJ 6, o la tan repetida STC 68/2010, de 18 de octubre).

Y en el Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 27 de mayo continuado el 3 de junio de 2015, que aprobó la siguiente propuesta:

"Las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio", añadiéndose: "Tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron. Sin embargo, cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciado en la autoinculpación puede constituir un hecho base para legítimas y lógicas inferencias. Para constatar, a estos exclusivos efectos, la validez y el contenido de la declaración policial, deberán prestar testimonio en el juicio los agentes policiales que las presenciaron".

En el Informe y Acta de la Inspección de Trabajo, firmado por la Inspectora de Trabajo y dos Subinspectores, después de manifestar que, con la actuación desarrollada se trataba de comprobar la afiliación a la Seguridad Social de las trabajadoras del club G.G, club de alterne, así como de la posible existencia de trabajadoras extranjeras, dicho Informe y Acta tiene también la presunción de certeza o iuris tantum, susceptible, pues, de prueba en contrario, conforme a lo dispuesto en el artículo 53.2 del RDL 5/2000 y artículo 23 de la Ley 23/2015. Además y esencialmente, los tres funcionarios se ratificaron o reiteraron en el Juicio oral. En la ya citada STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, número 2728/ 2012 se desarrolla la presunción de certeza del Acta de Inspección de Trabajo.

La Audiencia Provincial, con sede en Gijón, para destruir la presunción de inocencia del condenado ha utilizado como pruebas de cargo los testimonios que tuvieron lugar en el Juicio oral de tres de los funcionarios policiales, que ratificaron íntegramente lo que consta en el atestado policial; asimismo se ha utilizado como pruebas de cargo los testimonios que también tuvieron lugar en el Juicio oral de los tres funcionarios de la Inspección de trabajo que levantaron las correspondientes Actas de Infracción (unos funcionarios, de Policía y de Trabajo, de mucha experiencia en este tipo de trabajos, pues un funcionario en el Juicio Oral llegó a manifestar que anualmente se inspeccionan los conocidos locales de alterne. El Subinspector don Gabin llegó a decir en el Plenario (lo hemos comprobado por la grabación de la sesión o DVD unido a los autos) que la "vestimenta" de las mujeres que se encontraban en el club de alterne era muy diferente, pues unas se encontraban prácticamente desnudas y otras llevaban faldas muy cortas.

Es difícil que la destrucción, el desvirtuar o la enervación de la presunción de inocencia se efectúe, en general, a través de **pruebas directas** ; lo frecuente es una mezcla de prueba directa e indirecta, y, generalmente, lo más frecuente es a través de **pruebas indiciarias** , teniendo los indicios los requisitos establecidos por la Jurisprudencia de nuestros Tribunales. Esto es algo muy elemental tratándose de jueces y magistrados de lo penal. Y lo indiciario es particularmente importante allí donde el trabajo sexual tiene unas connotaciones negativas, con razón, y allí donde se protagoniza por mujeres extranjeras que tratan de evitar por todos los medios su

identificación policial, luego, como dijo el Fiscal en la apelación no es esperable colaboración de estas mujeres con la Administración de Justicia, como ha ocurrido en el presente caso

A los indicios y testimonios indicados, la Audiencia Provincial suma la declaración en el Plenario de doña Almudena, tan opuesta a la de Penélope. La elección que hace el tribunal -dar crédito- de la declaración de la primera respecto a la de la segunda entra dentro de la libertad valorativa que tiene el juzgador (artículo 741 de la L. E. Criminal) y que es consecuencia del principio de inmediación.

No corresponde a este Tribunal de Apelación realizar una nueva valoración de la prueba que dispuso el Tribunal a quo, sino juzgar, como se dijo en laSTS795/2016, la racionalidad, coherencia y lógica de lo decidido, y que, por estimarlo así, desestimamos el motivo de impugnación, considerando que las pruebas aceptadas por el Tribunal -pruebas de cargo- destruyeron la presunción de inocencia del condenado.

Finalmente negamos la aplicación subsidiaria del principio *in dubio pro reo*, cuya aplicación también se reclama, aunque con carácter subsidiario, en el texto del Recurso.

A dicho defecto, digamos que, de conformidad con reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Supremo españoles, tal principio es vulnerado cuando se dicta una sentencia de condena, no obstante las dudas de los jueces acerca de la culpabilidad del acusado. Se habrá de aplicar el principio de *in dubio pro reo* y absolver al acusado, como dice la STS de 24 de mayo del corriente año, número de Resolución 376/2017, "cuando el Tribunal exprese duda o falta de convicción". Y la convicción de la Audiencia condenando a Jose Ramones plena y total, sin género de dudas.

Por todo lo expuesto, se desestima el motivo CUARTO de impugnación (vulneración de la presunción de inocencia).

SEXTO .- Motivo segundo en el texto del Recurso.

Reprocha el Recurso que la sentencia 3/2017 de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Asturias está carente de motivación. Y si se estima por esta Sala que es correcta la referencia que se hace en el texto al artículo 120 de la C.E., parece desacertada la remisión al artículo 846, BIS B de la L. E. Criminal: la falta de motivación de una sentencia es más que una infracción legal. De una parte el artículo 846 BIS B se refiere...y de otra el artículo 846 bis C), letra b se refiere...Es correcta, por el contrario, vincular la necesaria motivación de las resoluciones judiciales con el principio de **la tutela judicial efectiva**, causante de indefensión, o sea, que el derecho a la motivación se integra, como se dice en laSTC de 19 de septiembre de 2016, número 148 de Resolución 148/2016 y en laSTS de 2 de marzo de 2017, número de Resolución 135/2017, "en el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta".

En laSTS 29 de noviembre de 2016, número de Resolución 894/2016 se dice:

"...Podrá considerarse que la resolución judicial vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva cuando no sea fundada en derecho, lo cual ocurrirá en estos casos: a) Cuando la resolución carezca absolutamente de motivación, es decir, no contenga los elementos y razones de juicio que permita conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que

fundamentan la decisión...b) Cuando la motivación es solo aparente, es decir, el razonamiento que la funda es arbitrario, irrazonable e incurre en error patente...".

En la STS 8 de febrero de 2016, número de Resolución 63/2016, se dice:

"...Desde la perspectiva del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, que incluye la motivación racional de las sentencias, ha establecido la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 665/2015, de 29 de octubre y 10/2015, de 29 de enero, entre otras) que la sentencia debe contener una suficiente y razonable motivación no solo en lo referente a la calificación jurídica central o nuclear a que se contraiga el objeto del proceso, sino también en lo relativo a los puntos jurídicos del debate que sean relevantes para el fallo. Y también se ha recordado que el fallo judicial que pone fin al proceso debe ser la expresión razonada de la valoración concreta e individualizada de los elementos que integran el conflicto, de las pruebas practicadas de cargo y de descargo y de la interpretación de la norma aplicada..."

Alcance del deber de motivación de las sentencias, tanto respecto de las que contienen prueba directa como indiciaria, que es una exigencia del modelo constitucional español en el que es central la motivación fáctica, pues el incumplimiento de ésta lesionan también garantías constitucionales, incluida la presunción de inocencia. Es decir, que la falta de motivación de una sentencia penal puede ser impugnada, bien por la vía del quebrantamiento de las normas y garantías constitucionales (artículo 846 bis c) letra a) o vulneración de la presunción de inocencia (artículo 846 bis c) letra e) para los procedimientos ante el Tribunal del Jurado, bien para el resto de apelaciones por la vía de los supuestos del artículo 790 de la L.E.Crim.

Analizando minuciosa y concretamente la sentencia impugnada en esta Apelación, debemos de manifestar nuestro acuerdo con lo manifestado por el representante del Ministerio Fiscal en el acta de la Vista ante este Tribunal. También nosotros decimos que podrá gustar más o menos la redacción de la sentencia, que será más o menos brillante en su técnica escrituraria, pero que lo importante es que, con su lectura, cualquier persona conozca las razones que motivaron la decisión condenatoria del Tribunal a quo. Se dice de manera que no queda margen para la duda, qué fue lo determinante para su decisión: los testimonios policiales, los de los funcionarios de la Inspección de Trabajo, la declaración en el Juicio oral de doña Almudena. Y todo ello, tal como destacó el Ministerio Fiscal ante este Tribunal ad quem tratándose de un delito, no de carácter complejo, sino de técnica sencilla.

Concluimos la exposición sobre este motivo, reiterando la posición del Tribunal Supremo, que ha manifestado reiteradamente que una motivación escueta y concisa no deja, por ello, de ser motivación; así como una motivación por remisión no deja tampoco de serlo. No es exigible, de conformidad con la jurisprudencia, que las resoluciones judiciales tengan un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado.

Por considerar cumplidos los requisitos legales y jurisprudenciales relativos a la motivación de sentencias condenatorias, habiéndose expuesto por el Tribunal a quo las razones para justificar la condena, y no siendo arbitrarias o irracionales, sino lógicas y consecuentes, procede desestimar este motivo de impugnación.

Se desestima el motivo SEGUNDO de impugnación.

SEPTIMO.-

Además de la obligación que tiene el Tribunal de motivar o fundamentar los hechos y la calificación jurídica, tiene que hacer lo mismo respecto a la pena impuesta en concreto al condenado.

Dada la similitud de los motivos CUARTO y QUINTO del Recurso de Apelación, que impugnan la sentencia dictada por no haber el Tribunal a quo motivado la individualización de la pena privativa de libertad, impuesta al condenado don Jose Ramón(CUARTO), así como la pena de multa impuesta al mismo (QUINTO), los trataremos de manera conjunto.

Reiteramos que si es adecuada la referencia en el Recurso a los artículos 120.3 y 24.1 de la Constitución española, también en el presente caso, lo es al artículo 846 bis C) motivo B y lo sería al artículo 790 de la L.E.Criminal, al concreto motivo de " infracción de normas del ordenamiento jurídico en las que se base la impugnación".

A efectos de la determinación precisa de la extensión de la pena y de su motivación, la STC 21/2008, de 31 de enero, dice lo siguiente:

"....Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el deber general de motivación de las sentencias que impone el art. 120.3 C.E ., y que se integra en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E . --conforme al cual las decisiones judiciales deben exteriorizar los elementos de juicio sobre los que se basan y su fundamentación jurídica ha de ser una aplicación no irracional-- resulta reforzado en el caso de las sentencias penales condenatorias, por cuanto en ellas el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con otros derechos fundamentales y, directa o indirectamente, con el derecho a la libertad personas (por todas, entre otras muchas, SSTC 43/1997 de 10 de Marzo ; 108/2001, de 23 de Abril ; 20/2003 de 10 de Febrero ; 170/2004, de 18 de Octubre ; 76/2007, de 16 de Abril).

Un deber de motivación que incluye no sólo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la pena finalmente impuesta en concreto (por todas, SSTC 108/2001, de 23 de Abril ; 20/2003, de 10 de Febrero ; 148/2005, de 6 de Junio ; 76/2007, de 16 de Abril)."

"....El fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales relativas a la fijación de la pena radica en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sin que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad. De este modo, también en el ejercicio de las facultades discrecionales que tiene reconocidas legalmente el Juez penal en la individualización de la pena, es exigible constitucionalmente, como garantía contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva, que se exterioricen las razones que conducen a la

adopción de la decisión..."

En el caso de autos las penas previstas en el artículo 311 del Código Penal respecto del delito cometido, tipificado en el artículo 311.2, son de seis meses a seis años de prisión y de seis a doce meses de multa. Las penas impuestas en la sentencia al condenado, don Jose Ramón, son las siguientes: un año de prisión y siete meses de multa a razón de 8 euros de cuota diaria. Se trata (a) de la imposición de dos penas menos graves, según el artículo 33.3 del CPy (b) sin concurrir atenuantes ni agravantes, por lo que rige, para la concreta imposición de la pena, lo dispuesto en el artículo 66.6 del CP.: circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho.

Es verdad lo que se declara en el Recurso: en la sentencia no se motiva la pena impuesta, teniendo en cuenta las circunstancias del condenado ni la mayor o menor gravedad del hecho. Hubiese sido mejor que el Tribunal a quo hubiese hecho referencia a esto último y se explicase más. Pero de inmediato es preciso apuntar que, dada la distancia de los máximos posibles entre la pena impuesta y la susceptible de imposición, o en otras palabras, dada la proximidad con el mínimo a imponer (6 meses para la pena de prisión y 6 meses de multa a razón de cuota diaria de 8 euros, mínimo 2 y máximo 400), a la impuesta -un año de prisión y siete meses de multa-, no se precisaría una particular fundamentación.

El Ministerio Fiscal aceptó en su Informe, en la Vista oral, de la Apelación ese razonamiento, dada la cercanía o inmediatez de las penas impuestas a los mínimos legales. Y la pena impuesta, que esta Sala comparte, examinadas las circunstancias.

Es preciso, además, tener en cuenta la doctrina que figura en la STS 30 de marzo de 2010, número de Resolución 271/2010. Esta Sala considera que devolver la sentencia al órgano jurisdiccional de instancia razonando la dosimetría de la pena es excesivo, como también es excesivo que esta Sala imponga al condenado una pena en la mínima extensión.

Reiteramos que consideramos ajustada a derecho la pena impuesta, cercana a los mínimos posibles, teniendo base de conocimiento, resultante de un análisis de los autos, tanto respecto de las circunstancias del delincuente y de su posibilidad económica para hacer frente a la multa impuesta.

Por lo expuesto, se desestiman los motivos CUARTO y QUINTO del Recurso sobre la falta de motivación de la pena impuesta.

OCTAVO .- Penas accesorias.

No habiendo impuesto el Tribunal de Instancia las penas accesorias al condenado, las cuales resultan del artículo 56 del Código Penal -de obligación legal para los Magistrados y el Ministerio Fiscal-, y sobre lo cual éste, en su escrito de oposición al Recurso y en el acto de la Vista, guardó silencio, por exigencias del principio acusatorio y prohibición de la reformatio in peius, este Tribunal de Apelación considera que no puede suplir al Tribunal a quo en la imposición de dichas accesorias.

NOVENO .- Costas

De conformidad con lo dispuesto en la L. E. Criminal se impone el abono de las costas al condenado.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, actuando como Sala de lo Penal:

ACUERDA

DESESTIMAR en su totalidad, en todos sus motivos, el Recurso de Apelación interpuesto por el condenado don Jose Ramón, contra la Sentencia número 3/ 2017, dictada por la Audiencia Provincial, Sección 8ª de Gijón, que la confirmamos en todas sus partes, imponiendo las costas al condenado.

Contra la presente Sentencia de Apelación, puede imponerse Recurso de Casación, a cuyo efecto habrá de tenerse en cuenta el plazo de cinco días del artículo 856 de la L.E.Criminal.

No tifíquese la presente Sentencia al Ministerio Fiscal y al condenado.

Así lo mandan y firman los Magistrados al principio señalados.