

Roj: **STS 3111/2011 - ECLI:ES:TS:2011:3111**Id Cendoj: **28079120012011100380**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **17/05/2011**Nº de Recurso: **11213/2010**Nº de Resolución: **378/2011**Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP PO 2524/2010,**
STS 3111/2011

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Mayo de dos mil once.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos penden, interpuestos por **Plácido , Tarsila , Concepción** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 5ª, que condenó a los acusados como autores penalmente responsables de un delito de prostitución, tráfico ilícito; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y dichos recurrentes representados por el Procurador Sr. XX.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 4 de Vigo, instruyó sumario con el número 1 de 2008, contra Plácido , Tarsila , Concepción , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Pontevedra, cuya Sección 5ª, con fecha 21 de octubre de 2.010, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: 1. El acusado Plácido regentaba en Vigo dos pisos uno en el nº NUM000 de la DIRECCION000 , alquilado a través de la sociedad Evian Sport que además era su domicilio y en el que también vivía Tarsila al menos desde enero de 2007 y otro en la AVENIDA000 nº NUM001 en los que empleaba a mujeres para el ejercicio de la prostitución; el acusado establecía los precios de los servicios sexuales así como las normas de funcionamiento, cobrando a los clientes directamente o a través de una persona de su confianza y entregando a las mujeres un porcentaje pactado de las ganancias.

Tarsila desempeñaba en el piso de Gran Vía la función de encargada, cobraba a los clientes y entregaba a Plácido lo recaudado que era el que hacía cuentas con las mujeres los lunes, realizaba los apuntes en los partes diarios de trabajo, hablaba con los clientes y explicaba a las mujeres los servicios que querían realizando labores de traducción al portugués cuando se necesitaba.

En el ejercicio de esta actividad el acusado se valía de la Fundación Campus Stellae que presidía, constituida el 7/5/2003 con la finalidad aparente de promover el deporte entre la juventud, y de las sociedades Evian Sport SL, constituida el 12/9/2000 y Excess Profesional Company S.L constituida el 20-6-1997, sociedades a través de las que alquilaba los pisos y contrataba los viajes con las agencias.

2. Durante los años 2006 y 2007, Plácido previamente concertado con terceros de los países de origen a los que comisionaba, facilitó la entrada en nuestro país como turistas a mujeres procedentes de países de Sudamérica para que ejercieran la prostitución en los pisos mencionados y con la finalidad de obtener beneficio económico





derivado de su explotación sexual, para ello contrató con varias agencias de viajes de Vigo la adquisición de sus billetes de vuelo de ida y vuelta en periodo no superior a tres meses.

Concretamente organizó la entrada en España como turistas de las siguientes personas:

a) *Gregoria* , nº de pasaporte venezolano NUM002 , cuyo billete de vuelo adquirió en la agencia de viajes Marsans de Vigo a través de la Fundación Campus Stellae con fecha de salida de Caracas el 18-11-2006 y de regreso el 17-1-2007, por un importe de 820,68 euros, a quien para aparentar su condición de turista le entregó una carta de invitación, y que entró en territorio Shengen el día 19 de noviembre siendo trasladada al piso de la Gran Vía donde mantuvo relaciones sexuales con clientes a cambio de dinero.

b) La testigo protegida con nombre supuesto *Candida* , con la que el acusado contactó en Buenos Aires a través de un individuo llamado *Roman* del que se desconocen más datos a la que ofreció venir a España a ejercer la prostitución a los pisos del acusado con quien la mujer mantuvo conversaciones y convino que él le pagaba el viaje a España, que la deuda por este concepto ascendía a 2.200 euros que ella abonaría paulatinamente pudiendo remitir dinero a su familia, llevándose un porcentaje de los servicios sexuales que ella prestase. El acusado a través de la Fundación Campus Stellae adquirió su billete de vuelo en la agencia de viajes Marsans con fecha de salida 22 de agosto de 2006 y de regreso el 23-11-2006, entrando en territorio Shengen el día 24 de agosto por el aeropuerto de Barajas desde donde se desplazó a Vigo y fue recogida por *Plácido* y llevada al piso de la AVENIDA000 y después al de la DIRECCION000 donde ejerció la prostitución durante un mes aproximadamente.

c) *Adolfina* , con pasaporte brasileño nº NUM003, así como a las mujeres identificadas como *Topacio* y *Pecas* , también procedentes de Brasil y que no llegaron a venir a España por la intervención de las fuerzas de seguridad, todas ellas captadas en Brasil por un individuo llamado *Javier* , que servía de contacto para el acusado con el que se había concertado suscribiendo ambos un contrato de fecha 6-9-2007 de "suministro de personas para animación de fiestas" en el que *Javier* se comprometía a suministrar personas a *Plácido* para la animación de fiestas, de forma periódica percibiendo 200 euros por cada persona que facilite, estableciéndose que estas personas deberán acudir durante tres meses a todas las fiestas que organice *Plácido* y que de no hacerlo, *Javier* debería indemnizarle en la cantidad de 1800 euros por cada una de las personas que incumpla con independencia de cual sea la causa del incumplimiento, se establece una vigencia de tres meses del contrato y llegado el día del vencimiento la posibilidad de prorrogas por iguales periodos, que a su vez *Plácido* . podría rechazar a las personas que le haya facilitado *Javier* y no sean aceptadas en cuyo caso le indemnizaría con la misma suma cualquiera que fuera la causa de la no aceptación, que *Javier* podrá enviar hasta un máximo de diez personas por mes las cuales animarán las fiestas por un plazo mínimo de tres meses , las obligaciones que asume *Javier* en el contrato se entienden cumplidas cuando facilite las personas a *Plácido* ., sean admitidas y cumplan con la asistencia a todas las fiestas que se organicen durante un plazo mínimo de tres meses, obligación de sigilo y confidencialidad y sometimiento a los Tribunales de Vigo.

Con tal finalidad de la que era conocedora *Tarsila* , *Javier* viajó a Brasil en fecha 9-9-2007 con billete de vuelo comprado por el acusado en la agencia de viajes Xures, donde contactó con *Adolfina* , *Topacio* y *Pecas* a las que ofreció venir a España para ejercer la prostitución en los pisos de *Plácido* quien pagaría sus billetes de viaje; una vez que *Adolfina* fue aceptada por *Plácido* , *Javier* le entregó a ésta para que lo firmase un contrato de "animación de fiestas" en el que la mujer se comprometía a animar las fiestas que organizase el acusado durante tres meses prorrogables por otros tres, debiendo indemnizar a *Plácido* en la suma de 2500 euros si lo rescindía con antelación, prestar los servicios en exclusiva, a indemnizarlo en 1800 euros si no devolvía el uniforme en las mismas condiciones en las que le era entregado, guardar sigilo profesional, presentarse en el lugar donde se organice la fiesta en un tiempo máximo de 20 minutos, gestionar el cobro de las fiestas que se organicen abonando al acusado inmediatamente las cantidades pagadas por los clientes estableciéndose como retribución a favor de la mujer el 50% de los beneficios que produzca cada fiesta o animación.

Adolfina firmó este documento y el acusado adquirió su billete de vuelo a España en la agencia de viajes Xures por importe de 956,46 euros, con fecha de salida desde Brasil el día 17-10-2007 y de regreso el 10-1-2008.

El día previsto *Adolfina* decidió retrasar su viaje y *Plácido* y *Tarsila* se pusieron en contacto telefónico con ella para convencerla de que viniera advirtiéndola de las consecuencias del incumplimiento del contrato que había firmado, concretamente *Plácido* le dijo que le iba a mandar a la Policía y *Javier* gestionó el cambio de fecha de salida para el día 29 de octubre.

El día 30 de octubre de 2007, *Adolfina* llegó a España siendo recogida por el acusado en el aeropuerto de Vigo y trasladada al piso de la DIRECCION000 .

Al día siguiente de su llegada, tras negarse a poner el vestido que le indicaba *Tarsila* porque era muy escotado fue remitida por *Tarsila* al despacho del acusado que tras decirle que tenía que ponerse el vestido le enseñó





un documento para que detallase los servicios sexuales que estaba dispuesta a realizar diciéndole Adolfinia que no quería hacer nada de eso porque no era lo que habían hablado. En el transcurso de este encuentro en el despacho, Plácido le exigió que le enseñara los pechos y se pusiera el vestido a lo que ella accedió si bien finalmente decidió irse del piso por lo que habló con Bárbara por teléfono con la que quedó en una cafetería para irse a otro.

d) A Nieves , nº de pasaporte argentino NUM004 , Bernarda , también argentina, nº de pasaporte NUM005 cuyos billetes de vuelo Buenos Aires-Vigo fueron adquiridos por el acusado en la agencia de viajes Halcón, con fecha de salida de Buenos Aires el día 25-4-2006 y Noelia , ciudadana argentina cuyo billete de vuelo a España fue adquirido por Plácido en la agencia de viajes Marsans con fecha de salida a España 24-7- 2006.

e) Intentó asimismo la entrada en España de las ciudadanas brasileñas Apolonio y Celsa , lo que no logró al no serle concedida línea de crédito en la agencia de viajes Karma.

3. Los anteriores contratos de animación de fiestas y de suministro de personas para la animación de fiestas, fueron redactados por la letrada en ejercicio del I.C.A de Vigo, Concepción previa solicitud de Plácido , procediendo la letrada a su redacción con la finalidad de facilitar a Plácido la captación y traslado de las mujeres extracomunitarias que introducía en España.

4. Adolfinia fue contratada por el acusado para ejercer la prostitución y en el piso de la DIRECCION000 trabajaron ejerciéndola Gregoria , la testigo protegida Candida , y además, Constanza con pasaporte brasileño nº NUM006 , con la que el acusado contacto en España a través de Bárbara y Inmaculada también brasileña con pasaporte nº NUM007 que contactó con el acusado a través de un anuncio en prensa; todas ellas sin permiso de trabajo y residencia.

El acusado tenía establecidas unas "normas internas" del "Harem" de obligado cumplimiento referentes al aspecto e indumentaria de las mujeres, comportamiento y sistema de multas a las trabajadoras que estableció por concertar citas privadas con clientes, 1000 euros, y de 500 euros por no trabajar en exclusiva, no realizar servicios especiales que hubieran aceptado una vez concertados, y por abandono del trabajo sin preavisar con 15 días de antelación, normas de las que las mujeres eran informadas antes de comenzar a trabajar en el piso y a las que también les entregaba para que cubriesen un registro o ficha personal en la que además de sus datos, rasgos físicos y disponibilidad horaria incluía una relación de servicios sexuales especiales en los que las mujeres indicaban "si" o "no", concretamente, Constanza los firmó el día 2 de agosto de 2007 y Inmaculada , el día 18 de octubre de 2007 encontrándose a solas con el acusado en el piso de la AVENIDA000 también los firmó y con ocasión de enseñarle a realizar los servicios sexuales le dijo que se pusiera lencería y desfilara ante él entrando y saliendo de la habitación debiendo responder a la pregunta de "quien era el mayor putón de Vigo" que ella después de lo que ocurrieron otros hechos que la mujer no ha querido denunciar.

Cada una de ellas determinó en la citada ficha su disponibilidad horaria pudiendo librar un día a la semana.

El acusado solicitaba que las mujeres trabajasen también durante los días que tenían la menstruación a cuyo fin Tarsila hablaba con ellas para tratar de conseguir que trabajasen durante esos días facilitándoseles unas esponjas cuyo uso les explicaba.

Los clientes pagaban los servicios sexuales al acusado o a persona de su confianza, y hacía cuentas con las mujeres los lunes abonándoles el porcentaje pactado del 50% si bien siempre les dejaba a deber alguna suma con la intención de que regresaran al piso.

Las mujeres procedentes del extranjero con billete pagado por el acusado, como la testigo protegida Candida , no cobraban el porcentaje pactado hasta el completo pago de la deuda por el viaje y tenían que estar disponibles las 24 horas.

No ha quedado acreditado que las mujeres que ejercían la prostitución hubieran sido engañadas con tal fin y tampoco que la ejercieran en contra de su voluntad, ni que por Plácido o Tarsila se empleara contra ellas cualquier género de violencia ó coacción para obligarlas a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella.

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLO: CONDENAMOS a Plácido como autor criminalmente responsable de un delito de promoción de la inmigración ilegal sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de seis años de prisión, con inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y como autor de un delito contra los derechos de los trabajadores a la pena de dos años y seis meses de prisión y multa de nueve meses con una cuota diaria de 10 euros, con responsabilidad personal de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de dos dieciseisavas partes de las costas procesales.





CONDENAMOS a Tarsila como cómplice de un delito de promoción de la inmigración ilegal sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de dos años y seis meses de prisión con inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y como cómplice de un delito contra los derechos de los trabajadores a la pena de un año de prisión y multa de tres meses a razón de 6 euros diarios, con responsabilidad personal de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de las dos dieciseisavas partes de las costas.

CONDENAMOS a Concepción como cómplice de un delito de promoción de la inmigración ilegal a la pena de dos años de prisión con inhabilitación para el ejercicio de la abogacía durante el tiempo de la condena, inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de una dieciseisava parte de las costas causadas.

Se condena a Plácido a que indemnice a la testigo protegida en la presente causa con la suma de 7000 euros y a Gregoria en la misma suma.

Se condena a Plácido y a Tarsila a que indemnicen a Constanza y a Inmaculada, a cada una de ellas en la suma de 7000 euros de la que Plácido abonará el 75% y Tarsila el 25% restante.

Se declara la disolución de la Fundación Campus Stellae y de las sociedades Evian Sport y Excess Profesional SL.

Se absuelve a Plácido de los delitos del art. 188.1, 311 1 y 3 y 163 del CP de los que había sido acusado.

Se absuelve a Tarsila de los delitos del art. 188.1 del CP y del art. 311 1 y 3.

Se declaran de oficio el resto de las costas causadas.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por Plácido, Tarsila, Concepción, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

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

RECURSO INTERPUESTO POR Plácido

PRIMERO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim., por indebida aplicación del art. 318 bis.2 del CP. 1995.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.2 LECrim. por indebida aplicación del art. 312.2 CP.

TERCERO.- Al amparo del art. 852 LECrim.

CUARTO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida del art. 109 en relación con el art. 312.2 CP.

QUINTO.- Al amparo del art. 852 LECrim.

RECURSO INTERPUESTO POR Tarsila

PRIMERO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim., por indebida aplicación del art. 29 CP.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. en relación con el art. 318 bis CP.

TERCERO.- Al amparo del art. 849.2 LECrim. por indebida aplicación del art. 312.2 CP.

CUARTO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida del art. 299 en relación con el art. 312.2 CP.

RECURSO INTERPUESTO POR Concepción

PRIMERO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ. denuncia vulneración del art. 120.3 CP.

TERCERO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. por indebida aplicación del art. 56.3 y 45 en relación con el art. 318 bis 1 CP.

CUARTO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. por indebida aplicación del art. 56.3 y 45 en relación con el art. 318 bis 1 CP.

QUINTO.- Al amparo del art. 849.2 LECrim.

SEXTO.- Al amparo del art. 850 y 851 LECrim.





Quinto.- Instruidos el Ministerio Fiscal y los recurrentes de los recursos interpuestos, el Fiscal ha apoyado parcialmente el primer motivo del recurso de Plácido y la inadmisión del resto de los motivos de los recursos, a la adaptación que del recurso ha realizado el recurrente al evacuar el traslado prevenido en la Disposición Transitoria Tercera letra c) de la LO. 5/2010 de reforma del Código Penal; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día tres de mayo de dos mil once.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR Plácido

PRIMERO: El motivo primero por la vía del art. 849.1 LECrim. aplicación indebida del párrafo 2º del art. 318 bis por entender concurrente el concepto de "explotación de la prostitución" al no ser preciso, según la sentencia recurrida, que existiera violencia o coacción alguna, por lo que la aplicación de la agravante toma causa exclusivamente en que Plácido tenía ánimo de lucro, siendo que el concepto de "explotación", ha de contener elementos que vayan más allá de dicho ánimo.

El motivo debe ser estimado.

Como hemos dicho en SSTS. 1465/2005 de 22.5, 1087/2006 de 10.11, 1238/2009 de 11.12, el bien jurídico protegido en el art. 318 bis 1, "no lo constituye sin más los flujos migratorios, atrayendo al Derecho interno las previsiones normativas europeas sobre tales extremos, sino que ha de irse más allá en tal interpretación -que supondría elevar a la categoría de ilícito penal la simple infracción de normas administrativas-, sino especialmente dirigido al cuidado y respeto de los derechos de los extranjeros y de su dignidad en tanto seres humanos, evitando a través de tal delito de peligro abstracto que sean tratados como objetos, clandestina y lucrativamente, con clara lesión de su integridad moral. En definitiva, el bien jurídico reconocido debe ser interpretado más allá de todo ello, para ofrecer protección al emigrante en situación de búsqueda de una integración social con total ejercicio de las libertades públicas, por lo que resulta indiferente la finalidad de ocupación laboral-cuya expresa protección se logra al amparo del artículo 313.1 del CP - y explica así el grave incremento punitivo del artículo 318 bis frente al 313.1 del CP". En similar sentido similar, las SSTS nº 569/2006, de 19 de mayo, la STS 569/2006, de 19 de mayo y la STS 153/2007, de 28 de febrero, "Confluyen en este tipo dos clases de intereses complementarios: por un lado el interés del Estado de controlar los flujos migratorios evitando que éstos sean aprovechados por grupos de criminalidad organizada y por otro evitar situaciones de explotación que atentan a los derechos y seguridad de las personas".

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

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

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

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

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

Pero, de otra parte, quien favorece, promueve o facilita el acceso a España de determinadas personas con conocimiento inicial y antecedente de que la situación administrativa de acceso no responde a la realidad de



la estancia, que exigiría de otros requisitos que así resultan burlados, incurre en *ilícito penal*, sin perjuicio de que la persona de cuya migración se trate haya de responder sólo administrativamente.

Esta Sala ha señalado -y lo recuerda la STS 28-9-2005, nº 1059/2005 -, que el tráfico ha de ser ilegal, esto es, producirse al margen de las normas establecidas para el cruce legítimo de las fronteras o con fraude de esas normas, lo que incluye tanto el cruce clandestino de la frontera, como la utilización de fórmulas autorizadas de *ingreso transitorio* en el país (visado turístico, por ejemplo) con fines de permanencia, burlando o incumpliendo las *normas administrativas* que lo autoricen en tales condiciones. La normativa determinante de la ilegalidad del tráfico será la propia Ley de Extranjería LO 4/2000, de 11-2, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (reformada por LO 8/2000, de 22-12; 11/2003, de 29-9; y, 14/2003, de 20-11), concretamente en el Título II: "Del régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros" y su Reglamento, aprobado por RD de 26-6-2001.

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

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

SEGUNDO: En el caso presente, a la vista del *factum* la comisión del delito básico del art. 318 bis 1, no es cuestionada por el recurrente, que si lo hace respecto al subtipo agravado del apartado 2, redacción anterior LO. 5/2010 (**si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas**).

Ciertamente el argumento de la defensa puede ser cuestionable.

La prostitución ha sido definida como la prestación de servicio de índole sexual con tendencia a la reiteración o a la habitualidad y mediante un precio, generalmente consistente en una cantidad de dinero.

Sin duda, el código se refiere a la prostitución cuando considera como agravante la finalidad de explotación es inherente al ánimo de lucro del explotador. Por lo tanto, la existencia de ánimo de lucro es inherente a la finalidad de explotación sexual, generalmente a través de actividades de prostitución, de manera que quien explota o pretende explotar la prostitución de otros no lo hace de forma desvinculada de las ganancias económicas que el ejercicio de ese comercio supone.

Es por ello que cuando la promoción, favorecimiento o facilitación de la inmigración clandestina o del tráfico ilegal sean realizadas con la finalidad de explotar sexualmente a las víctimas, la agravación por la existencia de ánimo de lucro en la primera conducta no debe ser aplicada.

Ahora bien en STS. 145/2005, también hemos dicho que el artículo 318 bis no absorbía la conducta descrita en el art. 188.1 CP. Efectivamente la conducta típica del art. 318 bis se consuma con la ejecución de las actividades de promoción, favorecimiento o facilitación de la inmigración clandestina o del tráfico ilegal, con la agravante del apartado segundo cuando la finalidad de esas actividades fuera la explotación sexual. Es cierto que normalmente tal finalidad vendrá demostrada por la ejecución posterior de actos concretos de explotación, pero para la consumación es bastante la ejecución de aquellas conductas con la referida finalidad, **sin necesidad de ningún acto posterior, de forma que no es preciso que tal explotación sexual llegue a tener**





lugar, y ni siquiera que las víctimas hayan sido compelidas (o determinadas) de alguna forma a prestarse a ella.

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

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

La jurisprudencia de esta Sala reafirma la anterior doctrina en los Plenos no jurisdiccionales de 24.4.2007 «*la concurrencia de comportamientos tipificados como constitutivos del delito del artículo 188.1º y del previsto en el artículo 318 bis.2 del Código Penal, debe estimarse concurso de delitos*», y de 26.2.2008 " *en relación entre los arts. 188.1 y 318 bis del CP . en los supuestos de tráfico ilegal o inmigración clandestina a la que sigue, ya en nuestro territorio, la determinación coactiva al ejercicio de la prostitución, es la propia de un concurso real de delitos*", pero tales conductas serán calificadas con arreglo a los arts. 188.1 y 318 bis.1, descartando la aplicación del art. 318 bis 2 al tratarse de un supuesto de realización progresiva del tipo. Acuerdo este, que complementa el anterior de 22.4.2007 al que se refiere la STS. 152/2008 de 8.4, que en su caso como el que nos ocupa, en el que se **atribuye a los mismos sujetos** las dos figuras delictivas, estimó la existencia de concurso real, si bien, se debe evitar efectuar una doble consideración de la "intención de explotación sexual". Y ello porque en el art. 318 bis. 2 está presente tal intención a realizar en el futuro en el art. 188.1 viene a materializarse de forma expresa la misma intención. Por ello la solución ha de consistir en aplicar el art. 188.1 CP. junto con la figura básica no agravada, del art. 318 bis 1, en la que se prescinde de tomar en consideración cualquier intención referente a una explotación sexual futura (SSTS. 330/2010 de 2.3, 688/2010 de 2.2)

No obstante en sede de tipicidad esta polémica ha quedado en cierto punto solventada por la reforma operada en el art. 318 bis por LO. 5/2010, que ha suprimido el subtipo agravado del apartado 2, pro considerar inadecuado el citado precepto para el tratamiento penal unificado de los delitos de seres humanos e inmigración clandestina, cuando el nuevo Título VII bis, en el que prevalece la protección de la dignidad y libertad de los sujetos pasivos, y en cuyo art. 177 bis, se castiga la trata de seres humanos, entre otras finalidades, con la de explotación sexual, pero refiriendo como medios comisivos el empleo de violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, esto es la prostitución coactiva del art. 188.1, hemos que en el factum expresamente se excluyen (**no ha quedado acreditado que las mujeres que ejercían la prostitución hubieran sido engañadas con tal fin y tampoco que la ejercieran en contra de su voluntad ni que por Plácido o Tarsila se empleara contra ellas cualquier genero de violencia o coacción para obligarles a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella**).

TERCERO: El motivo segundo por la vía del art. 849.1 LECrim . por aplicación indebida del art. 312.2 CP , delito contra derechos de los trabajadores y por su íntima conexión se infringe también el principio de presunción de inocencia y tutela judicial en su aspecto del derecho a la motivación de la resolución, arts. 120.3 y 9.3 CE . que garantiza la interdicción de la arbitrariedad.

Se sostiene en el motivo que la condena del recurrente por referido delito se sustenta en la existencia de cinco mujeres extranjeras que carecían de permiso de trabajo y que ejercían la prostitución en "condiciones" que perjudican, suprimen o restringen derechos de rango laboral, pero con las premisas, admitidas en la sentencia, de que no está probado que Plácido hubiera utilizado con las mujeres violencia, coacción, engaño ni abuso de necesidad, y de que las mujeres "pactaban" las condiciones con el recurrente, así como que todas ellas ejercían y se mantenían en el ejercicio de la prostitución en forma puramente voluntaria, de acuerdo con la STS. 14.4.2009, para cuestionar por último el apoyo que la sentencia efectúa en las declaraciones de la testigo protegida Candida pro estar ausente de lógica, pugnar con las reglas del criterio humano y ser arbitrarias, al constar por datos objetivos que tal testigo mintió al Ministerio Fiscal y a la autoridad judicial.

Como hemos dicho en STS. 208/2010 de 18.3, con cita de la sentencia 372/2005 de 17.3, la conducta que describe el art. 312.2, sanciona la explotación laboral, en cualquier actividad al contratarse a trabajadores extranjeros, que no cuentan con permiso de trabajo, y además, para ser distinguido este comportamiento de la sanción administrativa, la ley penal anuda un desvalor especial que se traduce en que las condiciones





impuestas deben ser notoriamente perjudiciales para el trabajador, de modo que se originen situaciones de explotación en el trabajo.

No importa que la clase de trabajo llevado a cabo haya sido la prostitución. En efecto, La Sentencia de esta Sala núm. 995/2000, de 30 de junio vino a señalar en relación a la contratación de los inmigrantes ilegales, que su interpretación debe efectuarse desde una perspectiva constitucional (no olvidando la afirmación con que se inicia la Constitución, que en su art. 1 califica el Estado de «social»), en la medida que el llamado derecho penal laboral, del que el tipo que se comenta es elemento central, sanciona fundamentalmente situaciones de explotación, que integran ilícitos laborales criminalizados, de suerte que el bien jurídico protegido está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral, mediante la sanción de aquellas conductas que atenten contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores.

Ciertamente el inmigrante ilegal, aquel que carece de permiso de trabajo y de residencia en España, aunque no está incluido en el art. 35 de la Constitución, que reconoce a todos los españoles el deber de trabajar y el derecho al trabajo, tal derecho se ejercita frente a los poderes públicos, y sólo frente a ellos, no pudiendo constituir tal condición una patente de impunidad frente a quienes contratan a tales emigrantes conscientes de su situación ilegal.

Por tanto, cuando un particular, de forma consciente y voluntaria contrata a un inmigrante ilegal, no por ello, puede imponerle condiciones claramente atentatorias contra la dignidad humana. La tesis de considerar sólo sujeto pasivo de estos delitos, al trabajador legal y no al inmigrante clandestino llevaría a una concepción del sistema de justicia penal como multiplicador de la desigualdad social, porque, como ya se ha dicho, el empleador podría imponer a los trabajadores ilegales las condiciones laborales más discriminatorias sin riesgo alguno de infracción legal, a pesar de poder quedar severamente comprometidos valores inherentes a la persona que, como la dignidad art. 10 de la Constitución, no conocen fronteras.

Y la Sentencia de esta Sala de 12 de abril de 1991, estimó aplicable el art. 499 bis (antecesor del actual 311 del Código penal, y que se refiere igualmente a contrataciones laborales con desprotección), a situaciones de contratos con causa ilícita, en concreto a una relación laboral con una prostituta, por entender que el tipo penal protege la situación de personas que prestan servicios a otra, sea o no sea legal el contrato de trabajo, ya que «... de lo contrario el más desprotegido debería cargar también con las consecuencias de su desprotección».

Asimismo no puede olvidarse -como destacó la STS. 1390/2004 de 22.11 que la jurisprudencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo, SS. 3.3.81, 25.2.84, 21.10.87 y 4.2.88, ha mantenido que "el hecho de concertar entre las partes una actividad consistente en prestar servicios, mediante la permanencia en un determinado periodo de tiempo en el local, sometida a horario para la captación de clientes, al objeto de consumir bebidas, evidencia una actividad en la que concurren las notas tipificadoras de toda relación laboral, cuales son la prestación de servicios por cuenta ajena, habitualidad en los mismos, dependencia, retribución y jornada; llegando a precisar que la relación que mantienen las señoritas de *alterne* con el titular del establecimiento donde desempeñan su cometido es de naturaleza laboral."

Criterio reiterado en sentencias de esa misma Sala Social de 27.11.2004 y 17.11.2004, recordando que la Sala ha admitido que la actividad de *alterne* puede realizarse por cuenta ajena y de forma retribuida y dependiente. Admite que existe dificultad para determinar si la relación entre las partes tiene o no carácter laboral por la concurrencia o no de las notas tipificadoras de esta clase de relación. No discute que la relación contractual que regulaba los servicios de agrado a los clientes, remunerada con el 50% de las consumiciones, con un horario determinado, tiene naturaleza laboral y no puede ser calificada como arrendamientos de servicios. Se trata de un verdadero contrato de trabajo, tal como se describe en el artículo 1.1º del Estatuto de los Trabajadores.

Del mismo modo esta Sala Segunda sostiene un concepto amplio de ocupación laboral en el que ha venido incluyendo la dedicación a la prostitución, SSTs. 2205/2002, 1045/2003 de 18.7, 1092/2004 de 1.10, 1471/2005 de 12.12, por cuanto el bien jurídico protegido del art. 312.2 está constituido por un conjunto de intereses concretos referidos a la indemnidad de la propia relación laboral, mediante la sanción de aquellas conductas de explotación que atenten contra los derechos laborales de los trabajadores, incluyendo a todos aquéllos que presten servicios remunerados por cuenta ajena, concepto en el que deben incluirse las mujeres que ejercen la prostitución por cuenta y encargo de otro; precisándose en la STS. 293/2004 de 8.3, con respecto a la relación de *alterne* "que sí existió una prestación de servicios de naturaleza laboral. Así, las jóvenes trabajaban. Esa relación jurídica no precisaba de la plasmación en un documento, formalmente válido, para que se tuvieran por nacida la relación laboral. La situación creada implicaba una desprotección jurídica de las mujeres trabajadoras extranjeras, esto es, quedaba lesionado el bien jurídico protegido por el art. 312-2 C.P.





Ahora bien lo valorable a efectos punitivos son las condiciones laborales impuestas a los trabajadores, independientemente de que sean legales o ilegales. Por ello, la prostitución voluntaria en condiciones que no supongan coacción, engaño, violencia o sometimiento, bien por cuenta propia o dependiendo de un tercero que establece unas condiciones de trabajo que no conculquen los derechos de los trabajadores, puede ser considerada como una actividad económica, que no puede solventarse con enfoques morales o concepciones ético-sociológicas, pero que si se presta en condiciones aceptables por el Estatuto de los Trabajadores, no puede ser incardinada en el delito del art. 312 CP., STS. 425/2009 de 14.4.

CUARTO: En el caso presente hay que partir del hecho probado de la sentencia, dado que la vía casacional del art. 849.1 LECrim. obliga a respetar dicho factum, pues en estos casos solo se discuten problemas de calificación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el tribunal de instancia, salvo que hayan sido corregidos previamente por estimación de algún motivo fundada en el art. 849.2 LECrim. error en la apreciación de la prueba -o en el art. 852 LECrim. vulneración del derecho a la presunción de inocencia-

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

Pues bien en el relato de hechos probados se recoge que: *además de encontrarse todas las mujeres sin permiso de trabajo y residencia, el acusado tenía establecidas unas "normas internas" del "Harem" de obligado cumplimiento referentes al aspecto e indumentaria* -en el fundamento jurídico segundo se concretan su ropa interior sexy, peinada, maquillada, zapatos de tacón de 9- 13 cm. Uñas cuidadas, higiene, uso de preservativos, de anticonceptivos-, *comportamiento* (amable, sexy, obediente, complaciente, labores de limpieza), y *sistema de multas a las trabajadoras que estableció por concertar citas privadas con clientes, 1000 euros, y de 500 euros por no trabajar en exclusiva, no realizar servicios especiales que hubieran aceptado una vez concertados, y por abandono del trabajo sin preavisar con 15 días de antelación, normas de las que las mujeres eran informadas antes de comenzar a trabajar en el piso y a las que también les entregaba para que cubriesen un registro o ficha personal en la que además de sus datos, rasgos físicos y disponibilidad horaria* -debían estar disponibles las 24 horas librando un solo día a la semana- *se incluía una relación de servicios sexuales especiales en los que las mujeres indicaban "si" o "no",* asimismo el recurrente solicitaba que las mujeres trabajasen también durante los días que tenían la menstruación, a cuyo fin Tarsila hablaba con ellas para tratar de conseguir que trabajasen esos días, facilitándoles unas esponjas cuyo uso les explicaba.

Los clientes pagaban los servicios sexuales al acusado o a persona de su confianza, y hacía cuentas con las mujeres los lunes abonándoles el porcentaje pactado del 50% si bien siempre les dejaba a deber alguna suma con la intención de que regresaran al piso.

Las mujeres procedentes del extranjero con billete pagado por el acusado, no cobraban el porcentaje pactado hasta el completo pago de la deuda por el viaje y tenían que estar disponibles las 24 horas.

Consecuentemente no se trata de que las mujeres carecieran de permiso de trabajo y de alta en la Seguridad Social, lo que derivaría del hecho de su situación de ilegalidad, sino que existen elementos adicionales suficientes para considerar existente su explotación y el tipo objetivo consistente en que el empleo se haga en condiciones perjudiciales para sus derechos laborales.

El recurrente cuestiona en este motivo la credibilidad de la testigo protegido pero olvida que la relevancia del juicio oral reside en la posibilidad que tiene el Juez de percibir directamente las pruebas que se desarrollen en su presencia, que en el caso de prueba testifical adquiere una mayor importancia, del poder discernir las condiciones del testigo, el origen de su conocimiento, su capacidad de comprensión de la realidad, lo que en definitiva, se resume en la pieza de convicción de su testimonio. El juez "a quo" analiza los testimonios de cargo y le lleva a la convicción establecida en el relato de hechos. Como decía la STS. 3.1.2000 "en el proceso penal el testigo se limita a participar al tribunal unos hechos desprovistos de cualquier valoración que el testigo pueda realizar y su testimonio será eficaz o no para el enjuiciamiento de los hechos en función de lo que ha visto y presenciado y lo comunique al tribunal que lo valorará teniendo en cuenta la capacidad de percepción y convicción del testigo", como ha sucedido en el caso actual, en el que la Sala de instancia, en cuanto al





testimonio de la testigo protegida Candida "se le ha concedido credibilidad en aquellos extremos fácticos que la Sala entiende corroborados por otras pruebas".

QUINTO: El motivo tercero por la vía del art. 5.4 LOPJ . y art. 852 LECrim . por vulneración de la tutela judicial efectiva en la modalidad del derecho de defensa y en relación con haberse privado al recurrente del abogado que había designado, con la nulidad subsiguiente de las testificales practicadas en instrucción de Candida , Inmaculada , Constanza y Adolfinia .

El derecho a la asistencia letrada, interpretado por imperativo del art. 10.2 CE, de acuerdo con el art. 6.3 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades públicas, y con el art. 14.3 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, es, en principio, y ante todo, el derecho a la asistencia de un letrado de su propia elección del justiciable (STC. 216/98 de 14.11), lo que comporta de forma esencial que éste pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentalizar su propia defensa (SSTC. 7/86 de 21.1, 12/93 de 18.1). Así pues, en el ejercicio del derecho a la asistencia letrada tiene lugar destacado la confianza que el asistido le inspiren las condiciones profesionales y humanas del Abogado y por ello procede entender que la libre designación de éste viene integrada en el ámbito protector del derecho constitucional de defensa (SSTC. 196/87 de 11.12, 18/95 de 24.1, 105/99 de 14.6, 162/99 de 27.9, 130/2001 de 4.6, 165/2005).

La asistencia letrada, libremente designada o asignada de oficio, se configura, en ciertos casos, tanto en el art. 6.3 c) CEDH como en los preceptos de la Ley procesal que desarrollan las exigencias del art. 24.2 CE, además de cómo un derecho subjetivo como una institución dirigida a asegurar las debidas garantías del proceso (por todas STC. 229/99 de 13.12) de modo que constituye una exigencia estructural del proceso a cuya observancia quedan obligados los órganos judiciales. Ahora bien, la libre designación de abogado, salvo muy excepcionales circunstancias que permitan su restricción, previstas en la Ley y proporcionadas al fin institucionalmente lícito, debe primar siempre sobre la designación de oficio. A dicha primacía se refiere la STC. 130/2001 de 4.6, entre otras al afirmar que "en el proceso penal el órgano judicial habrá de proceder a nombrar al imputado o acusado o condenado un Letrado del turno de oficio tan sólo en los casos en los que, siendo preceptiva su asistencia, aquél, pese a haber sido requerido para ello, no hubiese designado Letrado de su elección o pidiese expresamente el nombramiento de uno de oficio, así como en los supuestos en que, siendo o no preceptiva la asistencia de Letrado, carezca de medios económicos para designarlo y lo solicite al órgano judicial o éste estime necesaria su intervención (SSTC 216/1988, de 14 de noviembre; 18/1995, de 24 de enero), y la única situación en la que la Ley permite la imposición de un Letrado de oficio contra la voluntad del sujeto es la de incomunicación del detenido o preso contemplada en el art. 527ª) LECrim, cuya constitucionalidad ha sido declarada por la STC. 196/87 de 11.12, en virtud de la ponderación del derecho a la asistencia letrada del art. 17.3 CE, con la necesaria protección de otros bienes constitucionalmente reconocidos (STC. 339/2005 de 20.12). Por su parte el TEDH en sentencia 13.5.890 (caso *Artico c. Italia*), en el mismo sentido STC. 195/99 de 14.6, ATC. 158/96 y SSTEDH. 9.10.79 (caso *Airrey* y 25.4, caso *Paneli*) y tenía por finalidad dotar de contenido material la garantía dispuesta en el art. 6.3 c) del Convenio europeo de derechos humanos, estableciendo que no basta con la designación de Abogado de oficio para considerar salvaguardado el derecho, sino que es preciso que el Abogado de oficio asista efectivamente al procesado y que ejerza de modo efectivo la defensa. En este sentido, la efectividad de la defensa y de la asistencia ejercida, en el marco del derecho a un proceso con todas las garantías que consagra el art. 6 CEDH y el art. 24.2 CE, constituye una garantía complementaria a la obligación de nombramiento del Abogado de oficio, pero no puede ser utilizada para prescindir de la voluntad manifestada por el demandante de amparo de designar un Letrado de su elección y justificar la asignación de un Letrado de oficio, produciendo una restricción injustificada, sin apoyo legal para ello, del derecho a la libre designación de Abogado (STC. 339/2005 de 20.12).

En el caso presente, la sentencia analiza de forma detallada en el fundamento de derecho primero como este recurrente al igual que la coacusada Tarsila cuando fueron requeridos para la designación de Letrado que asumiera su defensa, lo hicieron en la persona de la letrada Sra. Concepción , ante la posible concurrencia de intereses entre ambos acusados (fueron nuevamente requeridos manifestando Tarsila que no conocía a otro abogado para designar, que solo conocía a Concepción y si no es posible que se le designara de oficio, Plácido mantuvo como letrado a Concepción , pero a la vista de su declaración y la posible implicación de ésta letrada en los hechos, fue nuevamente requerido para que designara a otro abogado de su elección, manifestando el recurrente que el letrado que quería designar sea D. Antonio Platas, pero es un abogado de la Coruña y ahora se encuentra en esa ciudad, en otro caso se le nombre de oficio para esta declaración. El juzgado intentó ponerse en contacto con ese letrado designado, lo que no pudo llevarse a cabo, por lo que se procedió a designarle uno de oficio, la letrada Sra. Solla que fue el mismo letrado citado para la práctica, con la necesaria contradicción, de las testificales cuya nulidad postula.





Siendo así no puede entenderse producida la infracción denunciada. Si el deseo del recurrente hubiese sido dejar incólume su designación del abogado Sr. Platas, debió así manifestarlo antes de las declaraciones testificales y no simplemente en el momento de su firma con la ambigua expresión de que "estos no son sus abogados", y en todo caso es incompatible con su conducta posterior, confiriendo, al día siguiente de esas declaraciones, su defensa ala misma letrada que le había sido designada de oficio y asistido en esas testificales.

No siendo ocioso recordar la doctrina del Tribunal Constitucional (por todas sentencia 109/2002 de 6.5), que precisa que el resultado de indefensión prohibido por la norma constitucional, ha de ser imputable, por ello, a los poderes públicos y tener su origen inmediato y directo en actos u omisiones de los órganos judiciales, estando excluidos de su ámbito protector la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los representantes profesionales que las representan o defienden (STC 101/1989, de 5 de junio).

Asimismo, hemos declarado que por indefensión constitucionalmente relevante sólo puede entenderse la situación en la que, normalmente con infracción de una norma procesal, el órgano judicial en el curso del proceso impide a una parte el ejercicio del derecho de defensa, privando o limitando, bien su facultad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, bien de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción, produciendo un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa (STC 2/2002, de 14 de enero. Por tal razón, «sólo cabe otorgar relevancia constitucional a aquella que resulta efectiva, de tal forma que no toda infracción o irregularidad procesal cometida por los órganos judiciales provoca, en todos los casos, la eliminación o disminución material de los derechos que corresponden a las partes en el proceso» (SSTC 35/1989, de 14 de febrero; 52/1989, de 22 de febrero, y 91/2000, de 30 de marzo).

Situación que no puede sostenerse se haya producido en el caso presente, en el que el letrado inicialmente designado no fue hallado, procediéndose a designar uno de oficio para que le asistiera en unas diligencias sumariales, sin que previamente a su práctica, el recurrente cuestionara esa designación, que en todo caso, ratificó al día siguiente.

SEXTO: El motivo cuarto por la vía del art. 849.1 LECrim . aplicación indebida del art. 109 CP . con el delito del art. 312.2 , en cuanto al pago de indemnizaciones como responsabilidad civil y por su íntima conexión, por vulneración del art. 120.3 y 9.3 que garantiza la interdicción de la arbitrariedad.

Se argumenta en el motivo que la sentencia a quo condena Plácido a pagar 7.000 E a favor de Gregoria , 7.000 E a favor de la testigo protegida Candida , el 75% de 7.000 a favor de Constanza , y el 75% de 7.000 a favor de Adolfina , cuando en relación a la primera testigo protegido su indemnización está fuera de reglas del criterio humano y de la razón, remitiéndose al motivo segundo, en relación a los datos acreditativos de que tal testigo mintió, y respecto a la segunda, Gregoria tal condena civil es arbitraria, dado que la propia Sala decidió no valora su declaración policial, por lo que no existe, por ello indicio alguno de las condiciones en que pudo ejercer la prostitución.

Debemos recordar al respecto la doctrina de esta Sala (SSTS. 396/2008 de 1.7, 957/2007 de 28.11, 105/2005 de 26.1), en el sentido de que la indemnización de daños y perjuicios derivados de un ilícito penal doloso, que realice el Tribunal de instancia, atendiendo a las circunstancias personales y necesidades generadas, no puede ser sometida a la censura de la casación por ser una cuestión totalmente autónoma y la de discrecional facultad del órgano sentenciador, permitiéndose únicamente el control en el supuesto que se ponga en discusión las bases o diferentes conceptos en que se apoya la fijación de la cifra respectiva, o el supuesto de precisar si existe razón o causa bastante para indemnizar, pero no el alcance cuantitativo del concepto por el que se indemniza.

Es decir que la indemnización fijada únicamente será objeto de fiscalización en casación cuando exista error en la valoración de las pruebas que hubiera determinado la fijación del quantum, indemnizando conceptos no susceptibles de indemnización o a personas en las que no concurra la condición de perjudicado.

En el caso presente el motivo no cuestiona las cantidades fijadas sino esta condición de perjudicado en la testigo protegida y Gregoria , pero lo hace, bien remitiéndose a argumentos ya expuestos en motivos precedentes y que han sido desestimados, o bien no respetando los hechos probados en los que se hace constar que estas dos personas ejercieron la prostitución en las condiciones que se detallan como constitutivas del delito del art. 312.2 CP.

El motivo, consecuentemente, debe ser desestimado.

SEPTIMO: El motivo quinto por la vía del art. 5.4 LOPJ. y 852 LECrim. por vulneración de la tutela judicial efectiva en cuanto al derecho de motivación de la pena a aplicar a Plácido en aplicación de la individualización de pena





basada en razones insuficientes y arbitrarias en cuanto al delito previsto en el art. 318 bis 1.2 y con absoluta ausencia de razón en el delito del art. 312.2 CP, incumpléndose así la exigencia prevista en el art. 66 CP. y vulnerándose los arts. 120.3 y 9.3 CE.

Como la jurisprudencia tiene establecido - SSTS. 540/2010 de 8.6, 383/2010 de 5.5, 84/2010 de 18.2, 665/2009 de 24.6, y 620/2008 de 9.10, el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva en el concreto aspecto de la motivación de la sentencia exige una explicitación suficiente de la concreta pena que se vaya a imponer a la persona concernida. En tal sentido basta citar la doctrina constitucional en esta materia concretada en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional, en su sentencia 21/2008 de 31 de Enero.

"...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...."

Reiteradamente ha señalado esta Sala -por todas STS. 809/2008 de 26.11 - que la obligación constitucional de motivar las sentencias expresadas en el artículo 120.3 de la Constitución comprende la extensión de la pena. El Código Penal en el artículo 66 establece las reglas generales de individualización, y en el artículo 72 concluye disponiendo que los Jueces y Tribunales razonen en la sentencia el grado y la extensión de la pena concretamente impuesta. La individualización realizada por el tribunal de instancia es revisable en casación no solo en cuanto se refiere a la determinación de los grados o mitades a la que se refiere especialmente el citado artículo 66, sino también en cuanto afecta al empleo de criterios inadmisibles jurídico- constitucionalmente en la precisa determinación de la pena dentro de cada grado o de la mitad superior o inferior que proceda.

Es cierto que en ocasiones también ha recordado esta Sala (STS. 27.9.2006), que el Tribunal Constitucional interpretando los arts. 24 y 120 CE. ha señalado que una motivación escueta y concisa no deja, por ello, de ser tal motivación, así como una fundamentación por remisión no deja tampoco de serlo, ni de satisfacer la indicada exigencia constitucional (SSTC, 5/87, 152/87 y 174/87), no exigiéndose que las resoluciones judiciales tengan un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado, pero también lo es que esta Sala ha dicho, SSTS. 976/2007 de 22.11, 349/2008 de 5.6, que la sentencia impugnada no individualiza la pena impuesta en los términos que exige el art. 120 de la Constitución y 66 y 72 del Código Penal, cuando el Tribunal tan sólo alude a la gravedad del hecho y a la proporcionalidad, sin explicar, de forma racional, el concreto ejercicio de la penalidad impuesta. Y, en otras ocasiones, se ha precisado (STS de 18-6-2007, nº 599/2007), que aún habiéndose hecho genéricamente referencia a la gravedad del hecho, sin embargo, debió justificarse su individualización en cuanto no se impuso la mínima legal.

En este sentido, el art. 66, regla primera, del Código Penal, disponía que: «cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia». Esta es la redacción hasta la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, que retocó dicho artículo 66, convirtiendo la regla primera, para lo que aquí afecta, en regla sexta, y si bien es cierto que desaparece el aserto: «razonándolo en la sentencia», no puede ser interpretado de manera que conduzca a la ausencia de motivación, pues ésta resulta del art. 120.3 de la Constitución Española y el art. 72 del Código penal, modificado por LO 15/2003, de 2.11, aclara ahora que para verificar tal individualización penológica, se razonará en la sentencia el grado y extensión concreta de la pena impuesta.



En concreto y en cuanto a la individualización de la pena a imponer deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho. En cuanto a las primeras son las que se refieren a los motivos o razones que han llevado a delinquir el acusado, así como aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica y que deben corregirse para evitar su reiteración delictiva.

La gravedad del hecho a que se refiere el precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el Legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal delito. Se refiere la Ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer. Por ello, en cuanto a los caracteres del hecho, es decir, a un mayor o menor gravedad, tiene que tenerse en cuenta que el legislador ha puesto de manifiesto en la infracción, su doble consideración de acto personal y de resultado lesivo para el bien jurídico, de modo que para determinar ese mayor o menor gravedad del hecho ha de valorarse el propio hecho en sí, con arreglo a la descripción que se contenga en el relato de hechos, es decir, con arreglo al verdadero hecho real, y así concretar el supuesto culpable, por cuanto la gravedad del hecho aumentará o disminuirá en la medida que lo haga la cantidad del injusto (antijuricidad o el grado de culpabilidad del delincuente, la mayor o menor reprochabilidad que merezca). Por ello, y considerando que el legislador, al establecer el marco penal abstracto, ya ha valorado la naturaleza del bien jurídico afectado y la forma básica del ataque al mismo, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá:

En primer lugar, de la intensidad del dolo, -y si es directo, indirecto o eventual- o, en su caso, del grado de negligencia imputable al sujeto.

En segundo lugar, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá de las circunstancias concurrentes en el mismo, que sin llegar a cumplir con los requisitos necesarios para su apreciación como circunstancias atenuantes o agravantes, ya genéricas, ya específicas, modifiquen el desvalor de la acción o el desvalor del resultado de la conducta típica.

En tercer lugar, habrá que atender a la mayor o menor culpabilidad -o responsabilidad- del sujeto, deducida del grado de comprensión de la ilicitud de su comportamiento (conocimiento de la antijuricidad del grado de culpabilidad y de la mayor o menor exigibilidad de otra conducta distinta).

Y en cuarto lugar, habrá que tener en cuenta la mayor o menor gravedad del mal causado y la conducta del reo posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad.

Se trata en definitiva, de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial y controlable en casación, incluso por la vía del art. 849.1 LECrim. para la infracción de Ley.

Ante una ausencia de motivación de la individualización de la pena, caben tres posibles remedios, como recuerda, entre otras, la STS. 13.3.2002:

- a) Devolver la sentencia al órgano jurisdiccional de instancia para que dicte otra razonando lo que en la primera quedó irrazonado;
- b) Subsanar el defecto en el supuesto de que el órgano jurisdiccional de apelación le facilite la sentencia de instancia los elementos necesarios para motivar la individualización de la pena, bien en la misma extensión fijada por el de instancia, bien en otra que el de apelación considere adecuada;
- c) Imponer la pena establecida por la ley en su mínima extensión.

La primera opción, que implica la nulidad parcial de la sentencia, tiene como limitación lo dispuesto en el art. 240.2 párrafo 21 LOPJ. en su redacción dada por la LO. 19/2003 de 23.12 (" *en ningún caso podrá el Juez o Tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso , salvo que apreciar falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal*"). La segunda opción es posible, cuando los elementos contenidos en la propia sentencia permitan al juzgador de apelación (o casación) hacer las valoraciones necesarias para la fijación concreta de la pena en cumplimiento de las reglas de los distintos apartados del art. 66 CP. y demás aplicables a la penalidad del hecho delictivo enjuiciado. En cuanto a la tercera, procede únicamente y de forma excepcional cuando se haya intentado infructuosamente la subsanación en la omisión o ésta ya no sea posible y, además, de la sentencia no resulten elementos que permitan al juzgador ad quem la individualización de la pena.



En el caso presenten relación a la pena impuesta por el delito del art. 318 bis 1 y 2, 6 años prisión, con independencia de no ser cierta la afirmación del recurrente de que se sitúa en el límite máximo de la mitad inferior, pues ésta tiene un marco penológico de 5 a 7 años y 6 meses de prisión, el motivo carece de efectividad dada la estimación del motivo primero y la no aplicación del subtipo agravado del párrafo 2º, con la necesidad de proceder por esta Sala a una nueva individualización penológica en el marco del art. 318 bis 1 -cuatro a ocho años de prisión-.

Y con respecto a la pena impuesta por el delito del art. 312.2 CP, 2 años y 6 meses y multa de 9 meses a razón de 10 E día, en primer lugar tampoco es correcto sostener que sea el máximo de la mitad inferior en cuanto a la pena privativa de libertad, pues tal mitad comprende una penalidad de 2 a 3 años y 6 meses prisión; en segundo lugar ese exceso sobre el mínimo legal imponible, 6 meses, está justificado precisamente por el número de personas afectadas por tal delito, que si bien no determina una infracción delictiva por cada sujeto pasivo, si debe ser un factor de individualización en la concreta determinación de la pena; y por último la extensión de la multa está justificada por las mismas razones y su cuantía, 10 E diarios, teniendo en cuenta que su fijación valorando exclusivamente la situación económica del reo, ha de realizarse dentro de una mínima cuota diaria de dos euros y máxime de cuatrocientos, se considera proporcionada a los recursos económicos del recurrente, que regentaba dos pisos en los que empleaba mujeres para el ejercicio de la prostitución y no resulta ilógico, arbitrario o irracional presumir unos ingresos alegados de una situación de extrema indigencia o miseria que obligaría a su imposición en su umbral mínimo.

RECURSO INTERPUESTO POR Tarsila

OCTAVO: El motivo primero por la vía del art. 849.1 LECrim . por aplicación indebida de participación criminal en el delito de inmigración ilegal, art. 318 bis CP , en relación con el art. 29 CP , dado que los hechos probados no permiten determinar que Tarsila haya participado como cómplice en el delito de inmigración ilegal de Adolfina al no estar probado que supiese que el coacusado Plácido promoviera la venida a España de ésta, bajo el amparo de una falsa estancia turística ni en otra forma ilícita, ni que supiese que venía a España a ejercer la prostitución.

Se argumenta en el motivo que para declarar la culpabilidad del cónyuge, como autor o cómplice, en el delito de inmigración ilegal del art. 318 bis, se precisa que quede probado que el cónyuge realizó un acto que inequívocamente sea de participación en el acto inmigratorio del autor y que quede probado que el cónyuge conocía que el acto inmigratorio en el que participa era ilícito, y en el relato histórico solo se da por probado una llamada telefónica de Adolfina , para que viniera a España, lo que no muestra ni que conociese el propósito criminal del promovente a la inmigración ilegal, Plácido , ni que tuviese voluntad de contribuir en tal delito y menos aun que el acto de Tarsila fuese "consciente y eficaz" para la realización criminal.

a) Como hemos dicho en SSTs. 128/2008 de 27.2, 960/2009 de 16.10, 391/2010 de 6.5, en la cooperación la determinación de cuando es meramente eficaz calificada de complicidad y cuando, además, es necesaria, considerada como autoría, se oponen una concepción abstracta y una concreta. Para la primera, ha de determinarse si el delito se habría podido efectuar o no sin la cooperación del partícipe, en tanto para la segunda por la jurisprudencia ha de investigarse si, en ese caso concreto, ha contribuido necesariamente a la producción del resultado como condición sine qua non, formulándose en la doctrina, para determinar tal necesidad, la teoría de los bienes escasos, tanto en las contribuciones que consisten en la entrega de una cosa, como en las que son de un mero hacer, y la del dominio del hecho (STS. 89/2006 de 22.9). Existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la conditio sine qua non), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho) (STS. 1159/2004 de 28.10).

En la STS. 699/2005 de 6.6 , se reconoce que para la distinción entre cooperación necesaria y complicidad, entre la teoría del dominio del hecho y la de la relevancia , la jurisprudencia, aún con algunas vacilaciones, se ha decantado a favor de esta última, que permite, a su vez, distinguir entre coautores y cooperadores necesarios, visto que "el dominio del hecho depende no sólo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en que la aportación se produce "de modo que" el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el momento de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene, en principio, el dominio del hecho" y así "será un partícipe necesario, pero no coautor", concluyendo que "lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen. Lo decisivo a este respecto es la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores".

Como decíamos en la STS. 147/2007 de 28.2, la complicidad criminal requiere una participación meramente accesoria, no esencial, que se ha interpretado jurisprudencialmente en términos de imprescindibilidad o no concreta o relacionada con el caso enjuiciado (STS. 1001/2006 de 18.10), no en términos de hipotéticas





coyunturas comisivas. Debiendo existir entre la conducta del cómplice y la ejecución de la infracción, una aportación que aunque no sea necesaria, facilite eficazmente la realización del delito de autor principal (STS. 185/2005 de 21.2).

La complicidad - dice la STS. 1216/2002 de 28.6 -, requiere el concierto previo o por adhesión («pactum scaeleris»), la conciencia de la ilicitud del acto proyectado («consciencia scaeleris»), el denominado «animus adiuvandi» o voluntad de participar contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito y finalmente la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar, para la realización del empeño común. Se distingue de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en el sentido de ser fácilmente sustituible al no tratarse de un bien escaso.

Tiene declarado este Tribunal que el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados. Se trata, no obstante, como acabamos de exponer, de una participación accidental y de carácter secundario. El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél, (SSTS. 5.2.98, 24.4.2000).

b) Asimismo -como acertadamente señala este recurrente- entre los principios fundamentales del Derecho Penal ha sido reconocido, sin excepciones, el de la responsabilidad personal. De acuerdo con este principio, la base de la responsabilidad penal requiere como mínimo, la realización de una acción culpable, de tal manera que nadie puede ser responsable por la acciones de otro. El Tribunal Constitucional STS. 131/87 ha sostenido que "el principio de la personalidad de las consecuencias jurídico -penales, que se contiene en el principio de legalidad", en particular se impone al interprete establecer claras delimitaciones objetivas en los tipos en los que el aspecto exterior de la conducta está descrito en la Ley de manera tan ambigua que no es posible una aplicación literal del mismo como sucede- y así se resalta en el motivo, el los supuestos de tenencia de drogas con propósito de trafico. El acceso a la droga que tiene el cónyuge, el padre, hijo o persona que convive con otra de manera análoga no puede comportar por si sola la realización del tipo penal. Naturalmente que en este delito es posible compartir la tenencia y que esto es posible también cuando se la comparte entre cónyuge o entre padres e hijos, o demás moradores de la vivienda Pero en la medida en que es preciso excluir la responsabilidad penal por hechos ajenos, se requerirán que en estos casos se acrediten circunstancias adicionales que vayan más allá de la mera convivencia familiar y que permitan deducir la coautoría en el sentido de real coposesión de las drogas.

Estas circunstancias pueden ser muy diversas, en cada caso y difícilmente se podrían reducir a un catálogo cerrado, no obstante lo cual exigirán una comprobación positiva de los elementos que diferencian la convivencia familiar con el autor respecto de la coautoría misma, pues la sola relación familiar no puede ser fundamento válido de la coautoría de la tenencia.

En efecto la posesión ilícita no puede deducirse del solo hecho de la convivencia bajo el mismo techo, aunque en el domicilio se ocupen drogas y determinados útiles para su manipulación, si no aparecen otras pruebas o indicios. En el Derecho Penal instaurado y basado en el principio de culpabilidad, art. 1 CP, no puede admitirse ningún tipo de presunción de participación por aquella vida en común, incluso por el conocimiento que uno de los convivientes tenga del tráfico que el otro realiza.

De otra manera en dichos delitos se burlaría por esta vía de exclusión de la obligación de denunciar a los allegados o de declarar contra el pariente, art. 416 LECrim., o incluso de la prohibición de encubrir, art. 454 CP, que ha dispuesto el legislador, reemplazándola por una autoría fundada en la mera convivencia familiar (SSTS. 4.12.91, 4.4.2000, 4.2.2002), que dice textualmente: "el conocimiento de la futura comisión del delito por quien según la jurisprudencia de esta Sala citada en la sentencia recurrida, no es garante de impedir su realización es completamente insuficiente para justificar su condena pro el delito de tráfico de drogas. En efecto, el conocimiento de la acción realizada por otros no constituye una "activa participación" en el delito, como lo entendió la Audiencia, dado que conocer no es actuar y que el conocimiento, sin la realización de la acción da lugar a una omisión de actuar, que solo sería relevante en el caso que el omitente fuera garante".





En relación con este extremo hemos dicho en STS. 443/2010 de 19.5, que el derecho vigente establece, naturalmente, deberes de solidaridad entre los cónyuges que pueden ser fundamento de una posición de garante. Pero es también indudable, que a tales deberes de solidaridad, precisamente por su naturaleza, no pueden proporcionar ninguna base al establecimiento de una posición de garante respecto de bienes jurídicos ajenos. Estos deberes de solidaridad, por el contrario, se refieren solo a los bienes jurídicos propios del otro cónyuge, pero no determinan una especial coautoría.

Con razón ha señalado la doctrina que ello implicaría una forma de "responsabilidad familiar", que contradice el carácter personal de la pena en el derecho moderno. La realización del tipo penal, posibilita compartir la tenencia, pero se requerirá que se acrediten circunstancias que vayan más allá de la convivencia familiar para acreditar el ánimo de tráfico, "el simple conocimiento de esta actividad, aunque racionalmente presumible e incluso reconocido, no es fundamento por si solo para fundar la autoría", insistiéndose en la STS. 194/2006 de 10.2, en que no puede fundarse la responsabilidad en la comisión por omisión del delito ya que los cónyuges no son garantes de que el otro no cometa el delito.

Ahora bien en el caso que se examina, la sentencia considera probado que Tarsila sabía que Plácido traía mujeres que ejercían la prostitución en España, que desde 2007 vivía como pareja con este acusado en el piso de DIRECCION000 de Vigo en el que distintas mujeres ejercían la prostitución y en cuyo ejercicio esta recurrente participaba como encargada cobrando el dinero a los clientes que entregaba a Plácido, que sabía que éste gestionaba billetes a extranjeras y que después cobraba el dinero a las chicas. Deducir de ello que conocía, o al menos debía conocer con dolo eventual con alta probabilidad de antijuricidad, que su pareja facilitaba así la entrada ilegal de esas mujeres como turistas para ejercer en realidad la prostitución, resulta lógica y racional y conforme a las reglas y máximas de común experiencia, dada su relación personal con Plácido, su propia convivencia con las mujeres en el piso y las funciones que desempeñaba, y si en esta situación, participó de forma activa en la llegada de Adolfinia, llamándola por teléfono, ante su inicial negativa, para que viniera a España, tal acto de colaboración puede encuadrarse en la complicidad

NOVENO: El motivo segundo, en relación con la condena por complicidad en el delito de inmigración ilegal, por la vía del art. 5.4 LOPJ . y art. 852 LECrim . por vulneración del principio de presunción de inocencia contenido en el art. 24.2 CE . y por su íntima vinculación, la vulneración de la tutela judicial efectiva en su aspecto del derecho a la motivación.

El motivo se articula en base a la doctrina jurisprudencial que ha proclamado que en base a la presunción de inocencia esta Sala ejerce su control revisor en lo referente a los principios de racionalidad o ajuste a las reglas de experiencia o de la lógica, y carece de lógica predicar como elemento culpabilístico a Tarsila que conocía que Plácido había traído a mujeres comprándole los billetes, porque tal conocimiento no se predica respecto a Adolfinia .

Igualmente carece de lógica sustentar la culpabilidad en que Tarsila conocía que Plácido había realizado inmigraciones ilegales.

Carece también de rigor lógico intentar sustentar la culpabilidad de Tarsila afirmando que conocía que Plácido, tras comprar billetes a las mujeres y que después se los cobraba.

Asimismo Tarsila afirmó creer en la legalidad de la emigración de mujeres que venían como "estancia turística" y que ello era lícita porque Plácido se lo indicó y que el lo conoció por asesoramiento de la abogada, sin que en la sentencia exista motivación alguna para repudiar estas manifestaciones.

Y finalmente que se declara que Tarsila conocía que un tal Javier por pacto con Plácido fue a Brasil para el "suministro de personas para animación de fiestas", no puede ser elemento desde el que se sustente la culpabilidad de aquélla, en la inmigración ilegal, al estar ausente de rigor lógico, por cuanto no se afirma que el pacto entre Plácido y Javier tuviese como destino la prostitución de las mujeres.

Previamente debemos recordar SSTS. 383/2010 de 5.5, 14/2010 de 28.1, 1322/2009 de 30.12 que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim. pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5; en virtud del art. 852 LECrim, el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto el





acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

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

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 299/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10).

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

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





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

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

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

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

Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la intermediación de que dispuso, intermediación que no puede servir de coartada para eximir de la obligación de motivar.

Así acotado el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia, bien puede decirse que los Tribunales de apelación, esta Sala de Casación o incluso el Tribunal Constitucional en cuanto controlan la motivación fáctica de la sentencia sometida a su respectivo control, actúan verdaderamente como Tribunales de legitimación de la decisión adoptada en la instancia, en cuanto verificar la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, confirmándolas o rechazándolas – SSTC de 10 de Junio de 2002, 3 de Julio de 2002, 1 de Diciembre de 2006, 685/2009 de 3 de Junio- y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda decisión inmotivada o con motivación arbitraria.

Asimismo se debe destacar que a falta de prueba directa también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento de condena sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que:

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



tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada' (STC 229/2003 de 18.12, FJ. 24).

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

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

DECIMO: En el caso presente ya se han destacado en el motivo primero cuales son los indicios o datos que la sentencia tiene en cuenta para considerar que con conocimiento de que Plácido organizaba la entrada ilegal de mujeres extracomunitarias, participó en las gestiones para la vendía a España de Adolfinia . La recurrente cuestiona el valor de cada uno de ellos, pero esta Sala (SSTS. 56/2009 de 3.2, 487/2006 de 17.7, 260/2006 de 9.3), ya ha descartado el error de pretender valorar aisladamente los indicios, ya que la fuerza probatoria de la prueba indiciaria procede precisamente de la interrelación y combinación de los mismos, que concurren y se refuerzan mutuamente cuando todos ellos señalan racionalmente en una misma dirección. Es decir no resulta aceptable analizar cada uno de aquellos elementos y a darles otra interpretación, o bien aislarles del conjunto probatorio extrayendo sus propias e interesadas conclusiones, pues la fuerza convictiva de la prueba indirecta se obtiene mediante el conjunto de los indicios probados, a su vez, por prueba directa, que en esta sede casacional no pueden ser nuevamente revisados y que no se trata del aislado análisis de cada uno de los indicios en su particularidad probatoria, que pueden ser, en sí mismos, cada uno de ellos, insuficientes a los efectos pretendidos (porque en caso contrario sobraría su articulación referencial) pero en conjunto arrojar, a juicio de la Sala sentenciadora, una convicción que despega del propio análisis de cada uno de ellos en particular, ofreciendo en su totalidad una conclusión probatoria, sobre la que esta Sala casacional únicamente tiene que comprobar que cuenta con la necesaria racionalidad y con un adecuado soporte estructural de tipo argumental (SSTS. 29.1.2008, 19.10.2005).

DECIMO PRIMERO: El motivo tercero por la vía del art. 852 LECrim . por vulneración del art. 24 CE . respecto al principio de presunción de inocencia, quedando asimismo infringido, por su íntima conexión el principio de la tutela judicial efectiva en su aspecto del Derecho a la motivación de la resolución, junto con el art. 120.3 CE , y art. 9.3 CE , que garantiza la interdicción de la arbitrariedad en cuanto al delito previsto en el art. 312.2 CP .

Se señala en el motivo que la sentencia declara existente este delito en relación a 5 mujeres extranjeras y en base a dos elementos: porque carecían de permiso de trabajo y porque trabajaban en condiciones laborales en contra de las disposiciones legales, convenios o contrato individual, bien entendido que su condena es como cómplice por su menor relevancia participativa y porque no consta que interviniese ni en la fijación de condiciones de trabajo, ni en las multas, ni en los pagos a mujeres, ni en los beneficios del negocio, pero existiendo una ausencia de motivación y sin que se afirme en los hechos probados que conociera que las ciudadanas extranjeras estuviesen sin permiso de trabajo, limitándose en la fundamentación jurídica a señalar que "necesariamente tenía que conocer" por las razones expuestas para el delito de inmigración ilegal.

El motivo se desestima.

Con referencia a la falta de motivación, las SSTS. 171/2010 de 10.3, recoge la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional (SSTC. 160/2009 de 29.6, 94/2007 de 7.5), en relación con la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales como contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24.1 CE. Sirviéndonos a este fin de la precisa síntesis contenida en la STC. 314/2005 de 12.12, cabe subrayar que:

a) El requisito de la motivación de las resoluciones judiciales halla su fundamento en la necesidad de conocer el proceso lógico- jurídico que conduce el fallo, y de controlar la aplicación del Derecho realizable por los órganos judiciales a través de los oportunos recursos a la vez que permite contrastar la razonabilidad de las resoluciones judiciales. Actúa, en definitiva, para permitir el más completo ejercicio del derecho de defensa

por parte de los justiciables quienes pueden conocer así los criterios jurídicos en los que se fundamenta la decisión judicial, y también actúa como elemento preventivo de la arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción.

b) El deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide o, lo que es lo mismo, no existe un derecho del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial (SSTC. 14/91, 175/92, 105/97, 224/97), sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que contengan, en primer lugar, los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquella (STC. 165/79 de 27.9), y en segundo lugar, una fundamentación en Derecho (SSTC. 147/99 de 4.8 y 173/2003 de 19.9).

c) La suficiencia de la motivación no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales, sino que requiere examinar el caso concreto para ver, si a la vista, de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido o no este requisito de las resoluciones judiciales (SSTC. 2/97 de 13.1, 139/2000 de 29.5).

En igual dirección esta Sala Segunda en sentencias 1045/2009 de 4.11, 59/2009 de 3.2 y 776/2007 de 3.10, entre otras muchas, ha recordado que el derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el art. 24.1 CE. comprende entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada en derecho de los Jueces y Tribunales y exige que las sentencias expliciten de forma suficiente las razones de sus fallos, esto es, que estén motivadas de forma bastante, lo que además ya venía ya preceptuado en el art. 142 LECrim. está prescrito en el art. 120.3 CE. y se deduce implícitamente de la prohibición de la arbitrariedad que impone el art. 9.3 de la misma Supra Ley.

Por ello, podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva cuando no sea fundada en derecho, lo cual ocurre en estos casos:

a) Cuando la resolución carezca absolutamente de motivación, es decir, no contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Al respecto, debe traerse a colación la doctrina constitucional sobre el requisito de la motivación, que debe entenderse cumplido, si la sentencia permite conocer el motivo decisorio excluyente de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad de la decisión adoptada (SSTC. 25/90 de 19.2, 101/92 de 25.6), con independencia de la parquedad del razonamiento empleado: una motivación escueta e incluso una fundamentación por remisión pueden ser suficientes porque la Constitución no garantiza un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial, ni corresponde a este Tribunal censurar cuantitativamente la interpretación y aplicación del derecho a revisar la forma y estructura de la resolución judicial, sino sólo "comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye lógica y jurídicamente suficiente motivación de la decisión adoptada".

b) Cuando la motivación es solo aparente, es decir, el razonamiento que la funda es arbitrario, irrazonable e incurre en error patente. Es cierto como ha dicho el ATC. 284/2002 de 15.9 que "en puridad lógica no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad e irrazonabilidad debe tenerse por inexistente", pero también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistente o patentemente erróneas o siguen sin desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas". (STS. 770/2006 de 13.7).

En definitiva solo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestas y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución, de hecho, carece de toda motivación o razonamiento.

Ahora bien la cuestión de si la valoración de la prueba está suficientemente motivada en las sentencias no es una cuestión que atañe solo al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE.), afecta principalmente al derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE.). El Tribunal Constitucional ha reiterado que uno de los modos de vulneración de este derecho lo constituye precisamente la falta de motivación del iter que ha conducido de las pruebas al relato de hechos probados de signo incriminatorio como se afirma en la STC. 145/2005 de 6.6, existe "una íntima relación que une la motivación y el derecho a la presunción de inocencia, que no en vano consiste en que la culpabilidad ha de quedar plenamente probada, lo que es tanto como decir expuesta o mostrada. La culpabilidad ha de motivarse y se sustenta en dicha motivación, de modo que sin la motivación se produce ya una vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Así lo hemos afirmado en numerosas ocasiones, señalando que no sólo se vulnera el derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo validas o cuando por ilógico o insuficiente, no sea razonable el iter decisivo que



conduce de la prueba al hecho probado, sino también, con carácter previo a estos supuestos, en los casos de falta de motivación del resultado de la valoración de las pruebas (SSTC. 189/98 de 28.9, FJ.2, 120/99 de 28.6, 249/2000 de 30.10 FJ.3, 155/2002 de 22.7 FJ. 7, 209/2002 de 11.11 FJ. 3, 163/2004 de 4.10 FJ.9).

Una de las consecuencias de esta perspectiva constitucional de la falta de motivación suficiente del relato fáctico incriminatorio es la de que la plena reparación del derecho vulnerado pasará normalmente por la anulación sin retroacción de la sentencia condenatoria. En términos análogos a los utilizados por la STC. 151/97 de 18.6, para el derecho a la legalidad sancionadora, la falta de un fundamento fáctico concreto y cognoscible priva a la pena del sustento probatorio que le exige el art. 24.2 CE. y convierte el problema de motivación, reparable con una nueva, en un problema de presunción de inocencia, solo reparable con su anulación definitiva.

De ahí que puede afirmarse que por exigencias del modelo cognitivo constitucional, la motivación fáctica adquiere, al menos, la misma esencialidad que previamente tenía la motivación en derecho.

En el caso presente la sentencia de instancia considera probado las personas que ejercieron la prostitución en el piso de DIRECCION000 , testigo protegido Candida y Gregoria , así como otras ciudadanas extranjeras extracomunitarias carentes de permiso de trabajo (informe extranjería folios 2295 y 2296), como Constanza y Inmaculada , que procedentes de Brasil, llegaron a España por sus propios medios, y las condiciones de funcionamiento del piso de citas en los que las mujeres realizaban su trabajo -que ya han sido expuestas en el motivo correspondiente al recurso interpuesto por Plácido - por el documento nº 11, archivadores hallados en el registro del piso y por las testificales de Constanza y Inmaculada y de la testigo protegido, y que esta recurrente por las mismas razones expuestas para el delito de inmigración, esto es en relación de pareja con Plácido , su convivencia en el piso con las mujeres y las propias funciones que desempeñaba, que serán analizadas en el motivo siguiente, las conocía, en base a la doctrina de esta Sala acerca del dolo eventual y la teoría del asentimiento, es un razonamiento que no puede calificarse de arbitrario o irrazonable y que podrá no ser compartido por la recurrente, pero es ajeno a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

DECIMO SEGUNDO:El motivo cuarto, en relación con el delito de los trabajadores, art. 312.2 y su condena por complicidad por la vía del art. 849.1 LECrim . por aplicación indebida de dicho delito en relación con el art. 29 CP .

Se señala en el motivo que ninguno de los actos que se afirman realizaba Tarsila era conducente a que ninguna de las mujeres tuviesen suprimidos o restringidos su derechos laborales legales.

El motivo debe ser desestimado.

La cuestión sobre si las condiciones laborales que el acusado Plácido establecía para el funcionamiento y actividad de las prostitutas perjudicaban, suprimían o restringían los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual ya ha sido resuelta en sentido afirmativo en el motivo segundo del recurso articulado por aquel acusado, al no limitarse a la ausencia de permiso de trabajo, sino a indumentaria, comportamiento, multas, servicios "especiales", trabajar con la menstruación, disponibilidad las 24 horas con jornada laboral de 6 días a la semana etc...

Siendo así y conociendo la recurrente estas condiciones, su participación como "encargada", cobrando a los clientes y entregando el dinero a Plácido , realizando los apuntes en los partes diarios de trabajo, hablando con las chicas para que trabajasen en días de la menstruación colocándose una esponja y conociendo asimismo que Plácido pagaba los billetes del viaje a las extranjeras y no las abonaba su porcentaje hasta el completo pago de la deuda por el viaje, puede, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta ut supra en el motivo 2º, subsumirse en la complicidad y no en la coautoría, precisamente por no constar que interviniera directamente ni en la fijación de las condiciones de trabajo, ni en las multas, ni en los pagos a las mujeres, ni en los beneficios del negocio.

RECURSO INTERPUESTO POR Concepción

DECIMO TERCERO: El motivo primero se formula al amparo del art. 5.4 LOPJ . por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia, art. 24.1 y 2 en relación con el art. 53.1 CE . al ser la única prueba de cargo la declaración de un coimputado en contradicción con los requisitos establecidos por la jurisprudencia para su validez.

Se dice en el motivo que los contratos de animación de fiestas y suministros de personas para la animación de fiestas fueron redactados pro la recurrente deduciendo el órgano sentenciador de esta circunstancia que lo hizo con la finalidad de captar y trasladar mujeres desde países extracomunitarios a España, lo que sirve para fundamentar su condición de cómplice en el delito cometido de inmigración ilegal, pero sin motivar ni





razonar porqué concede más valor a sus declaraciones del coacusado que a otras y sin señalar cuales son los elementos de corroboración.

Hemos dicho con reiteración -por todas SSTs. 372/2010 de 29.4, 84/2010 de 18.2, 1290/2009 de 23.12, 1142/2009 de 24.11, 728/2008 de 18.11, 335/2008 de 10.6, que las posibilidades de valorar las manifestaciones acusatorias de un coimputado como prueba hábil para desvirtuar la presunción de inocencia ha sido admitida de modo tan constante por la jurisprudencia -tanto del Tribunal Constitucional como de esta Sala- que parece innecesaria la cita de sentencias en que dicha doctrina se ha visto reflejada. El propio Legislador parece dar por supuesto el valor probatorio de tales declaraciones al establecer en los arts. 376 y 479 CP. 1995, circunstancias privilegiadas de atenuación de la responsabilidad criminal aplicables a los conocimientos llamados "arrepentidos" .que están acusados en un procedimiento por delito de tráfico de drogas o de terrorismo- si coadyuvan eficazmente a la obtención de "pruebas decisivas" para la identificación o captura de otros responsables.

Ahora bien, la admisión del valor probatorio de las declaraciones de los coimputados -aconsejada, sin duda, por las dificultades con que casi siempre tropieza la investigación de la delincuencia organizada- no se ha producido sin reservas en la propia jurisprudencia que ha recordado con frecuencia, tanto la peculiaridad de una declaración acusatoria prestada por quien no tiene obligación de decir verdad, como la posibilidad de que dicha declaración está determinada por móviles espurios. Como una y otra circunstancia son susceptibles de restar credibilidad a la acusación del coimputado y la necesidad de perseguir eficazmente ciertos delitos de especial peligrosidad en la sociedad de nuestro tiempo no debe difuminar la importancia de las garantías que jamás puede faltar en el proceso penal de un Estado democrático de Derecho.

No obstante, también debe recordarse que aunque el coacusado no está obligado a decir verdad, no es menos cierto que ello no supone que pueda acusar a otros de manera impune. Las acusaciones inveraces serán constitutivas de acusación y denuncia falsa.

La STS. 13.12.2002, precisa que la declaración del coimputado ha sido considerada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala como prueba hábil para enervar la presunción de inocencia, sin ignorar las cautelas con las que debe ser observada, pues como en alguna ocasión se ha señalado, se trata de una prueba sospechosa, toda vez que el coimputado no se encuentra en la causa en la misma posición que el testigo, no tiene obligación de decir la verdad y puede perseguir con su actitud colaboradora la obtención de algunos beneficios. Todo ello debe ser examinado por el Tribunal de instancia al efecto de descartar que la declaración inculpatoria para otro de los acusados pueda estar influida de manera que se vea negativamente afectada su veracidad.

Ha de tenerse en cuenta que el mero hecho de pretender que sea reconocida de alguna forma la colaboración de la Justicia no es un dato que elimine por sí mismo la veracidad de la declaración del coimputado, pues además de que puede no ser la única razón, no implica la imposibilidad de que subsista un deseo de colaborar.

Es por eso, que cuando la única prueba de cargo es la declaración del coimputado se ha exigido como elemento de valoración la existencia de algún tipo de corroboración objetiva. La ausencia de algún tipo de corroboración tiene una mayor trascendencia cuando la declaración ha sido prestada en la causa y rectificadas en el juicio oral. Cuando la declaración inculpatoria se presta ante el Tribunal sometándose el coimputado al interrogatorio del Fiscal y de las partes no puede negarse valor a la inmediatez vinculada de forma intensa a la oralidad, pues en definitiva una parte importante de la valoración de esta clase de pruebas personales depende de la percepción directa.

Tanto el Tribunal Constitucional como esta Sala han establecido que las declaraciones de coimputados son pruebas de cargo válidas para enervar la presunción de inocencia, pues se trata de declaraciones emitidas por quienes han tenido un conocimiento extraprocesal de los hechos imputados, sin que su participación en ellos suponga necesariamente la invalidez de su testimonio, aunque sea un dato a valorar al determinar su credibilidad (Cfr. STC 68/2002, de 21 de marzo y STS nº 1330/2002, de 16 de julio, entre otras). Sin embargo, ambos Tribunales han llamado la atención acerca de la especial cautela que debe presidir la valoración de tales declaraciones a causa de la posición que el coimputado ocupa en el proceso, en el que no comparece como testigo, obligado como tal a decir la verdad y conminado con la pena correspondiente al delito de falso testimonio, sino como acusado y por ello asistido de los derechos a no declarar en su contra y a no reconocerse como culpable, por lo cual no está obligado legalmente a decir verdad, pudiendo callar total o parcialmente.

En orden a superar las reticencias que se derivan de esa especial posición del coimputado, la doctrina de esta Sala ha establecido una serie de parámetros o pautas de valoración, referidas a la comprobación, a cargo del Tribunal de instancia, de la inexistencia de motivos espurios que pudieran privar de credibilidad a tales declaraciones, como la existencia de razones de enemistad o enfrentamiento, odio o venganza, afán de



autoexculpación u otras similares. A estos efectos, han de valorarse, de existir, las relaciones existentes entre quien acusa y quien es acusado.

En el examen de las características de la declaración del coimputado el Tribunal Constitucional ha afirmado que "la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo única, no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas", lo que ha sido matizado en otras sentencias (STC 115/1998, 68/2001, de 17 de marzo y la antes citada STC 68/2002) en el sentido de que "el umbral que da paso al campo de libre valoración judicial de la prueba practicada está conformado en este tipo de supuestos por la adición a las declaraciones del coimputado de algún dato que corrobore mínimamente su contenido. Antes de ese mínimo no puede hablarse de base probatoria suficiente o de injerencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia".

No ha definido el Tribunal Constitucional lo que haya de entenderse por corroboración, "más allá de la idea de que la veracidad de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún dato, hecho o circunstancia externa, debiendo dejar la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no al análisis caso por caso" (STC nº 68/2002, de 21 de marzo). Lo que el Tribunal Constitucional ha exigido, como recuerda la STC 68/2001, es que "la declaración quede «mínimamente corroborada» (SSTC 153/1997 y 49/1998) o que se añada a las declaraciones del coimputado «algún dato que corrobore mínimamente su contenido» (STC 115/1998), dejando, como no puede ser de otro modo, a la casuística la determinación de lo que deba ser entendido por corroboración", (SSTC. 118/2004 de 12.7, 190/2003 de 27.10, 65/2003 de 7.4, SSTC. 14.10.2002, 13.12.2002, 30.5.2003, 12.9.2003, 30.5.2003, 12.9.2003, 29.12.2004).

En este sentido las recientes sentencias Tribunal constitucional 102/2008 de 28.7, FJ. 3 y 91/2008 de 21.7, FJ. 3, recuerdan que este Tribunal viene declarando por lo que hace a la invocada vulneración del derecho a la presunción de inocencia, que "la declaración de un coimputado es una prueba "sospechosa" en la medida en que el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad, de modo que no puede convertirse en el único fundamento de una condena penal (STC 17/2004, de 23 de febrero, FJ 3). En sentencias recientes, resumiendo nuestra doctrina al respecto, hemos afirmado que "las declaraciones de los coimputados carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otras pruebas. Las reglas de corroboración se concreta, por una parte, en que no ha de ser plena, sino mínima, y, por otra, en que no cabe establecer que ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejarse el análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no. Igualmente hemos afirmado que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración -como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de su declaración o su coherencia interna- carecen de relevancia como factores de corroboración, siendo necesario que existan datos externos a la versión del coimputado que la corroboren, no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados. Por último este Tribunal también ha declarado que la declaración de un coimputado no puede entenderse corroborada, a estos efectos, por la declaración de otro coimputado y que los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorada por este **son exclusivamente los que aparezcan expresados en las resoluciones judiciales impugnadas como Fundamentos probatorios de la condena** (por todas, SSTC. 230/2007 de 5.10 FJ. 3º y 34/2006 de 13.2), teniendo en cuenta, en primer lugar, que la exigencia de que la declaración inculpativa del coimputado cuente con un elemento externo de corroboración mínima no implica la existencia de una prueba directa o indiciaria sobre la participación del condenado en los hechos que se le imputan, sino, más limitadamente, una prueba sobre la veracidad objetiva de la declaración del coimputado respecto de la concreta participación del condenado (STC. 57/2009 de 9.3), y en segundo lugar, que son los órganos de instancia los que gozan de la inmediación y de un contacto directo con los medios de prueba, en el presente caso, y desde la posición que ocupa este tribunal, debe concluirse que los concretos elementos de corroboración referidos en la sentencia impugnada cumplen con las exigencias constitucionales para superar los mínimos necesarios que doten de suficiencia a la declaración del coimputado para enervar la presunción de inocencia del recurrente. En efecto, si bien, como ya se ha señalado, no cabe considerar elementos de corroboración mínima la inexistencia de contradicciones o de enemistad manifiesta, el Tribunal Constitucional ya ha reiterado que la existencia de una coincidencia entre lo declarado por un coimputado y las circunstancias del condenado atinentes a su conducta delictiva, " **configuran una realidad externa e independiente a la propia declaración del coimputado que la avalan**" (así, SSTC. 233/2002 de 9.12, ó 92/2008 de 21.7).

DECIMO CUARTO: Pues bien la Sala de instancia en cuanto al hecho tercero del factum, **los anteriores contratos de animación de fiestas y de suministro de personas por la animación de fiestas, fueron redactadas por las letrada en el ejercicio del ICA de Vigo, Concepción, previa solicitud de Plácido, procediendo la letrada**



a su redacción con la finalidad de facilitar a Plácido la captación y traslado de mujeres extracomunitarias que introducía en España, la prueba de cargo en que fundamenta la participación de esta recurrente, la concreta en la declaración del coacusado Plácido, que en su primera declaración ante el Juez instructor le atribuyó a la letrada -que en ese momento le estaba asistiendo- la confección de ambos contratos: el de animación de fiestas y el concertado con Javier y su declaración al folio 1997 manifestó que le pidió a la abogada que redactara un contrato para traer acompañantes femeninas y que la finalidad era que las personas que vinieran con ese contrato trabajaran de forma legal y que las condiciones estuvieran claras para todas las partes, que la abogada dejada espacios en blanco para que él rellenase el montante de las indemnizaciones y que no sabe quien fijó los plazos, que en el caso del contrato de Javier la abogada sabía que tenía relación con el anterior y que le dijo que era para establecer las condiciones con éste ya que le ofrecía la posibilidad de traer a España chicas de Brasil, la abogada sabía que las chicas iban a ser traídas por él desde el extranjero; y que en el juicio oral mantuvo que primero se dio un borrador del que fueron realizando correcciones que él después tradujo, y sobre el motivo de la consulta que el contrato fue fruto de su asesoramiento, en el sentido de que habrían venido algunas chicas del extranjero y se habían ido sin haber devuelto el importe del pasaje... que tenía pleno conocimiento de que había chicas que venían del extranjero con billetes pagados por él y que una vez que surgió la idoneidad de hacer ese contrato, fueron planteando problemas, aportando entre los dos la solución de imponer una cláusula penal.

Declaración del acusado que entiende corroborada porque la relación abogada-cliente se encuentra reconocida al menos desde octubre 2006, fecha en que la letrada le asistió en las DP. 3596/2006, incoadas por una denuncia de una mujer rumana que había ejercido la prostitución en el piso, y porque respecto al contrato de animación de fiestas la acusada reconoce que entregó a Plácido un contrato que tenía por objeto la prestación de dichos servicios, encontrándose el contrato de Javier vinculado al anterior ambos referidos a servicios de la misma naturaleza jurídica y pensados para la traída de extranjeros, hablándose en el segundo de "suministrar a Plácido personas para la animación de fiestas" y se emplea el término "Asimismo analiza y valora la declaración de la propia recurrente descartando de forma racional y motivada su tesis exculpatoria de que solo entregó un contrato con un contenido básico, desconociendo que iba a ser utilizado para traer mujeres a España, que fue manipulado por Plácido y niega haber redactado el de Javier, para concluir la sentencia que la elaboración de este último contrato impide considerar que la actuación de la letrada fuese ajena a la actuación delictiva del acusado que tuvo necesariamente que explicarle su objeto a la vista de su contenido y sin que se aprecie motivo espurio para atribuirle la elaboración de los contratos como se deduce de que es la letrada a la que designa para que le asista a su declaración, y porque la explicación que dio en el juicio oral sobre el motivo de su elaboración no le exculpa del delito de inmigración clandestina.

Consecuentemente el motivo se desestima.

DECIMO QUINTO El motivo segundo por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ . por cuanto la sentencia recurrida infringe el derecho fundamental por falta de motivación en la sentencia que consagra el art. 120 CE . en relación con el art. 53.1 , respecto a la condena de inhabilitación especial para el ejercicio de la abogacía, aplicación automática del art. 56.3 CP .

El artículo 56.1 CP. dispone que en las penas inferiores a 10 años de prisión, los jueces y tribunales impondrán como penas accesorias alguna o algunas de las siguientes:

- 1) Suspensión de empleo o cargo público.
- 2) Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.
- 3) Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, si éstos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación.

En la STS. 1171/2006 esta Sala ya decía que: "... la redacción del texto legal conduce a entender que el empleo de la expresión "impondrán" referida a Jueces y Tribunales, supone que el órgano jurisdiccional debe imponer una penalidad accesoria en todo caso. La expresión "alguna o algunas" resuelve definitivamente las dudas que la anterior literalidad del precepto suscitaron en cuanto a si era posible imponer más de una penalidad accesoria, que habían sido ya resueltas por la jurisprudencia en el mismo sentido de la ley vigente. La imposición de esta clase de penas es una consecuencia necesaria de la imposición de la pena principal, por aplicación del principio de legalidad, a la que van unidas en la medida y forma que se precisa en los artículos 55 y 56 del Código Penal. En las penas de prisión inferiores a diez años, dice el artículo 56, los Jueces o Tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias alguna de las que a continuación enumera, lo que supone que el Tribunal tiene la obligación («impondrán») de imponer alguna o algunas de ellas, aunque se le reconozca la posibilidad de elegir entre las que se mencionan, lo que deberá hacer atendiendo a la gravedad del delito, como señalamos en la STS núm. 1359/2000, de 10 de julio. La configuración legal de estas





penas las hace inherentes a la pena de prisión impuesta al condenado, como una consecuencia necesaria de la misma, de manera que en cada caso, por razones de proporcionalidad, el Tribunal deberá imponer la que mejor se adecue a las características del hecho sancionado y a la finalidad de la sanción penal. Es por eso que cuando el hecho cometido tenga relación directa con el empleo o cargo público, la profesión, oficio, industria, comercio o cualquier otro derecho, la accesoria pertinente, expresando en la sentencia la vinculación, es la inhabilitación especial relativa al cargo, profesión, etc., que ha sido utilizado por el autor del delito en relación directa con la comisión del mismo, en cuanto que le ha proporcionado la ocasión de cometerlo. En este sentido la STS nº 417/2003, de 20 de marzo.

De otro lado, aun cuando la ley atribuya en ocasiones ciertos grados de discrecionalidad a los Tribunales, éstos no pueden apartarse de criterios que, desde el punto de vista constitucional y legal, sean razonables.

Especialmente en relación con la pena accesoria de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, como se desprende de los precedentes jurisprudenciales antes mencionados, su imposición resulta procedente si estos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación.

La sentencia impugnada a tenor de lo dispuesto en el art. 56 CP, entiende que resulta preceptiva la imposición de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de abogado durante el tiempo de la condena "dada la relación directa entre el delito cometido y el ejercicio de su profesión".

El recurrente considera insuficiente esta motivación, pero no se puede olvidar que ante la ausencia de una motivación esta Sala puede subsanar este defecto siempre que en la sentencia de instancia se le faciliten los elementos necesarios para motivar la individualización de la pena, bien en la misma extensión fijada por el de instancia, bien en otra que en esta sede se considere adecuada, o bien imponer la pena establecida por la Ley en su mínima extensión.

Pues bien en los hechos probados, apartado 3 se recoge expresamente que: "*Los anteriores contratos de animación de fiestas y de suministro de personas para la animación de fiestas, fueron redactados por la letrada en ejercicio del I.C.A de Vigo, Concepción previa solicitud de Plácido, procediendo la letrada a su redacción con la finalidad de facilitar a Plácido la captación y traslado de las mujeres extracomunitarias que introducía en España*", y en el fundamento jurídico segundo, apartado B) se concluye que la "acusada, por tanto, con conocimiento de la actividad de inmigración ilegal llevada a cabo por Plácido colaboró con él, redactando los referidos contratos.

Siendo así resulta indudable que el hecho que le es imputado a la recurrente guarda relación con su profesión de abogada, e impuesta la pena de inhabilitación especial en su mínima extensión, no es preciso una mayor justificación.

DECIMO SEXTO: Los motivos tercero y cuarto al amparo del art. 849.1 LECrim . por infracción de precepto legal, al haberse aplicado indebidamente los arts. 318 bis 1 y 318 bis 6 y art. 318 bis 5 en relación con los arts. 39 b), 45 y 46 CP . así como revisión de juicios de valor e inferencias revisables en casación.

Los motivos condicionados a la prosperabilidad de los precedentes deben ser desestimados.

La jurisprudencia de esta Sala (STS. 790/2008 de 18.11), ha calificado los actos no necesarios para la ejecución del hecho - complicidad- de "contribución de carácter secundario o auxiliar", "de una participación accidental y no condicionante" "de carácter accesorio". Sin embargo no ha de ser tal inútil o anodina que se muestre como irrelevante o innecesaria para la comisión del hecho; de ahí, que como contrapunto al carácter secundario o accesorio se hable de "aportación o participación eficaz", "de auxilio eficaz", o "de una contribución relevante".

a) En las SSTs. 518/2010 de 17.5 y 933/2009 de 1.10, se define la complicidad delictiva en los siguientes términos: "Existe un segundo nivel de colaboración, no nuclear, periférica o accesoria referida al cómplice, definido en el art. 29 por oposición al concepto de autor. Es cómplice quien colabora pero no es autor, y por tanto ni ejecuta el hecho típico antijurídico ni por tanto tiene el dominio del hecho; ha puesto una colaboración prescindible para la realización de aquél. Es un facilitador de la acción de los autores con quien - es obvio- comparte el dolo porque su acción denota el conocimiento de la finalidad delictiva a la que presta su colaboración y su propio aporte, solo que lo hace desde fuera del núcleo de la ejecución; el cómplice es ajeno al objetivo delictivo, pero desde fuera presta una colaboración no esencial, de segundo grado. El cómplice es un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos de los ejecutores materiales, y lo hace de una manera facilitadora pero no nuclear ni esencial - SSTs 1277/2004, 1387/2004".

También se ha destacado en otras resoluciones que la colaboración del cómplice es fácilmente reemplazable y que tal aportación es, en sí misma, esporádica y de escasa consideración (STS 384/2009, de 13-4); y que





ha de tratarse de supuestos de colaboración mínima, por su carácter episódico, o de conductas auxiliares de escasa relevancia (STS 5/2009, de 8-1).

En el caso presente se considera probado que los contratos de animación de fiestas y de suministro de personas para la animación de fiestas, fueron redactados por el recurrente con la finalidad de facilitar a Plácido la captación y traslado de las mujeres extracomunitarias que introducía en España, contratos que se aplicaron y Javier llegó a vincularse jurídicamente y a realizar actos de captación que se materializaron en el caso de Adolfina, Topacio y Pecas, actuación que puede ser calificada de complicidad, no apreciándose error alguno en la subsunción.

b) Respecto a la aplicación del art. 318 bis 6 que ante la posible lesión del principio de proporcionalidad en las penas resultantes faculta a su corrección, mediante la rebaja en un grado, en atención a las circunstancias del hecho, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, su participación ya ha sido calificada como de complicidad teniendo en cuenta precisamente el carácter auxiliar o secundario de su intervención, por la aplicación del indicado subtipo atenuando no resulta procedente máxime teniendo en cuenta su calificación profesional de letrado en ejercicio.

c) Por último en relación a los juicios de valor sobre sentencias y los elementos subjetivos del delito, la jurisprudencia tiene declarado, SSTs. 1015/2009 de 28.10, 180/2010 de 10.3, 539/2010 de 8.6, los juicios de valor sobre sentencias y los elementos subjetivos del delito pertenecen a la esfera del sujeto, y salvo confesión del acusado en tal sentido, solo pueden ser perceptibles mediante juicio inductivo a partir de datos objetivos y materiales probados (STS. 22.5.2001).

En esta dirección la STS. 1003/2006 de 19.10, considera juicios de inferencia las proposiciones en que se afirma o eventualmente se niega, la concurrencia de un hecho subjetivo, es decir de un hecho de conciencia que, por su propia naturaleza no es perceptible u observable de manera inmediata o directa.

Esta conclusión - se afirma en las SSTs. 120/2008 de 27.2 y 778/2007 de 9.10, debe deducirse de datos externos y objetivos que consten en el relato fáctico y aun cuando el propio juicio de inferencia se incluya también en el relato fáctico como hecho subjetivo es revisable en casación tanto por la vía de la presunción de inocencia, art. 852 LECrim. en relación con el art. 5.4 LOPJ., como por la del art. 849.1 LECrim., por cuanto el relato de hechos probados de una sentencia es vinculante cuando expresa hechos, acontecimientos o sucesos, pero no cuando contiene juicios de inferencia, que puedan ser revisados vía recurso, siempre que se aporten elementos que pongan de relieve la falta de lógica y racionalidad del juicio, en relación con los datos objetivos acreditados (SSTs. 30.10.95, 31.5.99).

Por tanto, los juicios de valor no son hechos en sentido estricto y no son datos aprehensibles por los sentidos, si bien son revisables en casación por el cauce procesal del art. 849.1 LECrim, y ello supone que el elemento subjetivo expresado en el hecho probado pertenece a la tipicidad penal y supone una actividad lógica o juicio de inferencia porque como lo subjetivo y personal aparece escondido en los pliegues de la conciencia, puede ser inducido únicamente por datos externos, concluyentes y suficientemente probados en la causa (SSTs. 1511/2005 de 27.12, 394/94 de 23.2).

En definitiva la revisión de los denominados juicios de valor e inferencias se refieren a los elementos internos del tipo -como el dolo, el animo que guía al acusado, el conocimiento de determinada cuestión o posesión para el tráfico- no a cualquier actividad deductiva o inferencia. Estos elementos internos al no ser propiamente hechos sino deducciones derivadas de hechos externos pueden ser revisables en casación, controlando la suficiencia del juicio de hecho, la inferencia en sí, que no es más que una forma de prueba indirecta de hechos internos que han de acreditarse a través de hechos externos, por lo que en esta materia, que entremezcla cuestiones fácticas con conceptos y valoraciones jurídicas, el criterio del Tribunal de instancia no es vinculante y es revisable vía art. 849.1 LECrim. si bien en estos casos la Sala casacional ha de limitarse a constatar si tal inferencia responde a las reglas de la lógica y se adecua a las normas de experiencia o los conocimientos científicos.

Por tanto esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en orden a la naturaleza fáctica o jurídica de los elementos subjetivos del hecho punible y con ello, acerca del alcance revisor del concreto cauce casacional recogido en el art. 849.1 LECrim, ha asumido de modo reiterado que el análisis de los elementos subjetivos parte de una valoración jurídica y que dichos hechos pueden, por tanto, ser revisados en casación.

En este sentido el Tribunal Constitucional sentencias 91/2009 de 20.4, 328/2006 de 20.11, remitiéndose al ATC. 332/84 de 6.6, afirma que "tal discordancia -con el criterio del Tribunal de instancia-, no alcanza relieve constitucional cuando, como en este caso, el método inductivo se utiliza para apreciar los elementos anímicos e ideales, el móvil y la intención que guió a las personas, que es de imposible apreciación directa o aislada", y añade "A lo señalado no obsta que el Tribunal de casación corrigiera la estructura de la Sentencia de instancia





y excluyera de su relato fáctico los juicios de valor sobre el conocimiento por parte del demandante de la antijuricidad de su conducta, que habían sido en él incluidos [...] tal reestructuración de la Sentencia no supone una modificación de los hechos probados, sino la revisión de los juicios de inferencia realizados a partir de los mismos, los cuales pueden ser corregidos a través del cauce establecido en el art. 849.1 LECrim..."

En resumen si el propósito, ánimo, conocimiento u otro elemento de carácter subjetivo, inferido a través de la mencionada prueba de indicios o de otro modo, aparece en ese relato de hechos probados, hemos de saber que a esta parte de la narración de lo sucedido no abarca esa regla relativa al respeto a los hechos probados cuando el recurso de casación, como aquí ocurrió, se funda en el nº 1º del art. 849 LECrim. como ya hemos dicho, al amparo de esta última norma procesal sólo cabe plantear cuestiones relativas a la infracción de preceptos penales de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter, como literalmente nos dice tal art. 849.1º. Los a veces llamados juicios de valor, o las inferencias que se extraen después de una prueba de indicios, quedan fuera de ese obligado respeto que claramente se deduce de lo dispuesto en el nº 3º del art. 884 de la misma norma procesal. Por ello cabe discutir la concurrencia de estos elementos subjetivos, o de cualquier conclusión derivada de una prueba de indicios, bien por esta vía del nº 1º del art. 849 LECrim, la tradicionalmente admitida por esta Sala, bien por la más adecuada del art. 852 de la misma ley procesal (STS. 266/2006 de 7.3).

Asimismo la STS. 748/2009 de 26.6.2009 precisa, que si bien también ha sido cuestionada, desde la perspectiva procesal, la aplicación del cauce del art. 849.1 de LECrim. para impugnar la constatación probatoria de los elementos subjetivos o internos de los tipos penales, puesto que se estaría acudiendo a un motivo de infracción de ley para dirimir lo que es realmente una cuestión fáctica. Se le daría así el carácter de norma jurídica a lo que es realmente una máxima o regla de experiencia, cuya conculcación se equipararía a la infracción de una ley. Sin embargo, esa interpretación heterodoxa del art. 849.1 cumple la función procesal de ampliar el perímetro de control del recurso de casación con el fin de que opere en cierto modo como un sustitutivo de la segunda instancia, dados los problemas que suscita en nuestro ordenamiento procesal la ausencia de recurso de apelación en los procedimientos en que se dirimen precisamente los delitos más graves.

Por tanto -como dice la STS. 518/2009 de 12.5 - el juicio de inferencia es revisable en casación, ya a través de la vía del art. 852 LECrim., cuando nos hallamos ante una decisión arbitraria y absurda (tutela judicial), o bien por el cauce que realmente se canaliza, en el juicio de subsunción, en cuanto el relato de hechos probados sólo es vinculante cuando expresa hechos, acontecimientos o sucesos, pero no cuando contiene juicios de inferencia que pueden ser revisados ante el Tribunal Superior, si existen datos, elementos o razones que pongan de relieve la falta de lógica y racionalidad del juicio.

En el caso presente que la finalidad o intención de la redacción de los contratos fuera facilitar el traslado de mujeres extracomunitarias a España ya ha sido analizado en el motivo primero por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia, remitiéndonos a lo argumentado para evitar innecesarias repeticiones.

DECIMO SEPTIMO: el motivo quinto al amparo del art. 849.2 LECrim . al existir error de hecho en la apreciación de la prueba, según resulta de documentos que demuestran la equivocación del tribunal, no desvirtuados por otras pruebas, señalando como documentos, el contrato de animación de fiestas (folios 1127, 1128; el contrato de fecha 6.9.2007 de suministro de personas entre Javier y Plácido (folio 1312); carta de invitación elaborada por Plácido (folio 19); Acta de entrada y registro, diversos contratos y sanciones (folio 1050); declaraciones de Plácido (folios 1159, 1160, 1653, 1659, 1997, 2007); constitución sociedad Campus Stelae año 2003 (folios 120, 1222 y ss.) y de Excess Profesional Company SL. año 1997 (folio 16); y de la sociedad Erian Sport SL, año 2000 (folio 62,63), designación de abogado del imputado (folio 1152).

Documentos que acreditaran que los contratos de animación de fiestas y de suministros de personas para la animación de fiestas no fueron elaborados por la Letrada condenada, sino que al igual que la carta de invitación, sanciones y normas de régimen interno, elaborado, traducido y completado por el coimputado Plácido .

El motivo se desestima.

Como hemos señalado en SSTs. 383/2010 de 5.5, 665/2009 debemos recordar que la vía del art. 849.2 LECrim. solo se pueden combatir los errores fácticos y no los errores jurídicos que se entiendan cometidos por la sentencia en la interpretación de los hechos.

Por ello, el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim. se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la





misma naturaleza que si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

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

La sentencia de esta Sala 1850/2002, indica en relación con el art. 849.2 LECrim. que "...constituye una peculiaridad muy notoria en la construcción de nuestro recurso de casación penal: era la única norma procesal que permitía impugnar en casación la apreciación de la prueba hecha en la instancia mediante una fórmula que podemos calificar ahora como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), pues sólo podía aplicarse en supuestos muy concretos en que, habiendo una prueba indubitada sobre un extremo determinado, la Audiencia Provincial la había desconocido y había redactado los hechos probados a espaldas de tal medio probatorio. Pero ello sólo era posible de forma singularmente restrictiva, pues únicamente cabía apreciar ese error del Tribunal de instancia cuando la prueba que lo acreditaba era documental, porque precisamente respecto de esta clase de prueba podía tener la inmediatez judicial la misma relevancia en casación y en la instancia, ya que el examen del documento se hace en las propias actuaciones escritas lo mismo por la Audiencia Provincial que conoció del juicio oral que por esta sala del Tribunal Supremo al tramitar el recurso de casación.

Cuando una prueba documental acredita un determinado extremo y éste tiene relevancia en el proceso de forma tal que pueda alterar alguno de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, si además no hay contradicción con algún otro medio probatorio, este nº 2º del art. 849 LECrim. obliga en casación a alterar los hechos probados de la resolución de la audiencia con la consecuencia jurídica correspondiente.

Esta era la única vía que existía en nuestro proceso penal para alterar los hechos probados fijados por la Audiencia Provincial tras la celebración de un juicio oral en instancia única, vía particularmente estrecha, que trataba de subsanar manifiestos errores de la sentencia recurrida a través de una fórmula que ahora encajaría, repetimos, en el art. 9.3 CE como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y que actualmente aparece ampliada en una doble dirección:

a) Por lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ, que permite los recursos de casación cuando hay infracción de precepto constitucional, lo que ha permitido conocer en la casación penal de las denuncias por violación del derecho a la presunción de inocencia.

b) Por la doctrina de esta sala que en los últimos años viene considerando como prueba documental, a los efectos de este art. 849.2º LECrim., a la pericial, para corregir apreciaciones arbitrarias hechas en la instancia cuando hay unos informes o dictámenes que no pueden dejar lugar a dudas sobre determinados extremos.

Centrándonos en el motivo de casación por error en la apreciación de la prueba, la doctrina de esta Sala, por ejemplo SS. 936/2006 de 10.10 y 778/2007 de 9.10, viene exigiendo para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos:

1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;

2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;

3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, art. 741 LECrim.;

4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Asimismo han de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares en los que se deduzca inequívocamente el error padecido y proponerse por el recurrente una nueva redacción



del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del "factum" que no es un fin en si mismo sino un hecho para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

En el caso presente los documentos que se citan no tienen por sí solos literosuficiencia suficiente para acreditar que no fue la recurrente quien redactó los contratos cuestionados, inferencia que la Sala de instancia alcanza del examen de otras pruebas, como la declaración del coimputado Plácido .

DECIMO OCTAVO: Los motivos sexto y séptimo se formulan por quebrantamiento de forma al amparo de lo dispuesto en el art. 850 y 851 LECrim . por cuanto la sentencia no expresa clara y terminantemente cuales son los hechos que se consideran probados y por resultar manifiesta la contradicción entre los hechos declarados probados en la sentencia y al no resolver todas las cuestiones planteadas, en concreto la petición subsidiaria a la defensa de aplicación del art. 318 bis 6 CP .

Se argumenta en síntesis como en los hechos probados se afirma que la letrada procedió a la redacción de los contratos para facilitar a Plácido la captación y traslado de las mujeres extracomunitarias y a pesar de lo cual en los fundamentos de derecho se sostiene que el Sr. Plácido se dedicaba a tal actividad desde el año 2004 ó 2006 y que se valía de diversas sociedades desde el año 1997, 2000 y 2003.

Los motivos deben ser desestimados.

a) En cuanto a la falta de claridad el art. 851 a falta de claridad sólo deberá apreciarse cuando el Tribunal haya redactado el relato fáctico utilizando términos, frases o expresiones ininteligibles, oscuras o dubitativas, en extremos jurídicamente relevantes del mismo, de tal modo que no sea posible conocer con precisión qué es lo que el Tribunal declara probado y por tanto, resulte imposible su calificación jurídica (STS. 161/2004 de 9.2).

Los requisitos que conforme a reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS. 1006/2000 de 5.6, 471/2001 de 22.3, 717/2003 de 21.5, 474/2004 de 13.4, 770/2006 de 13.7) hacen viable a este motivo son los siguientes:

a) Que en el contexto del hecho probado se produzca la existencia de una imprecisión, bien por el empleo de términos o frases ininteligibles, bien por omisiones que hagan incomprensible el relato, o por el empleo de juicios dubitativos, por la absoluta carencia de supuesto fáctico o por la mera descripción de la resultancia probatoria sin expresión por el juzgador de lo que considera probado, debe ser interna y no podrá oponerse frente a otros apartados de la sentencia, y debe ser gramatical, sin que quepa su alegación frente a una falta de comprensión lógica o argumental, cuya impugnación deberá articularse por otras vías, como el error de derecho.

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

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

d) Las imprecisiones en cuanto a fechas o intervención de personas podrán dar lugar a la falta de claridad en función de la prueba practicada pues, si bien es exigible la mayor precisión de cuantos datos fácticos sean necesarios para la calificación, y es claro que toda sentencia penal tiene que contener junto al relato de hechos probados, la oportuna referencia a cuando ocurrieron los hechos enjuiciados, al menos con referencia aproximada, sino es posible una precisión concreta, como sería deseable, su incomprensión por falta de acreditamiento no dará lugar al vicio procesal, pues el hecho probado debe recoger aquello que, efectivamente, resulte acreditado.

En el caso presente la recurrente no señala que párrafos del relato fáctico resultan incomprensibles o ininteligibles a efectos de su falta de claridad.

b) Respecto a la contradicción como la jurisprudencia ha recordado en sentencias 121/2008 de 26.2, 754/2007 de 2.10 y 253/2007 de 26.3, la esencia de la contradicción consiste en el empleo en el hecho probado de términos o frases que, por ser antitéticos, resultan incompatibles entre si, de suerte que la afirmación de uno resta eficacia al otro al excluirse uno al otro produciendo una laguna en la fijación de los hechos (STS. 259/2004 de 4.3).

La doctrina jurisprudencial reiterada 717/2003 de 21.5, 2349/2001 de 12.12, 776/2001 de 8.5, 1661/2000 de 27.11, señala para la prosperabilidad de este motivo los siguientes requisitos:

a) que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el sentido gramatical de la palabra. Por ello, la contradicción debe ser ostensible y debe producir una incompatibilidad entre los términos cuya contradicción se denuncia; en otras palabras, que se trata de una contradicción en sentido propio, es decir gramatical, de



modo que la afirmación de un hecho implique necesariamente la negación del otro, de modo irreconocible y antitético y no de una mera contradicción ideológica o conceptual, de suerte que no hay contradicción a estos efectos si la misma es resultado de los razonamientos, acertados o desacertados, de quien lee la declaración probada.

b) debe ser insubsanable, pues aún a pesar de la contradicción gramatical, la misma no pueda subsumirse en el contexto de la sentencia; es decir que no exista posibilidad de superar la contradicción armonizando los términos antagónicos a través de otros pasajes del relato. Por ello la contradicción debe ser absoluta, esto es, debe enfrentar a términos o frases que sean antitéticos, incompatibles entre si, e insubsanable, de forma que no puede ser remediada acudiendo a otras expresiones contenidas en el mismo relato.

c) que sea interna en el hecho probado, pues no cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica, esto es, no puede ser denunciada la contradicción que se advierta o crea advertirse entre el *factum* y la fundamentación jurídica de la resolución. A su vez, de este requisito se excepcionan aquellos apartados del Fundamento Jurídico que tengan su indudable contenido fáctico; esto es, la contradicción ha de darse entre los fundamentos fácticos tanto si se han incluido correctamente entre los hechos probados como si se trata de complementos fácticos integrados en los fundamentos jurídicos.

d) la contradicción ha de producirse respecto a algún apartado del fallo, siendo relevante para la calificación jurídica, de tal forma que si la contradicción no es esencial ni imprescindible a la resolución no existirá el quebrantamiento de forma. Por ello debe ser esencial, en el sentido de que afecte a pasajes fácticos necesarios para la subsunción jurídica, de modo que la material exclusión de los elementos contradictorios, origine un vacío fáctico que determine la falta de idoneidad para servir de soporte a la calificación jurídica debatida.

En definitiva, como decíamos en la STS. 1250/2005 de 28.10 "como consecuencia de la contradicción, que equivale a la afirmación simultánea de *contrarios con la consiguiente destrucción de ambos*, debe sobrevenir un vacío que afecte a aspectos esenciales del sustrato fáctico en relación con la calificación jurídica en que consiste el "iudicium", lo que se suele significar diciendo que la contradicción sólo es motivo de casación cuando es causal y determinante de una clara incongruencia entre lo que se declara probado y sus consecuencias jurídicas".

Contradicción que en modo alguno se aprecia en el *factum*, en cuyo apartado 2 de forma inequívoca se recoge como durante los años 2006 y 2007 Plácido , previamente concertado con terceros de los países de origen a los que comisionaba, facilitó la entrada en nuestro país como turistas a mujeres procedentes de países de Sudamérica para que ejercieran la prostitución...

c) Respecto a la incongruencia omisiva, como hemos dicho en SSTs. 721/2010 de 15.7 y 922/2010 de 28.10, este vicio denominado por la jurisprudencia "incongruencia omisiva" o también "fallo corto" aparece en aquellos casos en los que el Tribunal de instancia vulnera el deber de atendimiento y resolución de aquellas pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte, integrado en el de tutela judicial efectiva, a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada (STS. 170/2000 de 14.2). Aparece, por consiguiente, cuando la falta o ausencia de respuesta del Juzgador se refiere a cuestiones de derecho planteadas por las partes, no comprendiéndose en el mismo las cuestiones fácticas, que tendrán su cauce adecuado a través de otros hechos impugnativos, cual es el ya mencionado previsto en el art. 849.2 LECrim. error en la apreciación de la prueba, o a través del cauce del derecho fundamental a la presunción de inocencia (STS. 182/2000 de 8.2). Por ello, no puede prosperar una impugnación basada en este motivo en el caso de que la cuestión se centre en la omisión de una argumentación, pues el Tribunal no viene obligado a dar una respuesta explícita a todas y cada una de las alegaciones o argumentaciones, bastando con la respuesta a la pretensión realizada, en la medida en que implique también una desestimación de las argumentaciones efectuadas en sentido contrario a su decisión (STS. 636/2004 de 14.5) y desde luego, como ya hemos dicho, tampoco prosperará el motivo del recurso se base en omisiones fácticas, pues el defecto procesal de incongruencia omisiva en ningún caso se refiere a cuestiones de hecho (STS. 161/2004 de 9.2, 61/2008 de 17.7).

"Puntos", nos dice literalmente este art. 851.3º. "Puntos litigiosos", nos decía el art. 359 LECivil derogado por la nueva Ley 1/2000, que también habla de "pretensiones". Este último término (pretensiones) es el que usa nuestro Tribunal Constitucional cuando trata esta materia de la incongruencia por omisión a propósito del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, mientras que en la Sala Segunda del Tribunal Supremo preferimos hablar de "cuestiones jurídicas".

Expresiones varias con las que se trata de decir lo mismo: los extremos concretos que deban resolverse en toda sentencia, para excluir las meras cuestiones fácticas y también las simples argumentaciones utilizadas en apoyo de cada pretensión deducida por la parte. Las partes activas y pasivas de cualquier proceso realizan sus peticiones al tribunal correspondiente. Estas peticiones se amparan en determinados planteamientos





jurídicos. Podemos decir que cada uno de estos planteamientos son los "puntos" que deben resolverse en la sentencia. "Puntos" que, se diferencian, por un lado, de los hechos en que esa petición se apoya y, por otro lado, de los meros argumentos o razones especulativas con que se trata de justificar desde el punto de vista del Derecho la necesidad de aplicar una norma determinada al caso correspondiente.

En resumen, la jurisprudencia (SSTS. 23.3.96, 18.12.96, 29.9.99, 14.2.2000, 27.11.2000, 22.3.2001, 27.6.2003, 12.5.2004, 22.2.2006, 11.12.2006), viene exigiendo las siguientes condiciones para que pueda apreciarse este motivo:

1) que la omisión padecida venga referida a temas de carácter jurídico suscitadas por las partes oportunamente en sus escritos de conclusiones definitivas y no a meras cuestiones fácticas, extremos de hecho o simples argumentos.

2) que la resolución dictada haya dejado de pronunciarse sobre concretos problemas de Derecho debatidos legal y oportunamente, lo que a su vez, debe matizarse en un doble sentido:

a) que la omisión se refiera a pedimentos, peticiones o pretensiones jurídicas y no a cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que aquellas se sustenten, porque sobre cada uno de éstos no se exige una contestación judicial explícita y pormenorizada, siendo suficiente una respuesta global genérica (STC. 15.4.96).

b) que dicha vulneración no es apreciable cuando el silencio judicial puede razonablemente interpretarse como desestimación implícita o tácita constitucionalmente admitida (SSTC. 169/94, 91/95, 143/95), lo que sucede cuando la resolución dictada en la instancia sea incompatible con la cuestión propuesta por la parte, es decir, cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial puede razonablemente deducirse no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos fundamentadores de la respuesta tácita, STC. 263/93; TS. 96 y 1.7.97 27.11.2000, 6.7.2001, 20.9.2001, 12.5.2004 y 607/2010 de 30.6 que precisa que esta Sala viene admitiendo la resolución tácita o implica, cuando existe un específico pronunciamiento decisorio sobre cuestiones contrarias y absolutamente incompatibles con la omitida o excluyente de ésta.

3) que aún, existiendo el vicio, éste no pueda ser subsanado por la casación a través de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso (SSTS. 24.11.2000, 18.2.2004).

En estos últimos casos esta Sala ha procedido a dar respuesta razonada a la pretensión no resuelta por el Tribunal de instancia. En atención al derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas "cuando exista en el recurso un motivo de fondo que permita subsanar la omisión denunciada, analizando razonadamente y resolviendo motivadamente, la cuestión planteada, se ofrece a esta Sala la oportunidad de examinar la cuestión de fondo cuyo tratamiento ha sido omitido, satisfaciendo a su vez el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas, evitando las dilaciones que se producirían si la causa hubiese de volver al Tribunal de instancia y posteriormente, de nuevo, a este Tribunal de casación (STS. 1095/99 de 5.7 entre otras).

En el caso presente con independencia, de que la parte en los motivos por infracción de Ley ha planteado ante esta Sala casacional la no aplicación del art. 318 bis 6 CP. la sentencia recurrida, fundamento jurídico tercero, Pág. 23 si se pronuncia en sentido negativo sobre su posible concurrencia "**la acusada Gema intervino en la comisión del delito del art. 318 bis 1 a título de cómplice sin que proceda la aplicación del art. 318 bis b que supone la autoría y aquí se aprecia su complicidad sin que la calificación que se pretende tuviera efecto penológico alguno.**

DECIMO NOVENO: Desestimándose los recursos de Tarsila y Gema las costas se imponen a las recurrentes, y estimándose parcialmente el interpuesto por Plácido, las costas se declaran de oficio. (art. 901 LECrim.

III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación**, interpuestos por **Tarsila, Concepción**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 5ª, que condenó a los acusados como autores penalmente responsables de un delito de prostitución, tráfico ilícito; y condenamos a las recurrentes al pago de las costas causadas en la tramitación de sus respectivos recursos.

Y debemos **declarar y declaramos haber lugar parcialmente al recurso de casación**, interpuesto por **Plácido** contra referida sentencia, dictándose nueva sentencia más acorde a derecho con declaración oficio costas.

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





Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquin Gimenez Garcia D. Julian Sanchez Melgar **D. Francisco Monterde Ferrer D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la TorreD. Diego Ramos Gancedo**

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Mayo de dos mil once.

En la causa incoada por el Juzgado Central de Instrucción nº 4 de Vigo, con el número 1 de 2008, y seguida ante la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 5ª con sede en Vigo, por delito de prostitución, contra el derecho de los trabajadores, inmigración ilegal, contra Plácido , con DNI. NUM008 , nacido el 7.12.67 en Vigo (Pontevedra), hijo de Ramón Domingo y de Magdalena, con antecedentes penales no computables en la presente causa, en prisión provisional por la presente causa; Concepción , con DNI. NUM009 , nacida el 20.09.1967 en Beade (Ourense), hija de Antonio y de Berta, en libertad provisional por esta causa; Tarsila , con DNI. de Portugal nº NUM010 , nacida el 31.5.1979, hija de João José Pinto y Liliana María, en libertad provisional por esta causa; se ha dictado **sentencia** que ha sido CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy, por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, hace constar los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Se aceptan los de la sentencia recurrida incluidos hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Tal como se ha explicitado en el fundamento jurídico de la sentencia precedente no es de apreciar el subtipo agravado del art. 318 bis 2 CP., sino solo el tipo básico.

Segundo.- Consecuentemente es necesario efectuar una nueva individualización penológica dentro del marco de 4 a 8 años prisión, en el que aplicando los mismos criterios que la sentencia recurrida se considera adecuada la de 4 años y 9 meses prisión.

III. FALLO

Manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección quinta, de fecha 21 de octubre de 2.010, debemos **condenar y condenamos a Plácido** , como autor de un delito de promoción inmigración ilegal en su tipo básico a la pena de **4 años y 9 meses prisión**.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquin Gimenez Garcia D. Julian Sanchez Melgar **D. Francisco Monterde Ferrer D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la TorreD. Diego Ramos Gancedo**

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

