



EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

GRUPO EDITORIAL EL DERECHO Y QUANTOR, S.L., EDIFICIO EL DERECHO, Lagasca, 45. 28001 Madrid. Teléf.: 914 23 29 00

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVII. Número 2841

Madrid, martes 8 de junio de 2010



TS SOCIAL

2010/26514

TS Sala 4ª, Sentencia 15 febrero 2010. Ponente: D. Aurelio Desdentado Bonete

Desde el primer contrato con la entidad anterior

Antigüedad abonada por empresa de handling subrogada

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empleadora codemandada contra sentencia que reconoció a la actora la antigüedad reclamada.

Entiende la Sala que la trabajadora pasa por subrogación a la recurrente de forma que ésta tenía que respetarle el tiempo de servicios prestados para la anterior empresa, pues así se contempla en el I Convenio Colectivo de Handling, sin que exista limitación a la antigüedad reconocida formalmente por la empresa de origen y sin que se pueda alegar prescripción, como hace la recurrente, pues la antigüedad entraña una condición personal del trabajador y el derecho a reclamarla acompaña a éste mientras subsista el contrato de trabajo, no siendo en consecuencia susceptible de prescripción en tanto éste permanezca vivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora prestó servicios, desde el 26 de enero hasta el 31 de octubre de 2004, para la empresa Ineuropa Handling UTE a través de diversas empresas de trabajo temporal y mediante contratos temporales que la sentencia de instancia considera que "no respondían a ese carácter".

El 21 de marzo de 2005 suscribió contrato por obra o servicio determinado con la entidad mencionada para el trabajo en la conducción de pasarelas de embarque en el Aeropuerto Madrid-Barajas hasta que se le comunicó la extinción de este contrato con efectos de 28 de enero de 2006 por terminación de la concesión.

El 29 de enero de 2006 la actora suscribió contrato por obra o servicio determinado con Acciona Airport Services S.A.U. Pasarelas Barajas UTE para la conducción de

pasarelas de embarque en el Aeropuerto de Madrid Barajas.

El 21 de diciembre de 2007 las partes firmaron un contrato indefinido. La actora en las presentes actuaciones reclama que se le reconozca el derecho a ostentar su antigüedad desde el 26 de enero de 2004. Esta pretensión se funda en que, como se afirma en el hecho probado quinto, "debieron subrogarme con la nueva contratista -Acciona Airport Services- por el traspaso de actividad a la nueva UTE, ya que reunía los requisitos para ello de conformidad con lo establecido en el capítulo XI del Convenio Colectivo de Handling".

La sentencia recurrida ha confirmado el pronunciamiento de instancia estimatorio de la demanda, razonando en síntesis, en lo que a efectos del presente recurso interesa, que:

1º) la acción de la actora no ha prescrito por el transcurso de un año desde la extinción del contrato de

trabajo con Ineuropa Handling UTE, porque se trata de reivindicar una condición personal de futuro mientras subsiste el contrato de trabajo.

2º) No procede la limitación de la antigüedad reconocida a 21 de marzo de 2005 -fecha del primer contrato directo con la mencionada Ineuropa Handling-, porque a efectos de la subrogación convencional resulta computable el tiempo de servicios acreditado para la anterior empleadora mediante contratos temporales fraudulentos.

Contra estos pronunciamientos recurre la demandada Acciona Airport Services, aportando como sentencias contradictorias para el primer motivo, relativo a la prescripción, la sentencia de la Sala de lo Social de Madrid de 1 de diciembre de 2008 y para el segundo, sobre la limitación de la antigüedad, la sentencia de la misma Sala de 22 de septiembre de 2008.

Debe apreciarse la contradicción que se alega y que no se ha cuestionado de contrario, porque los supuestos que deciden las sentencias de contraste son en lo sustancial iguales a los de la sentencia recurrida, mientras que las decisiones en los puntos aquí controvertidos son opuestas.

La sentencia 1 de diciembre de 2008 aprecia la prescripción, porque entiende que, al reclamar la antigüedad, se está impugnando el contrato realizado con Acciona que debió ser una subrogación en las condiciones del anterior y no una nueva contratación.

Por su parte, la sentencia 22 de septiembre de 2008 señala que no estamos ante una sucesión de empresa del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, sino ante un régimen de subrogación especial regulado en un convenio colectivo, por lo que la nueva contratista no está obligada a reconocer una antigüedad más amplia que la que procede de conformidad con el convenio, asumiendo la responsabilidad por eventuales incumplimientos de aquella empresa.

SEGUNDO.- Antes de entrar en el análisis de los motivos que se plantean es necesario realizar algunas precisiones, porque recursos simila-

SUMARIO

TS

PENAL

Inaplicación del subtipo agravado de venta de droga en establecimiento público 3

SOCIAL

Antigüedad abonada por empresa de handling subrogada 1

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

INTERNET
<http://www.elderecho.com>
e-mail: clientes@elderecho.com

res planteados por la misma recurrente han sido ya desestimados por las sentencias de 1 de diciembre de 2009 (recurso 951/2009) y 21 de enero de 2010 (recurso 13336/2009).

En estos casos la desestimación se funda en que realmente no ha existido cambio dentro del ámbito laboral a través de una subrogación a la vista de que Ineuropa forma parte de la demanda UTE Acciona Airport y, por tanto, se mantiene la unidad empresarial.

Pero en el presente recurso este criterio no puede aplicarse y ello por dos razones. La primera, porque el fundamento de la pretensión tal como se formuló en la demanda y se ha mantenido a lo largo del proceso consiste en afirmar que la antigüedad reclamada es la que procede en virtud de la subrogación convencio-

nal regulada en el Convenio Colectivo de Handling.

Así lo establece la actora en el hecho quinto de la demanda cuando señala que la antigüedad que solicita procede porque “debieron subrogarme con la nueva contratista, ya que reunía los requisitos para ello de conformidad con lo establecido en el capítulo XI del Convenio Colectivo”.

La sentencia de instancia acepta este planteamiento y estima la demanda porque “la actora cesa en Ineuropa Handling (...) y pasa por subrogación a Acciona, quien le tenía que respetar el tiempo de servicios prestados con anterioridad en virtud de la subrogación”.

Lo mismo sucede en suplicación que en los motivos que aquí interesan: el segundo relativo a la prescripción y el que con la denuncia la infracción de los artículos 61 y siguientes del Convenio Colectivo de Handling sostiene que habría que estar a la antigüedad reconocida en Handlig Ineuropa Madrid UTE -desde 21 de marzo de 2005- no plantean la unidad del vínculo empresarial en su formulación por la parte recurrente.

Es cierto que en el escrito de impugnación la parte recurrida formula algunas indicaciones en el sentido de que las empresas a lo largo de la prestación de servicios son siempre las mismas, con lo que se introduce un argumento de unidad empresarial o de posición empresarial plural.

Pero se trata de alegaciones genéricas que además no fundaron la pretensión de la actora en el momento oportuno.

En el fundamento jurídico cuarto la sentencia recurrida afirma que existe una unidad empresarial entre la entidad demandada y Ineuropa Handling UTE Madrid, pero lo cierto es que, en primer lugar, esta afirmación sólo se emplea para responder al motivo tercero, que denunciaba el artículo 6.4 del Código Civil en relación con la Ley 14/1994, infracción que no vuelve a denunciarse en este recurso y que introduce además un elemento de decisión ajeno al fundamento de la pretensión deducida.

Por otra parte, en los fundamentos posteriores la sentencia recurrida vuelve a basar su decisión sobre el reconocimiento de la antigüedad so-

licitada en la aplicación del régimen convencional y concretamente en el artículo 67 D del I Convenio Colectivo de Handling.

En segundo lugar, es claro que si se tiene en cuenta a efectos decisivos la unidad de empresa no existiría contradicción, pues los datos fácticos que sobre este particular se recogen en la sentencia recurrida no se contienen en las sentencias de contraste en las que esta cuestión no se ha planteado.

Por último, los hechos sobre los que se aprecia la unidad de empresa en la sentencia recurrida no son concluyentes.

En efecto, los que recoge el fundamento jurídico son mera transcripción de otra sentencia -la sentencia de la Sala de lo Social de Madrid 6 de febrero 2009 (recurso 4. 6367/2008)- y sólo indican que una empresa, Cubiertas y Mzov, absorbe a otras y cambia su denominación por la de Grupo Acciona, S.A.

Pero aquí no se trata del Grupo Acciona SA, sino de Acciona Airport Services S.A.U. Pasarelas Barajas UTE, sin que conste entre ellos haya más relación que la palabra Acciona. Estos datos se repiten en el hecho probado quinto, en el que se indica que “La UTE Ineuropa-Handling Madrid está constituida por Inversiones Europa-Ineuropa S.A., Flughafen Frankfurt Main AG, Entrecanales y Tavora, S.A.; estas últimas empresas están fusionadas por absorción de Cubiertas de Eur, S.A. y Entrecanales y Tavora, S.A. y cambia su denominación a Grupo Acciona, S.A.”.

Pero no se precisa cuál es la composición del Grupo Acciona y tampoco hay precisión alguna sobre las empresas que integran la entidad demandada, ni su eventual relación con ese grupo y, desde luego, no hay constancia de que Ineuropa Handling UTE forme parte de la entidad demandada en este proceso, que no es el Grupo Acciona, SA, sino Acciona Airport Services S.A.U. Pasarelas Barajas UTE.

TERCERO.- La respuesta de la Sala debe ceñirse, por tanto, a los términos del recurso y al alcance de la contradicción acreditada que se produce únicamente en los dos temas que ahora se plantean: la prescripción de la acción y la aplicación del régimen convencional de reconocimiento de la antigüedad en caso de subrogación.

El problema de la prescripción es objeto del motivo primero que denuncia la infracción del artículo 59.1 del Estatuto de los Trabajadores, argumentando que la acción está prescrita y su rechazo se impone por dos razones.

La primera, porque aquí no se trata de impugnar con carácter general los términos de una subrogación o de una novación contractual, sino de ejercitar una acción declarativa de reconocimiento de la antigüedad, como ha señalado con acierto la sentencia recurrida, que cita nuestra sentencia de 10 de diciembre de 1992, conforme a la que “la antigüedad entraña una condición personal del trabajador y el derecho a reclamarla acompaña a éste mientras subsista el contrato de trabajo, no siendo en consecuencia susceptible de prescripción en tanto éste permanezca vivo, sin perjuicio de que puedan prescribir, éstas sí, las consecuencias que de ella se deriven”.

No es posible computar el plazo de prescripción desde la fecha de la terminación del contrato con Ineuropa Handling UTE, porque lo que prescribe es la acción de reconocimiento del tiempo de antigüedad en la relación con Acciona que, como acción declarativa de proyección futura, no prescribe mientras subsista el contrato de trabajo con esta entidad.

La prescripción no puede referirse al fundamento de esa pretensión, bien se base ésta en la calificación de los servicios prestados o en el alcance de la subrogación.

En este sentido conviene precisar que el caso que se decide es distinto del que resolvieron nuestras sentencias de 14 de mayo de 2004 y 5 de diciembre de 2005, porque lo que sostiene la actora para fundar su pretensión es que existe subrogación y no un nuevo contrato con extinción del anterior, mientras que en las sentencias citadas de esta Sala la pretensión es la contraria, pues consiste en negar la transmisión de empresa y la subrogación, con la finalidad de mantener el vínculo con la primera entidad.

Aquí lo que se pide es justamente lo contrario, es decir, que se tiene derecho a la antigüedad, porque se mantiene la misma relación, pues la subrogación implica cambio de acreedor en la misma relación obligatoria, con independencia de que pueda discutirse su alcance de conformidad con los términos del convenio aplicable.

Pero si ha existido subrogación no puede sostenerse que el plazo de prescripción corra desde la extinción de un contrato anterior que en sentido estricto no se ha extinguido, al menos de forma total.

CUARTO.- El motivo segundo denuncia la infracción del artículo 61 y siguientes del I Convenio Colectivo General del Sector de Servicio de Asistencia en tierra en aeropuertos (“handling”) (BOE 18 de julio de 2005), con modificaciones posteriores que se publicaron en el BOE de 17 de julio de 2006.

La denuncia se centra en el artículo 67 y, en particular, en su apartado D), que regula el régimen de subrogación convencional, alegando que aunque se acepte que “debió producirse ese proceso de subrogación... tampoco procedería la estimación de la demanda”.

Hay que aclarar que el régimen de la subrogación no es aquí el que deriva del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores a partir de una transmisión de empresa, que tampoco se ha alegado, ni puede en principio apreciarse ni en su delimitación legal en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, ni en la modalidad de sucesión en la actividad con asunción de plantilla, que esta Sala ha aceptado en aplicación de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, como puede verse en nuestras sentencias de 20 y 27 de octubre de 2004.

Hay que estar, por tanto, a los términos que prevé el convenio, el cual en su artículo 67.D) establece que a “los trabajadores procedentes de la empresa cedente... les será de aplicación el convenio colectivo o acuerdo de la empresa cesionaria”, aunque ésta deberá respetarles los siguientes derechos:

“1) la percepción bruta anual, en caso de realizar las mismas variables”, salvo que las percepciones económicas de la empresa cesionaria sean más favorables,

2) la antigüedad, aunque “sólo a efectos indemnizatorios en caso de resolución de contrato por causas ajenas al trabajador”

3º) “los derechos económicos en trance de adquisición referidos a la antigüedad y/o progresión, si los hubiere en la empresa hasta que se perfeccionen”, aunque, una vez consolidados estos derechos, “comenzará el cómputo para la antigüedad y/o pro-

gresión en las condiciones establecidas en la empresa cesionaria”.

De este régimen se deduce claramente que no hay un reconocimiento general de la antigüedad acreditada en la empresa originaria, sino dos regímenes, uno aplicable a los derechos económicos que pueden relacionarse con el complemento personal de antigüedad y otro para la denominada antigüedad a efectos indemnizatorios.

Para la denominada antigüedad a efectos indemnizatorios no hay ninguna limitación en el sentido de que sólo pueda computarse la que estuviese formalmente reconocida por la empresa, por lo que no cabe entender que existe esa limitación del efecto subrogatorio, que en principio debe afectar a todas las condiciones de trabajo.

Más discutible resulta la mención a los derechos económicos de la antigüedad porque la norma convencional parte del reconocimiento de “la percepción económica bruta anual”, en la que lógicamente estaría incluida la antigüedad ya reconocida a estos efectos en la empresa de origen; a la que ha de añadirse la que se derive de los derechos en curso de consolidación.

Por ello, puede parecer que estamos ante la recepción de un concepto formal de antigüedad: por una parte, la retribución ya acreditada o en curso de acreditarse por este concepto en la empresa de origen y, por otra, la antigüedad que comience a acreditarse en su momento en la empresa de incorporación.

Pero un examen más detenido de la norma muestra que esta distinción no limita necesariamente la antigüedad que pueda reconocerse en la empresa de origen en el sentido de que el trabajador afectado podrá reclamar la que le corresponda -antes o después de la subrogación- con la consiguiente proyección en la retribución que tendrá que abonar la nueva empresa, aunque su proyección se realizará sobre la percepción por antigüedad ya acreditada o la que esté en curso de adquisición en la empresa de procedencia.

La limitación del cómputo de la antigüedad real sólo podría surgir de un pronunciamiento del convenio en ese sentido; pronunciamiento que no se contiene en la regulación convencional examinada.

Es cierto que el convenio se refiere a la antigüedad reconocida en la empresa de origen, pero lo hace en el art. 68 a efectos de regular la preferencia para la subrogación; no para limitar el reconocimiento a la antigüedad reconocida formalmente por la empresa de origen.

Lo mismo cabe decir del artículo 71 del Convenio que se refiere a la antigüedad entre los datos de la rela-

ción que debe facilitar el operador saliente al entrante, pero que no implica limitación alguna en relación con el derecho del trabajador afectado a hacer valer su antigüedad real.

En cuanto a la referencia que realiza la parte recurrente a los acuerdos de la Comisión Paritaria se trata de una remisión genérica y en gran medida indeterminada, pues tales acuerdos no se han incorporado a los hechos probados.

Procede, por tanto, la desestimación del recurso, con pérdida del depósito constituido para recurrir y condena en costas de la parte recurrente en los términos del artículo 233 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa Acciona Airport Services S.A.U. Pasarelas Barajas UTE, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 27 de marzo de 2009, en el recurso de suplicación núm. 5304/08, interpuesto frente a la sentencia dictada el 9 de abril de 2008 por el Juzgado de lo Social núm. 18 de Madrid, en los autos núm. 830/07, seguidos a instancia de D^a Guadalupe, contra dicha recurrente, las empresas Attempora ETT, S.L., Vedor Trabajo Temporal ETT, S.A., Horecca Staffing Services ETT, e Ineuropa Handling Madrid UTE, sobre reconocimiento de derecho.

Decretamos la pérdida del depósito constituido para recurrir, manteniéndose la consignación realizada como garantía del cumplimiento de la condena.

Condenamos a la empresa recurrente al abono de los honorarios del Letrado de la parte recurrida en la cuantía que, dentro de los límites legales, fijará la Sala si a ello hubiera lugar.

Devuélvanse las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Aurelio Desdentado Bonete.- Jesús Gullón Rodríguez.- Jesús Souto Prieto.- Luis Fernando de Castro Fernández.- María Luisa Segoviano Astaburuaga.

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.



2009/300007

TS Sala 2^a, Sentencia 11 diciembre 2009. Ponente: Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre

Prueba insuficiente del destino a terceros

Inaplicación del subtipo agravado de venta de droga en establecimiento público

Desestimando los recursos de casación interpuestos por dos de los acusados, la Sala acoge parcialmente los formulados por los otros tres imputados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos contra derechos ciudadanos extranjeros, prostitución y salud pública. El TS dicta segunda sentencia por la que deja sin efecto el subtipo agravado que había sido aplicado, ya que existe una prueba cual es la ocupación en la habitación de la recurrente en el club de alterne en el que se ejercía la prostitución, de una cantidad de cocaína que permite deducir razonablemente su destino a terceros, pero en relación a que esta distribución se realizase en el local aprovechando las facilidades que ello comportaba y constituyendo una actividad relevante del mismo con notorio desvío de su dedicación, solo existe una declaración policial que no constituye por sí sola prueba apta para desvirtuar la presunción de inocencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso interpuesto por Olga.

PRIMERO.- El motivo primero al amparo del art. 852 LECrim., según autoriza el art. 5.4 LOPJ. en relación con los arts. 24.1 y 2 del Texto Constitucional por infracción de precepto constitucional por vulneración del principio de presunción de inocencia, tutela judicial efectiva y principio de contradicción en relación con las declaraciones testificales. La sentencia recurrida infringe dichos preceptos dado que se quiebra el principio de inmediacidez y contradicción de la prueba en el juicio oral, al darse por reproducidas en el juicio oral mediante lectura, la declaración hecha en sede judicial de la testigo víctima Eufrasia, cuando la declaración de dicha testigo no se dio con las garantías previstas en la Ley y jurisprudencia para considerarla válida y de plenos efectos. Esta impugnación no puede tener favorable acogida, pues como recordábamos en SSTS 1059/2005 de 28.9 y 1425/2005 de 5.12:

1º) Que constituye garantía esencial del derecho de defensa el que las pruebas se practiquen en el plenario, bajo el juego ineludible de los principios de publicidad, concentración, inmediación y contradicción.

2º) Que el derecho a la prueba encuentra en el derecho a “interrogar a

los testigos” una de sus principales concreciones, que es recogida en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de tal manera que si el acusado y su defensa no han tenido oportunidad de contradecir a los testigos, cuyos dichos son decisivos se vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías, y 3º) que el derecho a interrogar a los testigos no se puede desconocer al acusado ni siquiera cuando el Tribunal pueda suponer que el testigo no servirá a los fines exculpativos de la defensa, pues ello implicaría, como señaló la STC. 51/81, un “prejuzgamiento” sobre una prueba no practicada. Por tanto la realización de la prueba testifical en el acto del juicio oral constituye la norma que debe cumplirse, salvo casos muy excepcionales, por respeto a los principios de contradicción, oralidad y publicidad.

Las excepciones, en las que cabe considerar que la prueba es de realización no factible -y por tanto la decisión del Tribunal correcta, al no suspender-, se corresponden con aquellos casos extremos en que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo han estimado lícito reemplazar la prueba testifical que no puede practicarse en el juicio, por la lectura de las diligencias, conforme a lo prevenido en el art. 730 LECrim., sin vulneración

del derecho a la presunción de inocencia. Se trata de los casos en que el testigo haya fallecido, o se encuentre en el extranjero, fuera de la jurisdicción del Tribunal, no siendo factible lograr su comparecencia, o bien cuando el testigo se encuentra en ignorado paradero, habiendo resultado infructuosas las diligencias para su citación en forma legal y fallidas las gestiones policiales realizadas para su localización, bien entendido que como señaló la STS. 30.3.95, la omisión del procedimiento de citación pública previsto en los arts. 178 y 432 LECrim., para el caso de testigos de paradero desconocido no constituye una infracción de norma esencial del procedimiento, pues se trata de una disposición propia de la época de sanción de la LECrim. pero que en la sociedad masiva actual carece de toda practicidad, prueba de ello es que el antiguo art. 784.3 LECrim. (actual art. 762.3) que no estableció tal trámite para el Procedimiento Abreviado.

Por ello la doctrina de la practica en el acto del juicio oral de los actos de prueba se ha modulado en la medida en que puede suceder, por varios motivos, que los testigos que han depuesto en forma en el sumario no puedan comparecer en el acto de la vista, extrayendo como consecuencia (SSTS. 1699/2000 y STC. 41/91) que:

“si tales declaraciones figuran en autos vertidas con las debidas garantías, estamos ante la denominada prueba preconstituida que, en tanto prueba documentada, que no documental, puede ser traída al juicio oral al solicitarse por las partes la lectura o reproducción de lo sumarialmente actuado”, ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 730 LECrim. vía que permite al Tribunal ex art. 726 LECrim. tomar en consideración dichas declaraciones documentadas, siendo condición necesaria para ello que en el Plenario se proceda a la lectura concreta y particular de las declaraciones sumariales, no siendo suficiente el formalismo de tenerlas “por reproducidas”, pues dicha lectura expresa constituye el complemento necesario de su regular introducción en el debate, cumpliéndose de esta forma los principios mencionados, especialmente, el de contradicción.

Posibilidad que se recoge en la doctrina del T.C. 49/98 que en su fundamento de Derecho 2º expone: “al respecto conviene recordar que, por regla general, solo tienen la consideración de pruebas de cargo aquellas que son practicadas en el acto del juicio oral con las garantías de publicidad, oralidad, contradicción e inmediación, según una consolidada doctrina de este Tribunal que se inicia con la temprana S.T.C 31/81.

La misma regla rige en materia de prueba testifical donde -como hemos advertido en los SS.T.S. 137/88, 10192, 303/93, 64/94 y 153/97- la

exigencia de contradicción viene expresamente requerida por el art. 6.3 d) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y por el art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos. Ahora bien, dicha regla no tiene un alcance absoluto y permite ciertas excepciones, en supuestos de la denominada prueba preconstituida y anticipada; esto es, se admite la eficacia probatoria de las actuaciones no producidas en el acto del juicio oral, cuando resulta imposible su reproducción en el mismo, si bien dicha eficacia le subordina a que el acto de investigación participe de los caracteres esenciales de la prueba, intervención de la autoridad judicial y posibilidad de contradicción, con respeto estricto del derecho de defensa (SSTC. 62/85, 137/88, 182/89, 10/92, 79/94, 32/95, 200/96, 40/97).

Si bien la sentencia precedentemente transcrita hace referencia expresa a las pruebas preconstituidas y anticipadas, lo cierto es que aquellas son las que al practicarse ya se conoce la imposibilidad o, cuando menos, extraordinaria dificultad de su reproducción en el acto del juicio oral, por lo que es evidente que la sentencia precitada al referirse tan solo a la imposibilidad o acusada dificultad de reproducción en el acto de la vista pública de las diligencias sumariales de que se trate, está extendiendo la virtualidad probatoria no tan sólo a las diligencias practicadas en fase de instrucción y que sean constitutivas de prueba anticipada o preconstituida, sino también a aquellas diligencias que, en el momento de su practica, no existía previsión alguna sobre su irrepetibilidad en el juicio oral, siempre, eso si, que las mismas se practicasen con sujeción a los principios de inmediación y contradicción.

En esta dirección la S.T.C. 40/97 matiza que “aun cuando se ha dicho por este Tribunal que la prueba testifical es, por su naturaleza, perfectamente reproducible en el juicio oral, para su debido contraste y contradicción por las partes de forma oral sin ninguna de los derechos de defensa del imputado S.T.C 10/92) en este caso fue irreproducible toda vez que la víctima se hallaba en paradero desconocido. En principio y agotados los medios que la Ley procesal ofrece para hacer comparecer al testigo al acto del juicio oral, podría admitirse la lectura de su declaración sumarial”.

Por lo que respecta a la jurisprudencia del T.S la s. 22-2-99 recoge esta doctrina al señalar “no obstante, hay supuestos en los que la vigencia de 730 L.E.Cr. aquellos en los que, por causas independientes a la voluntad de las partes, la prueba no puede reproducirse en el juicio oral.

La jurisprudencia ha señalado como situaciones generadoras de la excepcionalidad, las del testigo fallecido, la del testigo en ignorado para-

dero y la del testigo en el extranjero, cuando pese a la vigencia de los tratados Internacionales, su comparecencia no puede practicarse en el juicio oral”. En estos supuestos excepcionales, las declaraciones del procedimiento deberán ser leídas en el juicio oral y son susceptibles de ser valoradas como actividad probatoria.

La utilización del art. 730 L.E.Cr queda limitado a aquellos casos en que el testimonio resulta de imposible o muy difícil practica en el acto del juicio oral y, en estos casos, el Tribunal podrá excepcionalmente tomar en cuenta las declaraciones testificales obrantes en el sumario, previa lectura den el juicio, cuando no sea factible lograr la comparecencia del testigo o sea imposible de localizar por desconocimiento de su paradero”. Igualmente la s. 30-9-99 señala “es cierto que la víctima no acudió al acto del juicio oral pero su declaración inculpativa en sede judicial, extensa y minuciosa, coincidente en lo esencial con la anterior prestada en sede policial es clara... tal declaración fue efectuada en presencia del Letrado de la defensa y fue correctamente introducida en el plenario por tratarse de uno de los supuestos contemplados en el art. 730. L.E.Cr.

Por su parte, la s. 9-2-00 establece que “una reiterada doctrina de esta Sala tiene declarado que hay supuestos excepcionales en los que el Tribunal sentenciador puede valorar diligencias de prueba practicadas en la fase de instrucción sumarial siempre que se hayan traído al acto del juicio oral y que sobre ellos se haya podido ejercer la pertinente contradicción.

El fundamento de la admisión como prueba de cargo válida de la preconstituida en las condiciones señaladas anteriormente lo describe la sentencia del TC. 91/91, que cita igualmente sus resoluciones anteriores, SSTC 107/85, 182/89 y 154/90, afirmando que no admitiéndose “supondría hacer depender el ejercicio del “ius puniendi” del Estado del azar o de la malquerencia de las partes (amenaza a los testigos) pudiendo dejarse sin efecto lo actuado inmediatamente, añadiendo que: “un sistema que pondera adecuadamente tanto la necesidad social de protección de bienes jurídicos esenciales, como el haz de garantías frente a posibles abusos a los ciudadanos, con independencia de su posición, ha distar en condiciones de hacer valer la seriedad de lo actuado por los órganos encargados de la represión penal, siempre que lo actuado lo haya sido con pleno respecto a aquellas garantías”.

También la jurisprudencia del TS. (SS. 360/02, 1338/02, 1651/03) ha venido admitiendo la validez de la introducción en el Plenario, a efectos de garantizar el principio de contradicción, mediante la lectura de la declaración correspondiente, de lo manifestado por el testigo en fase

sumarial y ante el Juez instructor siempre que dicha declaración se haya producido conforme a las prescripciones de la LECrim. Las condiciones previstas en el mencionado artículo se refieren a que la diligencia sumarial no pueda ser reproducida en el juicio oral por causas independientes a la voluntad de las partes.

Con independencia de supuestos de imposibilidad absoluta, como es el fallecimiento del testigo, se han perfilado por la jurisprudencia otros supuestos en los que la presencia deviene funcionalmente imposible, bien sea por tratarse de personas con residencia en el extranjero o que se encuentren en paradero desconocido o ilocalizables, lo que deberá tener su adecuada constancia en los autos, sin perjuicio de que el Tribunal, atendiendo a los diversos casos que puedan plantearse, debe desplegar la diligencia adecuada para localizar a la persona de que se trate.

Evidentemente debe tratarse de declaraciones prestadas ante el Juez de instrucción reuniendo los requisitos exigidos por la Ley, pues fuera de este supuesto no se trataría propiamente de diligencias sumariales de prueba, de forma que, aún no satisfaciéndose el principio de contradicción en aquella declaración, puesto que sucede con frecuencia, sobre todo cuando se trata del denunciante que su declaración se produce con anterioridad a la del imputado, que dicho principio esencial del proceso se desenvuelve en el acto del Plenario mediante lectura concreta y puntual de la diligencia, abriéndose de esta forma a las partes la posibilidad de salvaguardar sus derechos STS 4.3.2002).

Pues bien en el caso enjuiciado tal como se señala en el Fundamento Jurídico cuarto de la sentencia impugnada, la Sala valora la declaración sumarial de Eufrasia, destacando que se prestó unas adecuadas condiciones de contradicción y concurriendo causa legítima para prescindir de su declaración en el juicio oral.

En relación con la ausencia de contradicción en la declaración de la testigo puede decirse que en este contexto, se ha de señalar que el TEDH ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción no lesiona en todo caso los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor bien cuando se prestan, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski, §

41; 15 de junio de 1992, caso Lüdi, § 47; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros, § 51); y más recientemente el Tribunal Europeo Derechos Humanos en la Sentencia de 27 de febrero de 2001, caso Lucà, § 40, ha declarado "los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario".

La anterior doctrina ha llevado al Tribunal Constitucional a declarar que el principio de contradicción es una de las "reglas esenciales del proceso" (SSTC. 41/97 de 10.3, 218/97 de 4.12, 138/99 de 22.7, 91/2000 de 30.3, 209/2001 de 22.10, 155/2002 de 22.7, 148/2005 de 6.6) y de modo más específico en relación con el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de la acusación, como manifestación del principio de contradicción, que se satisface dando al acusado una ocasión adecuada y suficiente para discurrir un testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare o en un momento posterior del proceso (SSTC. 2/2002 de 14.1, 57/2002 de 11.3, 155/2002 de 22.7).

Así pues, la garantía de contradicción no requiere, inexcusablemente, que la declaración sumarial haya sido prestada con contradicción real y efectiva en el momento de llevarse a cabo, pues cumplir tal exigencia no siempre es legal o materialmente posible, "es la posterior posibilidad de confrontación en el acto del juicio oral la que cumple la exigencia constitucional de contradicción y suple cualquier déficit que, conforme a las previsiones legales, haya podido observarse en la fase sumarial" (SSTC. 155/2002 de 22.7 y 206/2003 de 1.12).

En definitiva, no existe vulneración del principio de contradicción cuando "aún existiendo una falta de contradicción inicial, ésta tiene lugar con posterioridad de modo que se posibilita ulteriormente su ejercicio suficiente de defensa". Asimismo, también ha declarado el Tribunal Constitucional que "el principio de contradicción se respeta, no solo cuando el demandante (su dirección letrada) goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva contradicción no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable" (SSTC. 187/2003 de 27.10, 1/2006 de 16.1).

En este sentido, la exigencia de contradicción en la práctica de la declaración sumarial del testigo para posibilitar la lectura válida de la misma conforme al art. 730 LECrim. se hace depender de la jurisprudencia

del Tribunal Constitucional de que en aquel momento tal contradicción fuera factible (SSTC. 94/92 y 148/2005 entre otras).

En nuestro caso, la posibilidad potencial de haber interrogado a esta testigo existió en la declaración ante el Juez instructor del día 18.2.2008 respecto a los acusados Eulogio, Bienvenido y Olga. Así dicha declaración se prestó en presencia del letrado Sr. Moran que defendía a la procesada rebelde Juana y al procesado Bienvenido, pero consta (folios 859 y ss.) que por el Juzgado de Onteniente se remitió fax al Juzgado instructor comunicando el señalamiento de la declaración de Eufrasia para el día 18.2.2008 a las 13,15 horas; y que la secretaria de éste juzgado dictó diligencia de ordenación de 6.2.2008 dando traslado a las partes de tal señalamiento (folio 903), lo que cual se materializó los días 7 y 8.2.2008, a través de los procuradores M^a Isabel Pretil Navarro y M^a Carmen Pérez Torrente que estaban personadas en el sumario por Eulogio y Juana y Bienvenido (con el letrado Moran, folios 765, 769, 776 y 936) y Olga, respectivamente. Consecuentemente los letrados de éstos procesados, incluida Olga tuvieron la posibilidad de estar presente en la declaración de aquella testigo, cumpliéndose las exigencias del Tribunal Constitucional (por todas S. 345/2006 de 11.12): declaración ante el Juez instructor a la causa, posibilidad de contradicción con la convocatoria del abogado a la diligencia sumarial, introducción de la declaración sumarial a través del acto en que se documentó, conforme lo preceptuado en el art. 730 LECrim. o a través de los interrogatorios que permiten la entrada en el debate público y sometimiento a contradicción con los demás declaraciones de quienes sí intervinieron en el plenario.

Respecto a la concurrencia de la causa legítima, la Sala de instancia la infiere de que según la testigo protegida núm.000 -Crescencia- se había marchado de España por miedo, dato confirmado por el funcionario de la Policía Nacional con carné profesional núm.001 que en el juicio informó que Eufrasia se había marchado a Argentina.

La recurrente cuestiona esta posibilidad de justificar esta incomparecencia por cuanto la citación por exhorto a la testigo consta en las declaraciones (folios 131 y 258 rollo Sala) practicada unos días antes de la celebración del juicio y cuando la testigo protegido núm.000 depuso como testigo, la practica de la testifical de Eufrasia precedente, había decaído sin que las partes conocieran la razón por la cual no había comparecido, y el funcionario policial debió, en su caso, si fuese cierto que la citada testigo se había marchado a Argentina, haber emitido el correspondiente informe u oficio por escrito. Impugnación que no debe merecer favorable acogida.

La Audiencia citó por exhorto para la asistencia al juicio a la testigo en el domicilio que constaban en las actuaciones (CALLE000 núm.002 piso núm.003 puerta núm.004 de Aiolo de Malselit (Valencia), pero, en contra de lo manifestado en el recurso no fue citada personalmente, sino por "ausencia" de la interesada en la persona de quien dijo ser primo suyo, Santos, citación efectuada el 23.3.2009 (folios 258 y 330), y una lectura del acta del juicio oral permite constatar que llamada la testigo

■

"...tratándose de tenencia con destino al trafico es preciso que la prueba acredite que la finalidad de la tenencia es precisamente proceder a la venta o a la ejecución de cualquier otro acto de trafico. Respecto a la concurrencia de este elemento subjetivo del tipo que se exige para considerar delictiva la posesión de la droga, su probanza puede venir o de la mano de la prueba directa, (...) Sin embargo, lo más frecuente es que tales pruebas no existan y se acuda al mecanismo de la prueba indirecta o de indicios..."

■

Eufrasia no comparece e interesada por el Ministerio Fiscal la lectura de su declaración, las defensas manifestaron no tener nada que objetar (folio 390 acta 37-3).

Consecuentemente no puede reprocharse al Tribunal la inexistencia de causa legítima para tal lectura, cuando ninguna de las defensas solicitó la suspensión del juicio por dicha incomparecencia y por lo tanto la posibilidad de debate sobre si la ausencia de la testigo estaba o no justificada, tal como se acredita a posteriori por las testificales antes referidas; fue excluida por la propia actuación de aquellas, por otra parte, el reproche sobre la falta de agota-

miento de las medidas para la citación de la testigo que se encontraba fuera del territorio nacional -como reconoce el propio recurrente-, carece de fundamento, ya que la STS núm. 271/04, de 24 de febrero, que también sale al paso de la alegación de indefensión por impugnación de la lectura de las testificales en el juicio oral, recuerda que no se puede admitir un nuevo retraso que implique otra suspensión del juicio oral sin garantía de la localización de los testigos bien por su permanente situación de ignorado paradero, bien por la constante y reiterada dificultad para su localización.

Y que nuestro sistema procesal, avalado por reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (Cfr. STC 20-2-08) y de esta Sala, ha contemplado la posibilidad de celebrar el juicio oral en condiciones excepcionales, cuando existen datos y elementos que permitan mantener las tesis de la defensa e intentando, por todos los medios disponibles, ordinarios y extraordinarios, la localización de las víctimas del delito.

También es necesario valorar la actitud procesal de los acusados, en orden a su predisposición a la celebración del juicio, sin poner trabas u obstáculos al normal funcionamiento de la justicia. Cuando concurren esta serie de circunstancias el sistema no puede permanecer impasible y contemplar impotente, como conductas de la gravedad y trascendencia social de que es objeto de esta causa, permanezcan indefinidamente sin ser juzgados.

El Estado de Derecho -se sigue diciendo- no puede permanecer inactivo y sin adoptar medidas correctoras, ante la prepotencia, el abuso de la situación social de las víctimas, o cualquier otra circunstancia espuria que, pueda paralizar la necesaria acción de la justicia. Ello no supone que el juicio puede celebrarse en condiciones tales que vulneren las reglas y garantías constitucionales, pero sí puede acudir a fórmulas que permitan conjugar la respuesta del derecho con el respeto a la debida defensa.

La Sala de instancia argumentó razonablemente: "la decisión de no suspender el juicio para tratar de localizar a Eufrasia es perfectamente adecuada a las circunstancias: se trata de una testigo que no ha querido comparecer, y que además se ha marchado de España, y se encuentra en paradero desconocido.

Además, cuatro de los encausados estaban presos provisionalmente y ello desaconsejaba cualquier dilación. Suspender el juicio para localizar y citar a Eufrasia, sin poder obligarla a venir a declarar, hubiera sido una decisión a todas luces equivocada. Por tanto si la declaración sumarial se prestó con todas las garantías ante el Juez de instrucción y con posibilidad de contradicción por la de-

fensa de los acusados y además en el juicio oral, y así se desprende del acta, se procedió, sin protesta alguna de la defensa, a la lectura por el Secretario de los folios en los que estaba documentada la declaración de dicho testigo, pues si bien en la sesión 1.4.2009 las defensas se opusieron (408 y 409 del acta) ante la decisión de la Sala no formularon protesta, esta prueba es susceptible de ser valorada por la Sala a efectos de formar su convicción sobre la realidad de los hechos denunciados.

SEGUNDO.- El motivo segundo al amparo del art. 852 LECrim. por infracción de precepto constitucional por vulneración del principio de presunción de inocencia por ausencia de prueba de cargo. Se alega en el motivo que en lo que afecta a la recurrente tan solo le fue imputada la comisión de conductas delictivas por la testigo protegido 02/07AB.

- María Teresa, alias "Rubi", y la anterior testigo injustificadamente incomparecida Eufrosia. Por tanto, si la declaración de esta última no debe ser valorada, conforme el motivo precedente, para imputarle los hechos por los que fue inculpada, no habría más prueba respecto a la recurrente que la declaración de aquella testigo protegida, y en relación a esta declaración la propia sentencia, fundamento derecho séptimo, razona: "mención especial merecen las declaraciones de la testigo protegido núm.005 María Teresa, cuya validez como elemento de convicción ha sido cuestionada no por razones procesales sino por la existencia de importantes contradicciones entre ellas. Tales contradicciones afectan a cuestiones tan importantes como el trayecto o ruta seguida por la testigo en su venida a España desde Paraguay, que hizo una vez en Madrid, la persona (o personas) que la acompañó al "club Águila negra", la cantidad pagada por ella, la forma en que huyó del referido establecimiento.

Así en el juicio se pudo comprobar directamente que a la testigo le resultaba muy difícil expresarse, quizás porque no dominaba el idioma castellano, o quizá porque estaba tratando de hacer encajar sus respuestas con un relato previo no del todo veraz. Sea como fuere, la Sala considera poco adecuado a las exigencias del principio de presunción de inocencia el apoyar una sentencia condenatoria total o parcialmente en las manifestaciones variables, imprecisas, nada contundentes, de esta testigo".

Siendo así se entiende por la recurrente que en cuanto resulte de las imputaciones vertidas hacia la misma por la Sra. María Teresa, en virtud de las cuales ha resultado condenada no se ha desvirtuado el principio constitucional de presunción de inocencia, el examen de la cuestión planteada requiere traer a colación, aun sucintamente, la reiterada doctrina de este Tribunal sobre

el derecho a la presunción de inocencia y los requisitos constitucionalmente exigibles a la prueba indiciaria para desvirtuar dicha presunción (por todas STS. 716/2009 de 2.7).

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

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

b) Por otro lado, 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 inmediatez, 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 sí (SSTC. 145/2003 de 6.6, 70/2007 de 16.4).

TERCERO.- En el caso presente la recurrente ha sido condenada

como autora de un delito de favorecimiento de la inmigración ilegal, art. 318 bis 1 y 3 (apartado 1 y 2 hechos probados); de cinco delitos relativos a la prostitución, art. 188.1 (apartado 2, 3, 4 hechos probados), en las personas de Maite (a. Graciosa), Rosa (a. Flaca), Aída (a. Perversa) y Eufrosia; y un delito contra la salud pública, arts. 368 y 369.1 y 4 (apartado 7 hechos probados), sustancias que causan grave daño a la salud en establecimiento abierto al público, valorando para ello, no el testimonio de la testigo protegido María Teresa, sino:

a) En relación al primer delito de favorecimiento de la inmigración ilegal: las declaraciones de dos de las víctimas, Crescencia y Eufrosia que considera perfectamente coherentes y verosímiles y que se ven corroboradas por las primeras declaraciones sumariales de la recurrente y del coprocesado Eulogio, en las que refirieron que acordaron con Bienvenido el suministro de chicas para el club de alterne, y por las anotaciones que consta en una agenda, color burdeos, hallada en el domicilio del coprocesado Bienvenido y que son detalladas en el fundamento jurídico 8 de la sentencia de instancia. Consecuentemente, en relación a este delito si ha existido prueba lícita, legalmente obtenida, suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

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

La credibilidad de la víctima es un apartado difícil de valorar por esta Sala de casación, pues no ha presenciado esa prueba, pero en su función revisora de la valoración de la prueba puede valorar la suficiencia de la misma y el sentido de cargo que tiene, así como la racionalidad de la convicción manifestada por el tribunal sentenciador.

Por ello el testimonio de la víctima cuando se erige en prueba de cargo, como sucede en hechos como los enjuiciados, está sujeto a la hora de su valoración a unos criterios que no exigen (STS. 15.4.2004), como son los de ausencia de incredulidad, verosimilitud del testimonio que supone que está rodeada de corroboraciones periféricas, y persistencia

en la incriminación. No otra cosa sucede en el presente caso en el que la Sala de instancia considera corroborada su versión por las iniciales declaraciones de Olga y Eulogio a las que concede superior credibilidad que a las vertidas en el juicio oral. En este sentido esta Sala tiene declarado, SSTS. 450/2007 de 30.5.304/2008 de 5.6, que el Tribunal de Instancia puede otorgar prevalencia para fundar su convicción a la prueba practicada en la fase de instrucción sobre la practicada en el plenario, caso de discordancia entre ambas, siempre que aquella se halla practicado judicialmente con las debidas garantías y se halla sometido a efectiva contradicción en el acto del juicio oral.

Concretamente en el caso de testimonios contradictorios previstos en el artículo 714 de la L.E. Criminal, la doctrina constitucional y de esta Sala (S.T.C. 137/88, S.T.S. 14-4-89, 22-1-90, 14-2-91 o 1 de diciembre de 1.995, sentencia núm. 1207/95), admite que el Tribunal pondere la mayor o menor verosimilitud de las versiones contrapuestas, contrastándolas con los datos deducidos de otras pruebas practicadas y con la credibilidad de las razones expuestas para justificar las contradicciones, correspondiendo al Tribunal de Instancia dicha valoración, conforme a lo dispuesto en el artículo 741 de la L.E. Criminal.

Esta Sala igualmente ha declarado (ver S. 113/2003 de 30.1) que las declaraciones de los testigos y los acusados aún cuando se retracten en el juicio oral, pueden ser tenidas como actividad probatoria suficiente para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia sobre la base de la mayor fiabilidad que pudiera tener la versión sumarial.

Pero esta afirmación aparece sujeta a determinados requisitos que inciden sobre la apreciación de la credibilidad de la rectificación con confrontación de las distintas manifestaciones, extremo que depende substancialmente de la percepción directa que sólo tiene el Tribunal de instancia por la inmediatez de la prueba (Sentencias de 7 de noviembre de 1997; 14 de mayo de 1999). En otros términos, la posibilidad de valorar una u otra declaración no significa un omnímodo poder de los tribunales para optar por una u otra declaración, a modo de alternativa siempre disponible por el solo hecho de existir en los autos una declaración distinta de la prestada por el testigo, o en su caso coimputado, en el Juicio Oral.

Jurisprudencialmente hemos requerido la concurrencia de circunstancias que afectan tanto a las condiciones de validez de la prueba que permita su valoración como a los criterios de valoración. Así, en primer término, para que la declaración sumarial sea valorable en sentido objetivo, es decir susceptible de ser valo-

rada como material probatorio, es preciso que se incorpore al plenario sometándose a la contradicción, exigencia condicionante de la propia idoneidad probatoria de la declaración sumarial, sin la cual ésta no puede ser considerada siquiera por el Tribunal de instancia en la formación de su convicción. Es necesario para ello que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el art. 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal procediendo a la lectura de aquélla y permitiendo a las partes someter la declaración a contradicción (SSTS. de 5 de noviembre de 1996 y 20 de mayo de 1997; y STC. de 29 de septiembre de 1997).

Sin esta incorporación al plenario la declaración sumarial no es prueba, ni cabe ser considerada. Esta exigencia presupone que la declaración que se incorpora al enjuiciamiento, provenga del sumario, es decir, de la documentación de la actuación judicial en investigación de un hecho delictivo, pues así lo exige el art. 714 de la Ley Procesal, que refiere la posibilidad de dar lectura a las declaraciones del sumario, esto es las practicadas en sede jurisdiccional con exclusión de las celebradas ante la policía. Además tal declaración ha de ser realizada con observancia de las reglas que rigen la práctica de estas diligencias.

Consecuentemente debe tratarse de declaraciones prestadas ante el Juez de Instrucción reuniendo los requisitos exigidos por la Ley, pues fuera de este supuesto no se trataría propiamente de diligencias sumariales de prueba, de forma que, aún no satisfaciéndose el principio de contradicción en aquella declaración, puesto que sucede con frecuencia, sobre todo cuando se trata del denunciante, que su declaración se produce con anterioridad a la del imputado, que dicho principio esencial del proceso se desenvuelve en el acto del Plenario, mediante la lectura concreta y puntual de la diligencia, abriéndose de esta forma a las partes la posibilidad de salvaguardar sus derechos (SSTS. 4.3.2002, 17.7.2002, 5.12.2003). Por otra parte, la contradicción que permite la lectura de las obrantes en el sumario debe recaer sobre aspectos esenciales del testimonio, como afirmaciones contradictorias o retractaciones totales o parciales. La declaración sumarial debe ser incorporada al juicio mediante su lectura a petición de cualquiera de las partes como establece el art. 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pudiéndolo hacer el Tribunal de oficio (art. 708 párrafo segundo LECr.).

Como consecuencia de esa lectura ha de ser interpelado el declarante sobre las razones de su divergencia siendo entonces cuando el Tribunal puede sopesar la credibilidad de lo manifestado por el testigo y decantarse por lo declarado en sumario o en Juicio Oral. Con relación a esta última exigencia la jurisprudencia de

esta Sala Segunda y la del Tribunal Constitucional han relativizado el requisito formal de la lectura considerando suficiente el que las diligencias sumariales hayan aparecido en el debate del juicio por el procedimiento del art. 714 o por cualquier otro que garantice la contradicción, siendo suficiente que las preguntas y respuestas dadas en el Juicio Oral hagan referencia expresa a tales declaraciones sumariales poniendo de manifiesto las contradicciones al objeto de que pueda darse la explicación oportuna. Lo que no puede hacerse es traer sorpresivamente desde el sumario a la sentencia, sin antes haber pasado por la posibilidad de ser debatido en el juicio oral (principios de oralidad, publicidad, contra-

"El escenario en el que se comete el delito sólo puede ser tomado en consideración para fundamentar la aplicación de un tipo agravado cuando, por sus circunstancias, añade una mayor intensidad del injusto. Se trata, en fin, de evitar que un local adscrito a otras finalidades, sea puesto al servicio de la clandestinidad, facilitando así la impunidad y haciendo más rentable la ofensa al bien jurídico tutelado."

dicción e inmediatez) ese dato que se incorpora al relato de hechos probados.

En todo caso lo que no es suficiente para que la declaración sumarial pueda ser tenida en cuenta es el empleo de la expresión ritual "por reproducida", práctica censurable inoperante para la efectiva entrada en el plenario de la declaración sumarial, y rechazada por la doctrina jurisprudencial. Incorporada al Juicio Oral la declaración sumarial, esto es las condiciones de valorabilidad de la declaración obrante en el sumario, analizamos las exigencias que deben concurrir en la sentencia que la valora para comprobar, desde la perspectiva del control casacional de la presunción de inocencia, la correcta valoración de la prueba y la correcta

enervación del derecho a la presunción de inocencia.

En primer lugar, por la falta de inmediatez de aquélla, la hipotética mayor credibilidad frente a la declaración en Juicio Oral ha de apoyarse en su verosimilitud objetiva lo que significa que en ese plano debe estar corroborada por otras circunstancias periféricas u otros medios probatorios (SSTC. 153/97, de 29 de septiembre; 115/98, de 1 de junio; y SSTS. de 13 de julio de 1998 y 14 de mayo de 1999). Es decir, la credibilidad objetiva precisa de la concurrencia de hechos o indicios externos o periféricos a la declaración sumarial que la doten de objetividad bastante para hacer razonable su valoración frente a la declaración que, con observancia del principio de inmediatez, se prestó en el Juicio Oral.

En segundo término, y como consecuencia del anterior requisito, es necesario que el Tribunal de instancia exprese las razones por las que se inclina por versión distinta de la que ha aflorado en el Juicio Oral (Sentencias de 22 de diciembre de 1997 y 14 de mayo de 1999), pues no habiendo presenciado la declaración sumarial se hace especialmente necesario razonar la causa de concederle mayor credibilidad, a la vista de lo declarado contradictoriamente a su presencia, rectificando sus manifestaciones anteriores, y de las explicaciones dadas al respecto por el declarante. No de otro modo ha actuado la Sala de instancia, que en el fundamento jurídico octavo concede mayor valor a las declaraciones sumariales de Olga y Eulogio, sometidas a la contradicción propia del plenario porque su contenido encaja mejor con lo declarado por Crescencia y Eufrasia y con los documentos hallados en el registro que se efectuó en el domicilio de Bienvenido.

CUARTO.- b) Respecto a los delitos relativos a la prostitución, hemos de partir de qué debe entenderse comprendido en tal concepto.

Así podemos definir la prostitución como la "situación en que se encuentra una persona que, de una manera más o menos reiterada, por medio de su cuerpo, activa o pasivamente, da placer sexual a otro a cambio de una contraprestación de contenido económico, generalmente una cantidad de dinero", o como dice la sentencia de 7 de abril de 1999, aquella actividad que ejercida con cierto carácter de habitualidad y generalidad, conlleva la prestación de servicios sexuales mediante precio, y de modo más genérico la sentencia núm. 724 de 17 de abril de 2000, cuando dice que el término prostitución puede abarcar cualquier depravación en el comercio carnal de cierta importancia, medida por la repulsa social que provoca y que conforme a un sentido etimológico significa "hacer que alguien se dedique a mantener relaciones sexuales con otra persona a cambio de dinero" (STS).

809/2006 de 18.7). Ahora bien la regulación de los delitos relativos a la prostitución en el actual Código Penal se ha realizado desde la perspectiva de que el bien jurídico que se debe tutelado no es la moralidad pública ni la honestidad, sino la libertad sexual, en sentido amplio, incluida la protección de quienes no tienen plena capacidad de autodeterminación sexual, es decir menores e incapaces (STS. 654/97 de 9.5). En consecuencia las conductas relativas a la prostitución que se tipifican penalmente respecto de mayores de edad, son las que afectan a dicha libertad sexual, es decir aquellas en que se fuerce de algún modo la voluntad de las personas adultas, determinándolas, empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella (art. 188.1).

QUINTO.- Pues bien en el caso presente la Sala forma su convicción de las declaraciones de Eufrasia combinadas con las iniciales de Olga y Eulogio y los documentos hallados en el registro que se efectuó en el "club Águila Negra". Convicción que debe entenderse lógica y racional en relación al delito del que fue víctima Eufrasia, por las mismas razones anteriormente expuestas, al considerar la Sala sus declaraciones plenamente fiables, pero en relación a los delitos de los que aparecen como víctimas Maite, Rosa, Aída y María Teresa, el pronunciamiento ha de ser distinto. En efecto en la exigencia de motivación debe distinguirse, de una parte, la motivación sobre los hechos y la motivación sobre la aplicación del derecho o motivación de la subsunción, cuyas exigencias son distintas.

La motivación sobre hechos supone la parte esencial de la exigencia motivadora en tanto es aquella por la que se conoce el proceso de convicción del órgano jurisdiccional sobre la culpabilidad de una persona, en el sentido de participación en el hecho delictivo imputado, la que justifica el ejercicio de la jurisdicción.

Por ello, cuando se trata de la llamada motivación fáctica la STS. 32/2000 de 19.1 recuerda que la sentencia debe exponer cuál o cuáles son las pruebas que sustentan la declaración de hechos probados, al objeto de que, conocidas éstas, la parte tenga posibilidad real de impugnar la razonabilidad del criterio valorativo del juzgador y que el Tribunal de casación, pueda, asimismo, efectuar la función revisora sobre si el razonamiento de la resolución judicial impugnada es suficiente para cimentar el relato histórico. En el caso presente, María Teresa, inicial denunciante, tal como se ha razonado anteriormente la propia Sala respecto a su testimonio considera poco adecuado a las exigencias del principio de presunción de inocencia al apoyar una sentencia condenatoria total o par-

cialmente en las manifestaciones variables, imprecisas, nada contundentes de esta testigo. Aída (Perversa) ha resultado ser persona desconocida, cuyo domicilio y demás circunstancias personales no ha podido ser averiguado, tal es así que ni se intentó su localización para disponer como testigo en fase instructora ni obviamente compareció en el juicio oral. Maite (a. Graciosa) y Rosa (a. Flaca) ambas han reconocido su participación voluntaria en el ejercicio de la prostitución.

La primera en el plenario y la segunda en acta notarial de manifestaciones de voluntad, otorgada en Paraguay el 28.11.2008. La Sala no concede credibilidad (Fundamentos Jurídicos 6º y 16º) a estas declaraciones pero, partiendo de que la voluntariedad en la actividad de la prostitución ciertamente no implica que no puedan darse con posterioridad situaciones de explotación, por ejemplo siendo conminada a trabajar ejerciendo la prostitución en condiciones diferentes a las que inicialmente se habían establecido, es decir, cuando en realidad se le imponen a la mujer, abusando de su propia condición y situación, no razona ni explica por qué como consecuencia de esa falta de credibilidad, el propio ejercicio de la prostitución o, al menos en las condiciones que se detallan en el apartado III del relato fáctico y que resultan de las propias declaraciones iniciales de la recurrente y de la documentación intervenida en el registro del local (carpeta anillas (docum. núm. 42 anexo a la causa) les fueron impuestas de forma coactiva o por cualquiera de los modos comisivos del art. 188.1, máxime cuando la propia sentencia (fundamento Jurídico 19º), admite "que muchas de las prostitutas del club ejercían su oficio voluntariamente. Únicamente Eufrasia estaba, hasta cierto punto, forzada y permaneció muy poco tiempo allí".

Consecuentemente como, no siempre la resolución de un recurso en el que se aduzca un error en la apreciación de las pruebas de carácter personal implica una valoración directa de tales pruebas que precise de la intermediación, si el tribunal se limita a supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante, esto es, cuando su intervención no consiste en enjuiciar el resultado alcanzado sino en realizar un control externo del razonamiento lógico seguido para llegar hasta él; desde esta perspectiva, el tribunal de casación puede revisar la estructura racional del discurso valorativo, de la prueba efectuado por el Juez a quo, 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", y en su caso, revocar la sentencia recurrida, sin necesidad del contacto directo con la prueba que proporciona la intermediación, por el referido control externo no implica por sí mismo una valoración de la prueba llamada a tener reflejo en la fijación del relato de hechos probados. En resumen en las declaraciones personales (acusado, víctima, testigos), como pruebas directas, se debe distinguir un primer nivel dependientes de forma inmediata a la percepción sensorial, condicionado a la intermediación y por tanto, ajeno al control en vía de recurso por un tribunal que no ha contemplado la práctica de la prueba; y un segundo nivel, necesario en ocasiones, en el que la opción por una u otra versión de los hechos no se fundamenta directamente en la percepción sensorial derivada de la intermediación, sino en una elaboración racional o argumentativa posterior, que descarta o prima determinadas pruebas aplicando las reglas de la lógica, los principios de la experiencia o los conocimientos científicos.

En cualquier caso, el juicio de razonabilidad -que si es revisable en casación- podrá tomar en consideración datos objetivos de la credibilidad del declarante (su edad, posibles deficiencias psíquicas o sensoriales, circunstancias de visibilidad, distancia con el lugar de los hechos, tiempo transcurrido, relaciones previas del declarante con las personas afectadas por su declaración, etc.) que incidan, no tanto en la sinceridad de la declaración -esto es, en la correspondencia entre lo que el declarante dice y lo que piensa, como en su carácter fidedigno- esto es, en la correspondencia entre lo que el declarante piensa y la realidad, pues es en la primera vertiente donde la intermediación cobra toda su importancia.

En definitiva, como señala el Tribunal Constitucional, en sentencia 123/2005 de 12.5 "la garantía de intermediación y también las de publicidad y contradicción son... garantías del acto de valoración de la prueba, del proceso de conformación de los hechos. En cuanto garantías constitucionales no se extienden al proceso posterior de revisión de la condena, (o de la absolución) cuando el mismo consista, no en volver a valorar las pruebas y en su caso, a modificar los hechos que se han de calificar penalmente, sino en advenir la correcta aplicación de las reglas que han permitido la conformación del relato inculpativo (o absolutorio), la declaración de culpabilidad (o de inocencia) y la imposición de la pena (o su no imposición). Por tanto puede concluirse que la valoración de la prueba personal y documental realizada por la Sala en relación a estos cuatro delitos relativos a la prostitución no ha sido racional, lógica y conforme a las reglas de experiencia y conocimientos científicos, evidenciando un error inequívoco y manifiesto, que debe implicar la estimación del motivo en este puntual extremo.

SEXTO.- Con referencia al delito contra la salud pública, como ha hemos señalado esta Sala tiene declarado en distintas ocasiones que en ningún caso el derecho a la presunción de inocencia tolera que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado, sea con una presunción iuris tantum sea con una presunción iuris et de iure (STC. 87/2001 de 2.4), por lo que no cabe condenar a una persona sin que tanto el elemento objetivo como el elemento subjetivo del delito cuya comisión se le atribuye hayan quedado suficientemente probados, (STC. 8/2006 de 16.1), por más que la prueba de este último sea dificultosa y que, en la mayoría de los casos, no quepa contar para ello más que con la existencia de la prueba indiciaria.

Pues si bien el objeto de la prueba han de ser los hechos y no normas o elementos de derecho y la presunción de inocencia es una presunción que versa sobre los hechos, pues solo los hechos pueden ser objeto de prueba y no sobre su calificación jurídica, ello no obstante en la medida en que la actividad probatoria que requiere el art. 24.2 CE. ha de ponerse en relación con el delito objeto de condena, resulta necesario que la prueba de cargo se refiera al sustrato fáctico de todos los elementos objetivos del delito y a los elementos subjetivos del tipo en cuanto sean determinantes de la culpabilidad (STC. 87/2001 de 2.4), esto es, como dice la STS. 724/2007 de 26.9: "si el elemento subjetivo es tal que de él depende la existencia misma del hecho punible, debe entenderse que la presunción de inocencia exige la prueba de tal animo tendencial o finalista".

Por ello únicamente cabe considerar prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia "aquella encaminada a fijar el hecho inculpativo que en tal aspecto constituye el delito, así como las circunstancias concurrentes en el mismo, por su parte, y por otra, la participación del acusado, incluso la relación de causalidad, con las demás características subjetivas y la imputabilidad" (SSTC. 33/2000 de 14.2, 171/2000 de 26.6). En el caso actual al tratarse de tráfico de drogas han de quedar acreditados -decíamos en la STS. 117/2009 de 27.2- los aspectos objetivos relativos a los actos típicos descritos en el art. 368 y tratándose de tenencia con destino al tráfico es preciso que la prueba acredite que la finalidad de la tenencia es precisamente proceder a la venta o a la ejecución de cualquier otro acto de tráfico. Respecto a la concurrencia de este elemento subjetivo del tipo que se exige para considerar delictiva la posesión de la droga, su probanza puede venir o de la mano de la prueba directa, como sucede en los casos de confesión del propio sujeto, o testigos que compraron la sustancia prohibida o la vieron ofrecer en venta o de cómo conocieron tal intención de entrega a terceros y así lo declaran. Sin embargo, lo más fre-

cuenta es que tales pruebas no existan y se acuda al mecanismo de la prueba indirecta o de indicios, por medio de la cual, a través de ciertos hechos básicos plenamente acreditados, a través de determinadas circunstancias objetivas que concurren en el hecho que se enjuicia, se infiera la existencia de aquel elemento subjetivo. Así los criterios que se manejan para deducir el fin de traficar con la droga son: la cantidad, pureza y variedad de la droga; las modalidades de la posesión o forma de presentarse la droga; el lugar en que se encuentra la droga; la tenencia de útiles, materiales o instrumentación para propagación, elaboración o comercialización; la capacidad adquisitiva del acusado en relación con el valor de la droga; la ocupación de dinero en moneda fraccionada; la falta de acreditamiento de la previa dependencia, entendiendo como de lo más significativo la no constancia de la adicción al consumo de drogas; la actitud adoptada al producirse la ocupación, la forma de reaccionar ante la presencia policial, el intento disimulado de deshacerse de ella o de ocultarla; e incluso se ha aludido en alguna ocasión a las circunstancias personales del acusado.

SÉPTIMO.- En el presente caso el apartado VII de los hechos probados se recoge como: "en registro autorizado por auto de 9.5.2007 del Juzgado de Instrucción de Alcaraz, se intervinieron en el club Águila Negra, en la habitación de Eulogio y Olga, una bolsa con 38,5 gramos de cocaína, con una pureza del 42,9% de cocaína base, y 3,5 gramos del mismo tóxico distribuido en cinco papelinillas con una pureza del 39,1%. Dicha sustancia estaba destinada por Eulogio y Olga a distribuirla a cambio de precio, entre las chicas y los clientes del club que lo solicitaban", llegando la Sala a esta convicción a partir de la prueba que detalla en el Fundamento Jurídico 14º, esto es el propio hallazgo de esa cantidad de droga (42,00 gramos, con una pureza de cocaína base de 17,87 gramos) y las declaraciones de Eufrosia.

La recurrente cuestiona en el motivo noveno por infracción de Ley esta actividad probatoria, por entender que no debe considerarse descabellada esa cantidad para 15 días de autoconsumo, sin que exista en autos, fuera de aquella declaración la más mínima prueba de que en el local hubiera tráfico de cocaína, ya que en todo caso si se admitiera la venta y consumo de cocaína por los clientes como "servicio más", como dice la sentencia, ello tendría lugar en las habitaciones, ello impediría aplicar la regla 4ª del art. 369 CP. La alegación del autoconsumo obliga a realizar unas consideraciones previas:

Primera.- que con independencia de que la condición de consumidora de Olga, salvo sus propias manifestaciones, no está acreditada, esta Sala tiene declarado que el ser consumidor no excluye de manera abso-

luta el propósito de traficar (STS. 384/2005 de 11.3), y debe ponderarse en la medida en que la droga aprehendida exceda de las previsiones de un consumo normal y así ha venido considerando que la droga está destinada al tráfico, cuando la cuantía de la misma exceda del acopio medio de un consumidor durante 5 (no 15) días, de conformidad con el criterio del Instituto Nacional de Toxicología y el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 19.10.2001 y ha fijado en relación a la cocaína, el consumo medio entre 1,5 y 2,00 gramos, presumiendo, por ello, la finalidad de tráfico en la tenencia entre 7,5 y 10 gramos, cantidades muy inferiores al total ocupado a la recurrente.

Segunda.- que no obstante lo anterior, según se razona en las SS. 411/97 de 12.4, 422/99 de 26.3, 2063/2002 de 23.5, esta doctrina se ha modulado en un doble sentido: en primer lugar precisando que las declaraciones jurisprudenciales indicadoras de la cantidad de droga que pueda estimarse destinada exclusivamente -al consumo propio y de la que puede considerarse destinada a distribución a terceros, fijan unas pautas o baremos orientativos basados en el cálculo del consumo medio diario de cada clase de droga y en la determinación del máximo de días de provisión del estupefaciente cubiertos habitualmente por el consumidor y apoyados en la enseñanza de la experiencia y en los datos facilitados por Organismos dedicados al estudio del fenómeno de la droga; y tales pautas orientativas no pueden coartar de una forma absoluta la libertad apreciativa y valorativa de las pruebas por parte del Tribunal, sin impedir por tanto que el órgano judicial llegue a la conclusión de que el tenedor de la droga destinaba al propio consumo una cantidad superior a la fijada en tales módulos, teniendo en cuenta distintos datos obrantes en el procedimiento.

En esta dirección las SSTs. 492/99 de 26.3, 2371/2001 de 5.12, 900/2003 de 17.6, declara que este criterio, el del exceso de las necesidades del autoconsumo, es meramente orientativo y muy discutible y de dudosa eficacia si se quiere implantar de modo genérico. No cabe, consecuentemente, considerar que la detención de una determinada cantidad de sustancia tóxica, evidencia, sin más su destino al tráfico, pues se hace preciso comprobar en cada caso concreto las circunstancias concurrentes. Entre ellas, el lugar de la detención, la distribución de la sustancia, las pautas de consumo del detentador, etc. a través de las cuales declarar razonable su destino al tráfico basado en la mera ocupación de la sustancia. Como decíamos en la STS. 1262/2000 de 14.7:

"La cantidad de droga poseída es un elemento para la prueba del elemento subjetivo del delito, esto es el ánimo de destinarla al tráfico, pero no el elemento subjetivo del delito,

pues si fuera así bastaría con la comprobación de que la cantidad detenida superaba el baremo legal que permite su acreditación...". Consecuentemente puede concluirse en relación a la cantidad de droga ocupada, que debe excluirse que pueda apreciarse de un modo automático su destino al tráfico cada vez que se comprueba la tenencia de una cantidad más o menos similar a la fijada por la jurisprudencia, por cuanto tal entendimiento supondría, en realidad una modificación del tipo objetivo del delito extendiendo a supuestos de tenencia de determinadas cantidades, lo que en realidad implicaría una verdadera extensión analógica del tipo penal, ya que lo que la Ley incrimina es la tenencia para el tráfico, no la tenencia de una determinada cantidad, aunque sea para el propio consumo, pero la doctrina no resulta aplicable a la recurrente por cuanto la cantidad total aprehendida, más de 40 gramos, excede de forma consi-

■

""La mayor agravación de la pena exige que los presupuestos fácticos que la explican se hallen plenamente acreditados. La existencia misma del establecimiento público y la actividad que en él se desarrollan, han de hallarse subordinadas a la clandestina distribución de estupefacientes."

■

derable aquellos módulos orientativos, e incluso parte de ella, 3,5 gramos distribuida en cinco papelinillas, indicio éste de su rápida distribución, permiten considerar que la inferencia de la Sala de que la cocaína hallada en la habitación se destinaba a su venta a terceros, es lógica, racional y adecuada a las reglas de la experiencia.

OCTAVO.- Mejor destino debe tener la queja de la recurrente en relación a la aplicación del subtipo agravado del art. 369.1.4 CP. En efecto como ya dijimos en STS. 831/2007 de 5.10 y 889/2008 de 17.12, esta Sala no puede avalar un entendimiento puramente locativo del precepto en el que se agrava que los hechos "...fueran realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos". El escenario en el que se comete el delito sólo puede ser tomado en consideración para fundamentar la aplicación de un tipo agra-

vado cuando, por sus circunstancias, añade una mayor intensidad del injusto. Se trata, en fin, de evitar que un local adscrito a otras finalidades, sea puesto al servicio de la clandestinidad, facilitando así la impunidad y haciendo más rentable la ofensa al bien jurídico tutelado. La mayor agravación de la pena exige que los presupuestos fácticos que la explican se hallen plenamente acreditados. La existencia misma del establecimiento público y la actividad que en él se desarrollan, han de hallarse subordinadas a la clandestina distribución de estupefacientes.

Por regla general, será necesario que la ocupación comercial de quienes regentan el establecimiento sea, en realidad, una fingida excusa para facilitar la difusión de la droga. La agravación, en fin, aparecerá plenamente justificada cuando la actividad principal esté plenamente subordinada a la labor clandestina de favorecimiento del consumo ilegal de drogas.

La jurisprudencia de esta Sala ya ha tenido ocasión de delimitar el alcance de la agravación prevista en el art. 369.1.4 del CP. (SSTS.817/2008 de 11.12, 844/2005 de 29.6). Como recoge la STS. 329/2003 de 10.3, sobre la agravación derivada de la realización de la conducta en establecimiento abierto al público existe ya un cuerpo de doctrina consolidado de esta Sala que podemos sintetizar en las siguientes consideraciones:

a) Su aplicación no puede fundamentarse en meras consideraciones formales sino que exige un criterio restrictivo y un riguroso análisis de la concurrencia de los elementos materiales que constituyen la ratio legis de la agravación (SS.T.S. 15/12/99 y 19/12/97), expresivas de que el subtipo agravado no permite una interpretación extensiva y que cuando no conste la finalidad de tráfico en el local queda solo a efectos penales la simple tenencia ilícita.

b) Que el fundamento material de la agravación se encuentra en la intensificación del peligro para el bien jurídico protegido que representan aquellos supuestos en que parapetados en la apariencia de la normal explotación de un establecimiento, y merced a las oportunidades que ello reporta, existen montajes de ilegítimo tráfico de sustancias estupefacientes, y en el mayor reproche que, en el plano de la culpabilidad, deriva del desvío dedicacional de unos locales cuya permisión de apertura se ceñía a fines de utilidad o esparcimiento público, y el fraudulento, asutito e ilícito aprovechamiento de facilidades propiciadas por ese aparente marco de legalidad (S.S. T.S. 15/2/95 y 15/12/99).

c) Como consecuencia de lo anterior es necesario constatar en los hechos probados las circunstancias reflejadas, precisándose la acreditación de que la finalidad requerida en el

tipo básico planeaba ser desarrollada en tal establecimiento, excluyéndose con ello los supuestos en que el local es mero depósito transitorio de la sustancia poseída (S.T.S. 1/3/99), es decir, como señala la sentencia antes citada de 15/12/99 la modalidad de posesión que conlleva un mayor contenido injusto no es la mera posesión en el local con destino al tráfico, sino la posesión con destino al tráfico en el local (SS.T.S. 16/10/2003 y 10/02/00).

Por ello la STS. 501/2003 de 8.4 señala que, en todo caso, debe quedar claramente deslindado el hecho de esconder o guardar en el establecimiento la droga o el dinero proveniente del tráfico ilícito y la realización de las típicas actividades del tráfico sirviéndose o utilizando el propio establecimiento, es decir, se "exige que el sujeto activo, en su dinámica operativa, distribuya la droga a terceros, valiéndose y confundiendo la ilícita actividad desplegada en el local abierto al público con el desarrollo del negocio de hostelería, propio del local". Nos dice en tal sentido la S.T.S. 2214/ de 22.11: "Esta Sala ha entendido que la cocina de un bar o cualquier otra dependencia, e incluso el propio bar, como lugar en que única y exclusivamente se deposita, guarda o esconde la droga, no constituye establecimiento abierto al público, a efectos agravatorios, siempre que no se difunda, distribuya o realice cualquier otra transacción, con las personas que tienen libre acceso al establecimiento (SS. T.S. 20-12-94, 19-12-97, 15-12-99 y 5-4-2001), estribando "la ratio agravatoria en las facilidades que ofrece el establecimiento público a los culpables para la consecución de sus delictivos propósitos, donde parapetados en la apariencia de una normal explotación del negocio, se favorecen los intercambios de sustancias tóxicas, dada la posibilidad indiscriminada de acceso o entrada al mismo de cualquier persona".

"Es la facilidad de ocultar (o dificultad de descubrir) -insiste en este punto la S.T.S. núm. 1.234 de 13 de junio de 2001- el ilícito tráfico de estupefacientes, imbricado o intercalado en la prestación de los servicios normales del local..... dada la regularidad de entradas y salidas de clientes, que demandan servicios del Pub o van a adquirir la droga, o ambas cosas a la vez, con el anonimato que supone para dichos compradores (y quizás vendedores al por mayor) de traficar con la mercancía de tal forma subrepticia".

Es por ello que recuerda, la STS. 1090/2003 de 21.7, en algunas sentencias se ha señalado que el mero hecho de que el relato fáctico describa una venta que se produce en uno de esos establecimientos no implica la aplicación automática de la agravación, sino que es preciso que en los hechos probados conste de alguna forma que el autor se ha aprovechado de las facilidades que tal clase

de establecimiento le proporciona para ejecutar el acto delictivo y que tal aprovechamiento ha supuesto un incremento en el peligro prohibido por la norma. La STS. 217/2000 de 10.2 señaló en este sentido que "el fundamento material de la agravación se encuentra en la intensificación del peligro para el bien jurídico protegido que representan aquellos supuestos en que parapetados en la apariencia de la normal explotación de un establecimiento, y merced a las oportunidades que ello reporta, existen montajes de ilegítimo tráfico de sustancias estupefacientes, y en el mayor reproche que, en el plano de la culpabilidad, deriva del desvío dedicacional de unos locales cuya permisión de apertura se ceñía a fines de utilidad o esparcimiento público, y el fraudulento, astuto e ilícito aprovechamiento de facilidades propiciadas por ese aparente marco de legalidades".

Por último la STS. 640/99 de 10.6 nos dice que, de acuerdo a la interpretación jurisprudencial de este tipo agravado, la ratio de la agravación está en las facilidades que ofrece el establecimiento público a los culpables para la consecución de sus delictivos propósitos, al actuar ocultos y parapetados tras la apariencia de la normal explotación de un negocio... con ello se patentiza un plus de impunidad por la dificultad adicional que supone toda investigación, lo que justifica el plus de punibilidad que conlleva el subtipo agravado. Por ello, la aplicación del mismo exige y supone que se ponga la infraestructura del local al servicio, de forma relevante, del ilícito tráfico, o dicho de otra manera, que el local actúe como plataforma para el tráfico, por ello, la aplicación del subtipo supone la acreditación de una pluralidad de ventas, excluyéndose cuando solo existe alguna venta episódica que tiene como escenario, pero no plataforma, el bar o establecimiento público. SSTs de 5 de abril de 2001, 502/2003, 1328/2002 ó 928/2007, entre otras.

NOVENO.- En el caso presente la prueba está constituida por la testigo Eufrosia que en su declaración policial (folio 617) señaló que clientes iban al club y pedían cocaína, atendidos Olga y Eulogio, que subían con ellos y se la vendían. Que luego los clientes consumían la cocaína con las chicas o se la metían en los servicios del Bar. Y que un cliente que previamente había subido con Eulogio a las habitaciones se dirigió a la declarante diciéndole que si quería subir con él a probar la "pasta". Pero en su posterior declaración judicial no fue interrogada sobre este extremo, al no haber comparecido al juicio oral, aquella inicial declaración policial no pudo ser sometida a contradicción y no puede servir, como prueba para enervar, en este extremo, la presunción de inocencia de la acusada. En efecto como regla general solo pueden considerarse auténticas pruebas que vinculan a los

tribunales en el momento de dictar sentencia las practicadas en el acto del juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar en el debate contradictorio que, de forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes.

De esta exigencia general se desprende que las diligencias llevadas a cabo durante la fase instructora del proceso penal no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, sino únicamente actos de investigación cuya finalidad específica, por tanto, no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de permitir la apertura del juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y la defensa (STC. 51/95 de 23.2). Es cierto que el Tribunal Constitucional al analizar la aplicación judicial de lo previsto en los arts. 714 y 730 LECrim., permite que las declaraciones anteriores se puedan integrar en la valoración probatoria pero ha resaltado para ello la necesidad de que en estos supuestos el contenido de la diligencia probatoria practicada en el sumario se reproduzca en el juicio oral mediante la lectura del acta en que se documentó o introduciendo su contenido a través de los interrogatorios.

En tales condiciones, el resultado de la diligencia accede al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliendo así la triple exigencia de toda actividad probatoria: publicidad, intermediación y contradicción (SSTC. 2/2002 de 14.1, 155/2002 de 22.7, 195/2002 de 28.10). No obstante debemos hacer una importante precisión cual es que el art. 730 LECrim. al igual que el art. 714, se refiere a diligencias practicadas en el "sumario" y por tal no puede estimarse el atestado policial, que se integra por una serie de actos de investigación que pueden contener fuentes de prueba, pero no prueba en sí misma y por ello el valor procesal de tales actuaciones es el de simple denuncia a que se refiere el art. 297 LECrim. (STS. 918/2004 de 26.7). Por ello, una declaración inculpativa prestada en sede policial, no puede ser valorada, por sí sola, en orden a fundar una sentencia condenatoria, por tratarse de actividad preprocesal que no ha sido incorporada al sumario en el juicio oral (STS. 1940/2002 de 21.11), puede ser fuente de prueba pero no prueba en sí misma, precisando de su incorporación al juicio oral. En este sentido el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de 28.11.2006 dispuso: "Las declaraciones prestadas validamente ante la Policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia".

En consecuencia en el caso que se analiza existe una prueba cual es la ocupación en la habitación de la recurrente en el establecimiento público, un club de alterne en el que se ejercía la prostitución, de una cantidad de cocaína que permite deducir razonablemente su destino a terceros, pero en relación a que esta distribución se realizase en el local aprovechando las facilidades que ello comportaba y constituyendo una actividad relevante del mismo con notorio desvío de su dedicación, solo existe una declaración policial que no constituye por sí sola prueba apta para desvirtuar la presunción de inocencia y en modo alguno puede estimarse como constitutiva de un medio de prueba, adquiriendo dicho carácter cuando se ratifica en el juicio oral (STS. 349/98, 140/2000, 1638/2001, 1280/2002, 486/2003 y 618/2004), lo que no ha sucedido en el caso presente, pues sobre el extremo concreto de las ventas de cocaína en el club no fue interrogada en su declaración judicial y ni tampoco, por esta circunstancia, fue tal dato introducido en el juicio oral a través de la lectura de su declaración sumarial, vía art. 730 LECrim. ante su incomparecencia en ese momento procesal, el motivo, debe, por tanto ser parcialmente estimado, en orden a la no concurrencia del subtipo agravado.

DÉCIMO.- El motivo tercero al amparo del art. 852 LECrim. según autoriza el art. 5.4 LOPJ. en relación con el art. 24.2 CE. por infracción de precepto constitucional por vulneración del principio "in dubio pro reo". La recurrente en el desarrollo del motivo analiza la prueba por la que fue inculpada: testificales de un testigo protegido y de un testigo incompareciente, para desautorizar ambas y considerar que la convicción a la Sala es meramente retórica a efectos de justificar una condena y esconde un artificio argumental para soslayar la duda que sobre los hechos inculpativos deviene de la denuncia de la Sra. Eufrosia ante la total ausencia de apreciación directa de la misma (sic). Tal argumentación nada tiene que ver con el principio "in dubio pro reo".

Previamente se debe admitir aunque durante algún tiempo la jurisprudencia ha mantenido que el principio "in dubio pro reo" no era un derecho alegable al considerar que no tenía engarce con ningún derecho fundamental y que, en realidad, se trataba de un principio interpretativo y que por tanto no tenía acceso a la casación, sin embargo, en la actualidad tal posición se encuentra abandonada. Hoy día, la jurisprudencia reconoce que el principio "in dubio pro reo" forma parte del derecho a la presunción de inocencia y es atendible en casación. Ahora bien sólo se justifica en aquellos casos en los que el Tribunal haya planteado o reconocido la existencia de dudas en la valoración de la prueba sobre los hechos y los haya resuelto en contra del acusado (SSTS. 677/2006 de

27.6, 548/2005 de 12.5, 1061/2004 de 28.9, 836/2004 de 5.7, 479/2003 de 31.3, 2295/2001 de 4.12, 1125/2001 de 12.7). En este sentido debe señalarse que este principio es una condición o exigencia subjetiva del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpatória existente aportada al proceso, de forma que si no es plena la convicción judicial se impone el fallo absolutorio.

Es decir, que la significación del principio "in dubio pro reo" en conexión con la presunción de inocencia equivale a una norma de interpretación dirigida al sentenciador que debe tener en cuenta al ponderar todo el material probatorio y tiene naturaleza procesal (STS. 15.5.93 y 30.10.95) por lo que resultará vulnerado cuando el Tribunal determine la culpabilidad del acusado reconociendo las dudas sobre la autoría del mismo o sobre la concurrencia de los elementos objetivos del delito, pero no resulta aplicable cuando el órgano jurisdiccional en uso de las facultades otorgadas por el art. 741 LECrim., llega a unas conclusiones, merced a la apreciación en conciencia de un bagaje probatorio de cargo conducente a afirmaciones inculpatórias llevadas a la resolución. Como precisa la STS. 27.4.98 el principio "in dubio pro reo", no tiene un valor orientativo en la valoración de la prueba, sino que envuelve un mandato: el no afirmar hecho alguno que pueda dar lugar a un pronunciamiento de culpabilidad si se abrigan dudas sobre su certeza, mediante la apreciación racional de una prueba en sentido inculpatório, constitucionalmente cierta y celebrada en condiciones de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación, esto es, en las condiciones de un proceso justo.

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

Dicho en otros términos, la aplicación de dicho principio se excluye cuando el órgano judicial no ha tenido dudas sobre el carácter inculpatório de las pruebas practicadas (SSTS. 1.3.93, 5.12.2000, 20.3.2002, 18.1.2002, 25.4.2003). Por ello no puede equipararse la duda externamente derivada de existir dos versiones contrapuestas -como ocurre en casi todos los procesos de cualquier índole- a la que nazca en el ánimo del Juez, cuando oídas por el directamente las personas que, respectivamente, las sostienen, llega la hora de acoger una u otra, ya que solo y exclusivamente en ese momento decisivo debe atenderse al principio pro reo, inoperante cuando el Juez ha quedado convencido de la mayor ve-

racidad de una de las versiones, es decir, que a través del examen en que se constata esa situación de versiones contradictorias tan frecuente en el proceso penal, el Juez puede perfectamente valorar la prueba, esto es, graduar la credibilidad de los testimonios que ante él se viertan y correlacionar toda la prueba, sentando la culpabilidad de los denunciados cual acontece en el caso que nos ocupa. El motivo por lo expuesto se desestima.

DÉCIMO PRIMERO.- El motivo cuarto por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida de los arts. 318 bis 1 y 3 y 188.1 dada su incompatibilidad. Se argumenta que la sentencia infringe el principio "non bis in idem" al condenar simultáneamente a la recurrente por un delito contra los ciudadanos extranjeros, art. 318 bis. 1, cualificado por animo de lucro (apar. 3) y cinco delitos relativos a la prostitución. Asimismo se indica que la Sra. Olga no ha podido infringir en cualquier caso el art. 318 bis 1 CP. toda vez que ella no tenía por qué conocer las circunstancias personales de las mujeres que acudían al local de alterne, las cuales podían proceder de otros clubes de alterne. El motivo debe ser parcialmente estimado.

Analizando en primer lugar la posible comisión del delito del art. 318 bis 1, en nuestra jurisprudencia hemos reiterado que el bien jurídico protegido en el citado precepto, por todas SSTS. 1087/2006 de 10.11, 1465/2005 de 22.11, "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 núm. 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.

■

"Por regla general, será necesario que la ocupación comercial de quienes regentan el establecimiento sea, en realidad, una fingida excusa para facilitar la difusión de la droga. La agravación, en fin, aparecerá plenamente justificada cuando la actividad principal esté plenamente subordinada a la labor clandestina de favorecimiento del consumo ilegal de drogas."

■

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 preten-

de ocultar la verdadera identidad, bien a través de documentación, que sin ser falsa físicamente, no responde a la realidad de las cosas (cartas de invitación inveraces, visados obtenidos mediante falsas alegaciones, etc.). Deben así diferenciarse las situaciones siguientes: estancia legal que sobreviene ilegal y la entrada ilegal.

De una parte, tanto quien favorece el acceso de personas como quien accede en unas determinadas condiciones (por ejemplo, con fines turísticos), si con posterioridad a tal entrada, por la concurrencia de determinadas circunstancias sobrevenidas, decide incumplir el régimen permitido de acceso, incurrirá en una irregularidad de una naturaleza administrativa. Pero, de otra parte, quien favorece, promueve o facilita el acceso a España de determinadas personas con conocimiento inicial y antecedente de que la situación administrativa de acceso no responde a la realidad de la estancia, que exigiría de otros requisitos que así resultan burlados, incurre en ilícito penal, sin perjuicio de que la persona de cuya migración se trate haya de responder sólo administrativamente. Esta Sala ha señalado -y lo recuerda la STS 28-9-2005, núm. 1059/2005 -, que el tráfico ha de ser ilegal, esto es, producirse al margen de las normas establecidas para el cruce legítimo de las fronteras o con fraude de esas normas, lo que incluye tanto el cruce clandestino de la frontera, como la utilización de fórmulas autorizadoras de ingreso transitorio en el país (visado turístico, por ejemplo) con fines de permanencia, burlando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones. La normativa determinante de la ilegalidad del tráfico será la propia Ley de Extranjería LO 4/2000, de 11-2, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (reformada por LO 8/2000, de 22-12 ; 11/2003, de 29-9; y, 14/2003, de 20-11), concretamente en el Título II: "Del régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros" y su Reglamento, aprobado por RD de 26-6-2001.

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

medios. En este sentido esta Sala ha dicho “La clandestinidad a que se refiere el tipo penal no concurre exclusivamente en los supuestos de entrada en territorio español por lugar distinto a los puestos fronterizos habilitados al efecto, sino que queda colmada también mediante cualquier entrada en la que se oculte su verdadera razón de ser, lo que incluye la utilización de fórmulas autorizadas del ingreso transitorio en el país (visado turístico, por ejemplo) con fines de permanencia, burlando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones (STS 1059/2005, de 28 de septiembre, 1465/2005, de 22 de noviembre, 994/2005, de 30 de mayo y 651/2006, de 5 de junio).

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia 1595/2005, de 30 de diciembre, que afirma: “basta con que el ingreso en nuestras fronteras se lleve a cabo encubriendo el verdadero carácter, haciendo pasar por turistas a quienes, en realidad, venían a dedicarse al ejercicio de la prostitución”; y la sentencia 1381/2005, de 20 de enero que establece: “el tránsito por un puesto fronterizo no siempre encierra, según la experiencia general, un control efectivo; la utilización de tal clase de acceso no descarta la ilegalidad en la explotación lucrativa de la inmigración con grave riesgo para los derechos de los extranjeros, baste recordar la sumisión a la organización con desamparo para los extranjeros que implicaba el desposeerlos de sus pasaportes y la percepción por aquélla de las retribuciones correspondientes a los trabajos que desarrollaban los inmigrantes”.

En atención a lo expuesto, es patente que los argumentos del motivo no pueden merecer favorable acogida. Las ofendidas no vinieron a España voluntariamente, sino con voluntad viciada, engañadas por el acusad Aldo, quien estaba concertado con la recurrente y Eulogio para que les proporcionara mujeres paraguayas para el ejercicio de la prostitución a cambio de precio, 2.200 euros, procediendo luego Eulogio y Olga a retener a las prostitutas una cantidad de 2.800 euros, beneficiándose con la diferencia, destacándose en el “factum”, la introducción en España con engaño, captándolas en su país de origen y facilitándolas el billete de avión, la bolsa de viaje conocida como “viático” o cantidad destinada a justificar la solvencia del pasaje en la frontera española y en su caso, una reserva hotelera en España, consiguiendo así la autorización de entrada de las autoridades en la frontera y una vez, en nuestro país, tras retirarles el dinero entregado como viático, se las trasladaba a un lupanar donde la mujer era entregada a cambio de un precio superior al coste de los gastos realizados en la operación. Asimismo y partiendo del intangible tenor de los hechos probados, la introducción en España con engaño de Eufrosia, prima de la compañera sen-

timental de Bienvenido, aparece evidente, pues ésta habría viajado convencida de que iba a trabajar como empleada de hogar y se negaba a ejercer la prostitución. Consecuentemente su introducción en España fue con engaño, pues desconocía las finalidades de la recurrente y aceptaron un trabajo en principio, legítimo, dada su necesidad de cualquier dinero, lo que la colocaba en situación de especial vulnerabilidad, cuando tal introducción fue para su explotación sexual lucrativa como consecuencia de un concierto entre Bienvenido y la recurrente “sabedora Olga de la ilícita labor de Bienvenido y tras ofrecerle éste la entrega de chicas paraguayas para el ejercicio de la prostitución, Olga se concertó con Eulogio, y ambos con Bienvenido para que éste les proporcionara aquellas mujeres...” dice textualmente el “factum”. Conducta, por tanto, encuadrable en el art. 318 bis 1, tal como acertadamente calificó el Tribunal de instancia (ver STS. 152/2008 de 8.4, en un caso similar).

DÉCIMO SEGUNDO.- La segunda cuestión hace referencia a la vulneración del principio “non bis in idem” que la recurrente entiende cometida al sancionar los hechos al mismo tiempo con arreglo al art. 318 bis 3 y el 188.1 CP. En la STS núm. 1465/2005, antes citada, esta Sala también se había manifestado en el sentido de entender que el artículo 318 bis no absorbía la conducta descrita en el artículo 188.1º del Código Penal. Efectivamente, la conducta típica del artículo 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. Sin embargo, la cuestión es diferente en lo que se refiere al ánimo

de lucro. La prostitución ha sido definida como la prestación de servicios 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 sexual. En cualquier caso, una finalidad de explotación es inherente al ánimo de lucro del explotador. Por lo tanto, la existencia del 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.

La jurisprudencia más reciente de esta Sala reafirma esta doctrina y acoge el Pleno jurisprudencial de esta Sala de 24.4.2007, “la concurrencia de comportamientos tipificables como constitutivos el artículo 188.1º y del previsto en el artículo 318 bis, 2º del Código Penal debe estimarse como un concurso de delitos. En tal dirección la STS. 380/2007 de 10.5. Finalmente el Pleno de esta Sala de 26.2.2008 acordó que “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. 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 agentes las dos figuras delictivas, estimó la existencia de concurso real, si bien, haciéndose de evitar efectuar una doble consideración de la “intención de explotación sexual”.

Y ello porque en el art. 318 bis. E está presente tal intención a realizar en el futuro en el art. 188.1 viene a materializarse de forma efectiva la misma intención. Por ello la solución ha de consistir no 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. Consecuentemente el motivo, que en este punto concreto es apoyado por el Ministerio Fiscal, solo parcial-

mente ha de ser estimado.

DÉCIMO TERCERO.- El motivo quinto, infracción de Ley del art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida del art. 318 bis 1 y 3 e inaplicación del error de prohibición del art. 14.3 CP. Se argumenta en síntesis que la recurrente procedía de un país bilingüe, español-guaraní y no tenía medio de conocer que su actividad en el Club podía suponer la comisión de un delito de la gravedad que se le ha resuelto y menos aún de la posibilidad de que pudiera estar participando en la comisión de otro delito de favorecimiento de la inmigración ilegal, dada la complejidad de la materia y la jurisprudencia cambiante sobre la materia en orden a la inaplicación del apartado agravado núm. 3 del art. 318 bis cuando concurre con el art. 188 CP. El motivo se desestima.

Como hemos dicho en STS. 753/2007 de 2.10, El dolo es un elemento intelectual, supone la representación o conocimiento del hecho que comprende el conocimiento de la significación antijurídica de la acción y el conocimiento del resultado de la acción. En consecuencia, el conocimiento equivocado o juicio falso, concepto positivo, que designamos como error y la falta de conocimiento, concepto negativo, que denominamos ignorancia y que a aquél conduce, incidirán sobre la culpabilidad, habiéndose en la doctrina mayoritaria distinguido tradicionalmente entre error de hecho (error facti) que podría coincidir con el error, y error de Derecho (error iuris) que correspondería a la ignorancia.

Pues bien como señala la sentencia de esta Sala 181/2007 de 7.3, remitiéndose a las sentencias núm. 865/2005 de 24.6 y 1141/1997 de 14 de noviembre, constituye uno de los avances fundamentales del Derecho Penal contemporáneo el reconocimiento, en el Derecho positivo de los diferentes países, de la conciencia de la antijuridicidad como elemento de la culpabilidad, necesario pues para que una determinada conducta pueda considerarse merecedora de reproche penal. Si falta tal conciencia de antijuridicidad, bien directamente por la creencia de que el hecho está legalmente permitido, error sobre la norma prohibitiva o imperativa (error directo de prohibición), bien indirectamente por estimarse que concurría una causa de justificación (error indirecto de prohibición), la doctrina penal entiende que no debe ser considerado el sujeto culpable del hecho, si el error es invencible, o que puede ser merecedor de una atenuación de la pena si se considera vencible. Tal doctrina de la conciencia de la antijuridicidad y del error de prohibición aparece recogida por primera vez en nuestro Código Penal como consecuencia de la importante modificación legislativa de 1.983, que introdujo el artículo 6 bis a) regulador, aunque sin usar esta terminología, de las dos clases de error

que conocemos como error de tipo (error sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal o que agrava la pena) y el error de prohibición (creencia errónea de estar obrando lícitamente). En términos semejantes se pronuncia ahora el Código Penal de 1.995 en su artículo 14. El error de prohibición constituye el reverso de la conciencia de la antijuridicidad como elemento constitutivo de la culpabilidad y exige que el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho o, expresado de otro modo, que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente, como decía el texto del anterior artículo 6 bis a) en su párrafo 3º, o como del modo aún más expresivo podemos leer ahora en el mismo párrafo del vigente artículo 14 "error sobre la licitud del hecho constitutivo de la infracción penal".

Sólo hay un error de esta clase cuando se cree obrar conforme a Derecho, sin que tenga nada que ver con esto el caso en que el autor del delito piense que la infracción cometida es más leve de como en realidad la sanciona la Ley Penal. Únicamente se excluye (o atenúa) la responsabilidad criminal por error de prohibición cuando se cree obrar conforme a Derecho, no cuando hay una equivocación sobre cuál sea la sanción jurídica que se puede derivar de la propia conducta.... Conviene añadir, además, que el error de prohibición no puede confundirse con el caso en que exista en el sujeto una situación de duda, como ha señalado la referida sentencia de 14 de noviembre de 1997, núm. 1141/1997. La duda es incompatible con el concepto de creencia errónea.

La creencia para que sea propiamente tal ha de ser firme, es decir, sin duda al respecto (véase el Diccionario de la Real Academia de la Lengua). Hay que considerar que existe suficiente conciencia de la antijuridicidad cuando el autor duda y pese a tal duda se decide a actuar mediante la conducta delictiva. Este conocimiento eventual del injusto es un concepto paralelo al del dolo eventual: en estos casos hay culpabilidad del mismo modo que en los casos de dolo eventual hay dolo.

En este sentido la STS. 698/2006 de 26.6, precisa que para excluir el error no se requiere que el agente tenga seguridad respecto de un proceder antijurídico, pues basta con que tenga bien determinante comprobar las circunstancias concurrentes, como la específica preparación y profesionalidad del sujeto y lo que le es exigible en el marco de su actuación. en el mismo sentido habrá de ponderarse si al sujeto le era imposible llevar a cabo una comprobación más eficiente de la situación fáctica concurrente, lo mismo en sentencia 181/2007 de 7.3, insistiendo en que "la duda es incompatible con el concepto de creencia errónea" o cuando "se pone en situación de ignorancia

deliberada, sin querer saber aquello que pude y debe saber" (STS. 126/2007 de 5.2). Por ello para que el error comporte la exención de la responsabilidad criminal es esencial que sea probado por quien lo alega (SSTS. 280/98 de 20.2 y 22.3.2001) y como se dice en las SS. 1171/97 de 29.9 y 302/2003 de 27.2:

a) Queda excluido el error si el agente tiene normal conciencia de la antijuridicidad o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho (Sentencia de 29 noviembre 1994), de la misma manera y en otras palabras (Sentencia de 16 marzo 1994), que basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad no la seguridad absoluta del proceder incorrecto.

b) No es permisible la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente, la STS. 11.3.96, afirma que no cabe invocarlo cuando se utilizan vías de hechos desautorizadas por el Ordenamiento Jurídico que a todo el mundo le consta están prohibidas pues su ilicitud es notoriamente evidente. La apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto (STS. 1145/2006 de 23.11), sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error.

El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento.

Pues bien en el caso presente en el relato fáctico se considera probado que la recurrente y Eulogio se concertaron con el también procesado Bienvenido para que les trajera chicas de Paraguay para dedicarlas a la prostitución, pagando a este 2.200 euros por chica, si bien aquellos cobrarán a las prostitutas 2.800 euros, beneficio a añadir al que provenía del tráfico carnal, hechos estos cuya ilicitud es manifiesta, siendo indiferente que la recurrente conociera su concreta tipicidad en el art. 318 bis CP. pues cuando el error sobre la subsumición precisa, el mismo es parcialmente irrelevante "pues nada tiene que ver con el error de prohibición el conocimiento o la ignorancia de la norma concreta infringida" (STS. 1999/2002 de 3.12), insistiéndose en que conforme al art. 14.3 la responsabilidad penal sólo requiere el conocimiento de la ilicitud de la conducta (STS. 171/2006 de 16.2). El motivo, por lo razonado, se desestima.

DÉCIMO CUARTO.- El motivo sexto por infracción de Ley del art.

849.2 LECrim. por haber existido error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, en relación con el art. 1218 C.Civil, que demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. Se señalan los siguientes documentos: -folios 299 a 307 del rollo de Sala: acta notarial de declaración de voluntad de Rosa. -folios 308 a 313 del rollo de Sala: acta no-

■

"...en el caso que se analiza existe una prueba cual es la ocupación en la habitación de la recurrente en el establecimiento público, (...), de una cantidad de cocaína que permite deducir razonablemente su destino a terceros, pero en relación a que esta distribución se realizase en el local aprovechando las facilidades que ello comportaba y constituyendo una actividad relevante del mismo con notorio desvío de su dedicación, solo existe una declaración policial que no constituye por sí sola prueba apta para desvirtuar la presunción de inocencia y en modo alguno puede estimarse como constitutiva de un medio de prueba,..."

■

tarial de declaración de voluntad de Luciano.

Documentos estos que acreditan según el motivo, que sí bien la Sra. Eufrasia estuvo ejerciendo la prostitución en ese local, fue solo por su propia voluntad. Debemos recordar que por la vía del 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 por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso, el error a que atiene 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 inmediación 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 núm. 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 -a que nos referiremos más adelante con más profundidad- 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 sí 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.

Pues bien en el caso presente hemos de partir en cuanto a la llamada función probatoria del documento público de la doctrina que en la interpretación del art. 1218 Cc. Ha establecido de forma reiterada la Sala Primera del Tribunal Supremo (SS. 7.5.2008, 29.5.2007, 28.9.2006, 9.10.2003, 10.3.2003, 4.2.2002, 26.1.2001, 23.12.99, 2.7.98, 13.3.97, 30.9.95, 28.10.91 y 26.2.90), en el sentido que la fe pública notarial lo único que acredita es el hecho que motiva el otorgamiento de la escritura pública y su fecha, así como que los otorgantes han hecho ante Notario determinadas declaraciones, pero no la verdad intrínseca de éstas que puede ser desvirtuada por prueba en contrario, sin que tal medio probatorio tenga prevalencia sobre las demás, vinculando al Juez sólo respecto de aquellos extremos -otorgamiento y su fecha- dado que el resto del contenido puede ser sometido a apreciación por otras pruebas (SSTS. 26.1.2001, 11.7.96, 30.9.95, 18.7.92). Por ello esta Sala Segunda del Tribunal supremo sobre las declaraciones contenidas en acta notarial tiene declarado (SSTS. 1059/2007 de 20.12 y 823/2007 de 15.10), que tratándose de una prueba personal documentada de poco valen sus afirmaciones, sino las judiciales de los testigos o imputados, pues para "nada cambiaría el signo de apreciación judicial, al ser libre la valoración judicial sobre las pruebas personales, como son aquellas manifestaciones que no se transforman en prueba documental por estar documentadas en acta notarial. Cuestión distinta es que como se razonó en el motivo segundo, es que consta aquella valoración judicial sobre el contenido de esta declaración, que sea adecuadamente razonada, fuera de todo atisbo de arbitrariedad.

DÉCIMO QUINTO.- El motivo séptimo por infracción de Ley del art. 849.1 LECrim. LECrim. por aplicación indebida del art. 188.1 CP. en los cinco delitos condenados. El motivo dedica su desarrollo a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a la evicción de la indefensión art. 24.1 y 2 CE. cuestionando la valoración que de los testimonios realiza la Sala de instancia para concluir que es necesario en el delito del art. 188.1 CP. la existencia de la víctima, para que a su vez pueda determinarse la existencia de la coacción, de la intimidación o el engaño, cuestiones que ya han sido analizadas en los motivos primero y segundo con parcial estimación en orden a mantener solo la condena por un delito contra la prostitución,

del que es víctima Eufrasia. El motivo en consecuencia debería ser parcialmente estimado, pues como hemos dicho en STS. 121/2008 de 26.2, 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 -salvo que hayan sido modificados por la previa estimación de algún motivo por error en la apreciación de la prueba, art. 849.2 LECrim. o vulneración del derecho a la presunción de inocencia, art. 852 LECrim.- por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador.

La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este 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.

En definitiva, no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos en el art. 849.1 LECrim. se ha de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida. La sentencia de instancia declara probado, apartado 2 como las actividades del establecimiento -club Águila Negra en el que una pluralidad de mujeres ofrecía sus servicios sexuales a terceros mediante precio- se desarrollaban bajo la vigilancia de esta recurrente, quien se hacía cobro de los servicios y retención de las cantidades que las mujeres adeudaban, y como sabedora de la ilícita labor del coprocesado Bienvenido se concertó con éste para que les proporcionara chicas paraguayas para el ejercicio de la prostitución a cambio de su precio de 2.200 euros, procediendo luego Olga y otro procesado, a retener a las prostitutas una cantidad mayor 2.800 euros. Asimismo en el apartado III se detallan las condiciones en que las mujeres ejercían la prostitución y las sanciones establecidas por la casa, especificándose que "las cantidades que producían éstas se retenían por Olga para el establecimiento, hasta que abonaran la ilícita deuda de 2.800 euros contraída por su adquisición. Para garantizar que las mujeres ejercieran la prostitución hasta que se satisficiera la deuda, la puerta del establecimiento permanecía cerrada, sin que pudieran salir de él sin compañía. Por último, en el apartado IV y en

concreta relación a la víctima Eufrasia se recoge que, "En el club Águila Negra, como Eufrasia no deseaba ejercer la prostitución, Olga subía a su habitación gritándole y conminándola con el aumento de la deuda si no se avenía al comercio carnal, diciéndole "que estaba vendida y que tenía que trabajar", comunicando tales circunstancias a Bienvenido quien, para garantizar el rendimiento de su negocio, tanto telefónicamente como en persona, apercibió a la mujer "con que sino trabajaba lo pasaría muy mal ella y su familia en Paraguay", forzada por tales conminaciones y circunstancias, Eufrasia ejerció la prostitución en este lugar entre el 7 y el 21.4.2007".

A la vista de estas secuencias del relato histórico resulta bien difícil censurar que la Sala de instancia estimara que los hechos tenían pleno encaje en el art. 188.1 cuya conducta típica -nos dice la STS. 1425/2005 de 5.12- ofrece dos alternativas: o bien determinar a una persona mayor de edad a ejercer la prostitución, caso de no haberla ejercido nunca y tratarse de la primera vez, o de haberla ejercido con anterioridad pero haber abandonado ya dicha practica sexual, o bien determinarla igualmente para hacer que se mantenga en ella, caso de estar ya previamente inmersa en esta actividad.

Los medios comisivos pueden ser de múltiples y de muy diversa índole, aunque legalmente equiparados a efectos punitivos. la ambigua expresión utilizada por la redacción originaria del CP. 1995 "determine coactivamente..." fue sustituida, tras la reforma de 1999, por otras mas clara y contundente en lo que concierne a su interpretación "determine empleando violencia, intimidación o engaño", pues es sabido que el primer medio comisivo equivale a fuerza física, directamente ejercida sobre la víctima o encaminada a crear en ella un estado de miedo a sufrir malos tratos en el futuro si no se dedica a la prostitución, es decir, la llamada vis compulsiva, mientras el segundo se corresponde con la fuerza psíquica o moral, es decir, con amenazas en sentido estricto o el ejercicio de cierta clase de fuerza sobre las cosas, en tanto el tercero es sinónimo de fraude o maquinación fraudulenta, cual sería el caso en el que se convence a alguien bajo oferta vinculada de trabajo para que venga a España a trabajar desde el extranjero, si bien, el engaño se suele en estos supuestos completar con la ulterior utilización de violencia o intimidación en la persona para someterla al ejercicio de la prostitución en nuestro país (SSTS. 17.9 y 22.10.01). Junto a ellos se añaden diversas modalidades de abusos, que no son sino relaciones específicas de prevalimiento del sujeto activo con la víctima, y que se originaría, bien en una situación de superioridad respecto a ella (v. gr. superior jerárquico), bien en un estado de necesidad en el que ésta se encuentra (v. gr. penuria económica,

drogodependencia, etc.) bien en su específica vulnerabilidad (por razón de su corta edad, enfermedad u otra condición similar), como ejemplo de modalidad engañosa típica la STS. 15.2.99 incluye un supuesto en el que el acusado facilitaba a jóvenes colombianas, 2.000 dólares en efectivo y el billete para el viaje a España, pero, una vez que se encontraban en nuestro país, les exigía la devolución de la mencionada cantidad, y el reembolso adicional de un millón de pesetas, que deberían conseguir ejerciendo la prostitución en un club. Se considera que la narración fáctica de la sentencia de instancia describe un notable contraste entre lo ofrecido muy ventajoso para la mujer en el momento de la recluta y la realidad con que la misma se encontraba cuando se había incorporado realmente al negocio del acusado, tratándose de un evidente engaño.

DÉCIMO SEXTO.- El motivo octavo por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida del art. 188 e inaplicación del error de prohibición del art. 14.3 CP. El motivo frente a los mismos presupuestos relativos a las condiciones personales de la recurrente para justificar la existencia del error, que los planteados en el motivo quinto, añadiendo que de esa supuesta conciliación con fin de explotación del club entre la recurrente y el procesado Eulogio no hay nada en las actuaciones que permita mantenerlo y la descripción real de su trabajo no le hacía sospechar que sus funciones no fueran más allá que las de una encargada o capataz, sin capacidad de coaccionar a ninguna de las mujeres que terciaban la prostitución voluntariamente. Argumentación ésta que contradice la conducta imputada a la recurrente en el relato fáctico y que impide su prosperabilidad, pues si bien el ejercicio de la prostitución no es una actividad delictiva, tratándose de personas mayores de edad, ninguna persona normal puede pensar que es lícito la imposición coactiva y el aprovechamiento de esa degradante actividad en las condiciones que se detallan en el "factum" y cuyo cumplimiento era precisamente la recurrente quien lo controlaba.

DÉCIMO SÉPTIMO.- El motivo noveno por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida de los arts. 368 y 369.1.4 CP. e inaplicación del art. 14.3 CP. Se insiste, en primer lugar, en el motivo, que en lo que afecta a la recurrente la convicción del Tribunal se funda en la declaración de la testigo incompareciente y que fuera de tal manifestación no existe la más mínima prueba de que en el local "Águila Negra" hubiera tráfico de droga, impugnación que ha sido analizada en el motivo segundo por infracción presunción de inocencia, remitiéndolos a lo ya argumentado en aras a evitar innecesarias repeticiones.

Y respecto a la aplicación del error de prohibición, el motivo parte de

una premisa no acreditada cual es que el acopio de droga, algo mayor que el normal, era para garantizarse el autoconsumo, y siendo así el conocimiento de que la conducta de suministrar cocaína a otro es ilícita, es accesible para cualquiera, pues su prohibición es notoria (STS. 698/2006 de 26.6).

(...)

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar a la parcial estimación de los recursos de casación, interpuestos por Olga, Eulogio y Bienvenido, contra sentencia de 16 de abril de 2009, dictada por la Audiencia Provincial de Albacete, Sección Primera, en causa seguida contra los mismos por delitos de inmigración ilegal, favorecimiento prostitución, salud pública, y en su virtud casamos y anulamos parcialmente mentada resolución, dictándose nueva sentencia, con declaración de oficio costas de los respectivos recursos. Y debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por Daniel y Tatiana contra referida sentencia, condenándoles al pago de las costas de sus respectivos recursos. Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta 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. Joaquín Giménez García.- Julián Sánchez Melgar.- José Manuel Maza Martín.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Enrique Bacigalupo Zapater.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de diciembre de dos mil nueve En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Alcaraz, y fallada posteriormente por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Albacete; y que fue seguida por delitos contra la salud pública, por tráfico de estupefacientes de los que causan grave daño a la salud, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y relativos a la prostitución, contra Daniel, nacido en Yataity (Paraguay) el 29/03/1972, hijo de Isidoro y Balbiana, con domicilio en c/ DIRECCION000 núm.006 núm.007 de Madrid. NI E núm.008, detenido por esta causa el 28/05/2007, en libertad provisional por esta causa de la que consta privado desde el 30/05/2007 hasta el 14-04-09, defendido por el letrado D. David Sebastián Bruña (en sustitución de D. Tomás Torre Dusmet) y representado por la procuradora Sra. Collado Jiménez; contra Tatiana, nacida en Caaguazu (Paraguay) el 14/10/1976, hija de Francisco y Ju-

liana, con domicilio en c/ DIRECCION000 núm.006, bajo de Madrid, NIE núm.009, detenida el 28/05/2007, y en libertad provisional por esta causa de la que consta privada desde el 30/05/2007 hasta el 14-04-09, con las mismas representación y defensa que el anterior; contra Bienvenido, nacido en Paraguay el 29/08/1977, hijo de Juan Bautista y Alejandrina, con domicilio en el DIRECCION001 núm.010 - núm.011 de Madrid, detenido el 31/01/2008, y en prisión desde el 05/02/2008, defendido por el letrado D. Sergio Morán Llordén y representado por el procurador D. Luis Legorburo Martínez Moratalla; contra Eulogio, nacido en Puente de Génave (Jaén) el 27/06/1966, hijo de Alfonso y Francisca, DNI núm.012, con domicilio en c/ DIRECCION002 núm.013 de Puente de Génave (Jaén), detenido el 10/05/2007, en prisión desde el 11/05/2008 hasta el 01/07/2008, fecha en la que quedó en libertad bajo fianza de 6.000 € defendido por el letrado D. Manuel Salazar Aguado y representado por la procuradora D^a Ana Gómez Ibáñez; y contra Olga, NIE núm.014, Nacida en San Estanislao (Paraguay) el 18/11/1980, hija de Librada y de Ulderico, con domicilio en Club Águila Negra de Alcaraz, detenida el 10/05/2007, en prisión desde el 11/05/2008 por esta causa; la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, hace constar los siguientes:

ANTECEDENTES

Se aceptan los de la sentencia recurrida, incluidos los hechos probados con las modificaciones siguientes: Apartado II se añade en el último párrafo: " si bien no consta que salvo ésta última, las anteriores ejercieran la prostitución en contra de su voluntad". Apartado VII se suprime el último párrafo: "entre las chicas y los clientes del club que lo solicitaban".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como se ha razonado en los correspondientes fundamentos de la sentencia precedente, la condena de Olga y Eulogio ha de limitarse a un delito relativo a la prostitución en la persona de Eufrosia; y la condena a Bienvenido, a dos delitos relativos a la prostitución en las personas de Crescencia y Eufrosia.

SEGUNDO.- En relación al delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del art. 318 bis por el que han sido condenados Olga, Eulogio y Bienvenido no es de aplicación la figura agravada del apartado tercero.

TERCERO.- Con referencia al delito contra la salud pública, sustancia que causa grave daño a la salud, art. 368 CP, del que son autores Olga y Eulogio, no es de aplicación el subti-

po agravado del art. 369.1.4, venta en establecimiento público.

CUARTO.- Concorre en relación al acusado Eulogio la atenuante 21.5 CP. reparación del daño, tal como se ha explicitado en el Fundamento Jurídico 27 de la sentencia precedente aplicable a los delitos contra los ciudadanos extranjeros y relativo a la prostitución.

QUINTO.- En orden a la individualización de las penas esta Sala comparte los criterios de la sentencia de instancia en orden a su concreta determinación en su extensión mínima. Así Olga como autora de un delito del art. 318.1 la pena procedente sería 4 años prisión, como autora de un delito relativo a la prostitución dos años prisión y multa 12 meses con 10 E cuota diaria; y como autora de un delito contra la salud pública 3 años prisión y multa de 2.600 E, responsabilidad personal subsidiaria de 100 días. Eulogio condenado por los mismos delitos le corresponderán las mismas penas, al no tener efectos prácticos la atenuante de reparación, art. 21.5 CP. José Manuel, como autor de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros la pena de 4 años prisión y como autor de dos delitos relativos a la prostitución 2 años y 6 meses prisión y multa de 12 meses a razón de 10 E diarios.

FALLO

Que manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Albacete, Sección Primera, de fecha once de abril de dos mil nueve, en particular la condena de Daniel y Tatiana, se modifica dicha resolución en los siguientes extremos:

- Condenar a Olga y a Eulogio, como autores:

a) De un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del art. 318 bis. 1, concurriendo en Eulogio, la atenuante de reparación, a una pena de 4 años prisión y accesoria inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena a cada uno de ellos.

b) De un delito relativo a la prostitución, concurriendo en Eulogio, la atenuante de reparación, a la pena de dos años prisión, accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho sufragio pasivo durante la condena y multa de 12 meses, con cuota diaria de 10 E a cada uno de ellos, absolviéndoles de los cuatro delitos restantes relativos a la prostitución, con declaración de oficio de las costas correspondientes.

c) Como autores de un delito contra la salud pública del art. 368 CP. sustancia que causa grave daño a la salud, a las penas, a cada uno de ellos, de 3 años prisión y multa de 2600 E, con responsabilidad perso-

nal subsidiaria de 100 días, accesoria inhabilitación especial para el derecho sufragio pasivo durante la condena.

- Condenar a Bienvenido:

a) Como autor de un delito contra los derechos ciudadanos extranjeros, art. 318 bis.a, a la pena de 4 años prisión y accesoria inhabilitación es-

pecial para el derecho sufragio pasivo durante la condena.

b) Como autor de dos delitos relativos a la privación, art. 188.1 a dos penas de dos años y 6 meses prisión, accesoria inhabilitación especial para el ejercicio del derecho sufragio pasivo durante el tiempo condena y multa 12 meses con cuota diaria de 10 E. Absolviéndole de los otros tres

delitos relativos a la prostitución por los que había sido condenado, con declaración de oficio de las costas correspondientes.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Julián Artemio Sánchez Melgar.- José Manuel Maza Martín.- Juan Ra-

món Berdugo Gómez de la Torre.- Enrique Bacigalupo Zapater.

Publicación.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez 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.

RESEÑA

Si desea recibir por fax el texto completo de las sentencias de las que se informa en la sección "Reseña", puede solicitarlo por teléfono (91) 423 29 00 o por fax (91) 578 16 17, indicando siempre el número de referencia de la sentencia.



TS CIVIL

2010/21700

TS Sala 1ª, Sentencia 25 marzo 2010.
Ponente: D. Francisco Marín Castán

Responsabilidad solidaria del propietario del local por la caída de la demandante al acceder al mismo

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que, estimando parcialmente la demanda, condenó a la sociedad titular del hostel-restaurante y a la aseguradora demandadas a indemnizar solidariamente a la actora por los daños causados al caer ésta al suelo, cuando accedía a dicho restaurante por un paso indirecto al mismo a través del hall del hostel no percatándose de la existencia del escalón allí ubicado por la existencia en el suelo de un contraste de colores o claroscuro que dificultaba su visión. Considera imputables los daños a la negligencia de la titular demandada, y valorados en la cantidad que consideró procedente ejercitando el tribunal su facultad moderadora y sin aplicar el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación por no ser vinculante fuera de su ámbito propio.

2010/21692

TS Sala 1ª, Sentencia 23 febrero 2010.
Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

Responsabilidad mancomunada de arquitectos técnico y constructora por defectos en la vivienda

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia

impugnada que condenó por defectos en el solado de las viviendas de los actores al pago de una indemnización equivalente a los dos tercios del valor de sustitución del solado más una determinada cantidad en favor de cada uno de ellos y ordenó abonar las expresadas cantidades en la proporción fijada a la constructora demandada y a los arquitectos técnicos demandados. Señala la Sala que los arquitectos técnicos no deben limitarse a una ejecución incondicional del proyecto de construcción, sino que las facultades de dirección de la ejecución de la obra que les otorga el ordenamiento jurídico comportan la necesidad de advertir a la arquitecta de la existencia de dificultades u obstáculos imprevistos en dicha ejecución. Añade que debe entenderse que responden mancomunadamente, por una parte la constructora y, por otra, los arquitectos técnicos.



TS PENAL

2009/315054

TS Sala 2ª, Sentencia 10 diciembre 2009.
Ponente: D. Joaquín Giménez García

Delitos continuados de estafa y apropiación indebida

Desestimando el recurso de casación interpuesto por la acusada, la Sala acoge el formulado por la acusación particular, ambos contra sentencia que condenó a aquella por delitos continuados de estafa y apropiación indebida. El TS dicta segunda sentencia por la que establece que estamos ante un único delito continuado de estafa/apropiación indebida continuada, porque hay que recordar que la continuidad delictiva puede existir cuando la pluralidad de acciones infrinjan "el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza", lo que

obviamente es predicable de los delitos de estafa y apropiación indebida. En esta situación, es de aplicación el art. 250,1,6 CP 95 en relación con el art. 74,2 CP 95, pero no la agravación vinculante del art. 74,1 CP 95, por no valorar dos veces la misma situación.

2009/332680

TS Sala 2ª, Sentencia 29 diciembre 2009.
Ponente: D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

Reducción de la pena en delito de agresión sexual

Interpuesto recurso de casación por el condenado en la instancia como autor responsable de dos delitos de agresión sexual en la modalidad agravada por vulnerabilidad especial de la víctima y una falta de lesiones, el TS lo estima parcialmente y dicta segunda sentencia rebajando la condena impuesta al recurrente. Señala la Sala, entre otros pronunciamientos, que la Sala de instancia, a partir de la pena correspondiente al tipo de los arts. 178 y 180,1 CP 95 -situada entre el mínimo legal de cuatro años y el máximo de diez años de prisión, entre los cuales puede aplicar la pena que estime adecuada en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho-, impone sendas penas de seis años -dentro de la mitad inferior pero por encima del mínimo legal-, atendiendo a que no concurren elementos de gravedad extrema adicional a la propia del delito cometido, pero apreciando peligrosidad en el sujeto revelada por la reiteración delictiva que en sí misma excluye el mínimo legal de la pena. En esta vía casacional se constata que no solo no concurre esa extrema gravedad, sino que contrariamente concurre una mínima gravedad dentro de las posibilidades que el delito cometido permite: la violencia y la intimidación no fueron intensas por más que resultaran suficientes por la edad de las víctimas; no se causaron lesiones de consideración ni secuelas a las menores; el subtipo de es-

pecial vulnerabilidad resulta de la mera situación en que los hechos se cometen, y en el grado mínimo imprescindible para poder ser apreciado.



TS SOCIAL

2010/19325

TS Sala 4ª, Sentencia 1 marzo 2010.
Ponente: D. José Luis Gilolmo López

Anulación de convenio por falta de legitimación

Desestima el TS el recurso de casación formulado por los sindicatos y la patronal codemandados contra sentencia que anuló el I Convenio Colectivo Marco Estatal de Acción e Intervención Social al entender que la única asociación empresarial que lo había suscrito carecía de legitimación bastante para darle valor de norma estatutaria. Explica la Sala que, no siendo mayoritaria en la representación empresarial la asociación patronal recurrente, su sola conformidad y única firma del convenio, incluso aunque hubiera contado con más de un representante personal en el banco de la patronal, no era suficiente para que el acuerdo ostentara la condición de convenio estatutario.

2010/19321

TS Sala 4ª, Sentencia 9 febrero 2010.
Ponente: D. Jesús Gullón Rodríguez

Ineficacia de preacuerdo por falta de ratificación empresarial

Desestima el TS el recurso de casación formulado por el sindicato demandante contra sentencia que declaró la ineficacia y falta de capacidad de obligar del preacuerdo del sector del metal suscrito con ocasión de huelga, por incumplimiento de las condiciones pactadas. Explica la Sala que no se aprecia la existencia de una actuación de las asociaciones empresariales demandadas que signifique una conducta obstructiva, contraria a la mala fe en la interpretación o ejecución del contenido del preacuerdo, sino que se llevó a cabo por aquellas una aplicación del mismo perfectamente posible y ajustada a derecho.