

Roj: STS 1790/2011
 Id Cendoj: 28079120012011100180
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 1905/2010
 Nº de Resolución: 196/2011
 Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
 Ponente: FRANCISCO MONTERDE FERRER
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x REFORMATIO IN PEIUS x
- x PRINCIPIO ACUSATORIO x
- x PRESUNCIÓN DE INOCENCIA x
- x PRUEBA PRECONSTITUIDA x
- x VALORACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA x
- x PRUEBA ANTICIPADA x
- x INMIGRACIÓN CLANDESTINA DE PERSONAS x
- x INMIGRACIÓN ORGANIZADA x
- x INMIGRACIÓN PARA EXPLOTACIÓN SEXUAL x
- x PROTECCIÓN DE TESTIGOS x
- x PRINCIPIO DE AUDIENCIA Y CONTRADICCIÓN x

Resumen:

Tráfico ilegal de personas. Tipicidad: entrada con apariencia de legalidad; reforma operada por LO 5/2010. Principio acusatorio y "reformatio in peius". Presunción de inocencia: valoración conjunta de la prueba; prueba preconstituida y prueba anticipada.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Marzo de dos mil once.

En el recurso de casación que ante Nos pende con el nº **1905/2010**, interpuesto por la representación procesal de **D. Carlos José Y Dª Florencia**, contra la sentencia dictada el 15/06/2010, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón, en el Rollo de Sala nº 1/2008, correspondiente al Procedimiento Sumario nº 2/2007 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Castellón que condenó a los recurrentes, como autores responsables de un delito de tráfico ilegal de personas, habiendo sido parte en el presente procedimiento los condenados recurrentes D. Carlos José y Dª Florencia, representados por los Procuradores D. Luis Pozas Osset y Dª Sonia de la Serna Blázquez, respectivamente.; habiendo intervenido el Excmo. Sr. Fiscal, han dictado sentencia los Excmos. Sres. mencionados al margen, bajo ponencia de **D. Francisco Monterde Ferrer** que expresa el parecer de la Sala con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Castellón, incoó Procedimiento Sumario con el nº 2/2007 en cuya causa la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón, tras celebrar juicio oral y público, dictó sentencia el 15 de junio de 2010, que contenía el siguiente **Fallo**: *"Que debemos condenar y condenamos a los procesados Carlos José Y Florencia, como autores responsables de un delito de tráfico ilegal de personas, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de CINCO AÑOS DE PRISION, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y 1/4 de las costas a cada uno de ellos; y absolvemos a Tamara y Bibiana de los hechos por los que fueron procesadas en esta causa, declarando de oficio 2/4 de las costas procesales.*

Para el cumplimiento de las penas se abonará a los referidos procesados el tiempo de privación de libertad que hubieran podido sufrir por esta causa." (sic)

2.- En la citada sentencia se declararon probados los siguientes **Hechos** : "Los procesados, Carlos José , mayor de edad y condenado ejecutoriamente por sentencias de 14 de marzo de 2006 (por delito de violencia de género a la pena de siete meses de prisión suspendida por dos años según ejecutoria 169/2006 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Castellón), de 7 de abril de 2008 (por delito de conducción alcohólica) y de 15 de diciembre de 2008 (por delito de quebrantamiento de condena), y su esposa Florencia , mayor de edad y sin antecedentes penales en España, puestos de común acuerdo y actuando conjuntamente, en fechas no determinadas de los años 2006 y 2007 se dedicaban a traer mujeres desde Brasil para que ejercieran la prostitución en el Club de alterne Las Musas, sito en Avenida Hermanos Bou nº 150 de Castellón, cuyo inmueble, dividido en tres locales destinados respectivamente a la actividad de prostitución, hospedaje y restauración, regentaban ambos a través de la mercantil Espabras Castellón S.L, como apoderado el primero y en calidad de administradora única la segunda de ellos.

Así, coordinaban la selección de las que tenían que venir a España y la organización del viaje, compra y envío de los billetes de avión, obtención de cartas de invitación y sur emisión e incluso en ocasiones proveerlas de una "bolsa de viaje" con la que justificar la tenencia de medios económicos, así como recepción de esas mujeres en el aeropuerto y traslado de las mismas al citado club, donde posteriormente se alojaban.

Una vez en el local, aunque esas mujeres tenían conocimiento de que venían a España a ejercer la prostitución y que tenían que reembolsar los gastos ocasionados por los billetes de avión, les exigían aquéllos la cantidad de 2.600 euros, por el coste del viaje, generalmente el doble del importe de los billetes, así como por los gastos de manutención y alojamiento en el complejo hostelero titularidad de la referida mercantil, de modo que para conseguir el abono de esa cantidad, no consensuada ni pactada, el pago de los servicios de alterne y prostitución se efectuaban a la persona designada por los procesados Carlos José y Florencia , hasta liquidar el saldo, por lo que no percibían inicialmente las mujeres cantidad de dinero alguna por el ejercicio de la prostitución en el citado club, con el pretexto de que las cantidades retenidas iban destinadas a liquidar una deuda inexistente y no pactada.

Por el procedimiento descrito llegaron al mencionado club durante ese tiempo a ejercer la prostitución un número no determinado de mujeres de nacionalidad brasileña, entre las cuales se encontraba la testigo protegida TPUCRIFCS-1/07, quienes viajaban en avión como turistas cuando en realidad venían a quedarse definitivamente en España.

En concreto, dicha testigo protegida, llegó a España por vía aérea procedente de Brasil, tras recibir la carta de invitación y con billete de turista, abonado por la procesada Florencia , habiendo hecho escala en Sao Paulo, París y Barcelona, ciudad donde le estaba esperando el procesado Carlos José , quien la recogió y trasladó en automóvil hasta el club, siendo entonces informada de haber contraído una deuda por importe de 2.600 euros derivados de los gastos ocasionados por su traslado a España.

No ha quedado acreditado en juicio que las también procesadas Tamara y Bibiana participaran en estos hechos". (sic)

3.- Notificada la sentencia a las partes, la representación de los acusados D. Carlos José y D^a Florencia , anunció su propósito de interponer recurso de casación que se tuvo por preparado por auto de 9/07/2010, emplazándose seguidamente a las partes para que hiciesen uso de su derecho ante esta Sala.

4.- Por medio de escritos, que tuvieron entrada en la Secretaría de este Tribunal en 6/09/2010 y 26/10/2010, el Procurador D. Luis Pozas Osset y la Procuradora Dña. Sonia de la Serna Blázquez, interpusieron el anunciado recurso de casación articulado en los siguientes **motivos**:

Por lo que se refiere a D. Carlos José :

Unico.- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del art. 849 de la LECr . por aplicación indebida del art. 318 bis CP .

Por lo que se refiere **Dña.** . Florencia :

Primero .- Por la vía del art. 5.4 de la LOPJ , por infracción de precepto constitucional, y art. 24.2 por vulneración del principio de **presunción de inocencia, tutela judicial efectiva y principio de**

contradicción.

Segundo.- Por la vía del *art. 5.4 de la LOPJ*, por infracción de precepto constitucional, y *art 24.2* por vulneración del principio de **presunción de inocencia**.

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del *nº 1 del art. 849 de la LECr*. por aplicación indebida del *art. 318 bis. 2 CP*.

5.- El Ministerio **Fiscal** por medio de escrito fechado el 30/11/2010 evacuando el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, interesó la inadmisión de todos los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnó.

6.- Habiéndose conferido, mediante diligencia de ordenación de 28/12/2010, traslado a las partes a los efectos de adaptación del recurso a la LO.5/2010, de 22 de junio, la representación de la recurrente Dña. Florencia por medio de escrito de 13/01/2011, entendiéndose que, habiéndose suprimido el *párrafo 2º del art. 318 CP*, resultaban los hechos atípicos, solicitó la absolución de su patrocinada; y sin que conste que alegara nada la representación del recurrente. Por su parte, el Ministerio Fiscal, en el mismo trámite, entendiéndose que se había mantenido el *apartado 1º del art. 318 bis*, y que era aplicable también el *apartado 3º* del mismo art., que dejó de ser aplicado por el tribunal de instancia por efecto del principio *non bis in idem*, interesó la condena conforme a él de los recurrentes, a la pena de cinco años de prisión.

7.- Por providencia de 23/02/2011, se declaró el recurso admitido y concluso, señalándose para su **deliberación y fallo** el pasado día **16/03/2011**, en cuya fecha la Sala deliberó con el resultado decisorio que a continuación se expresa:

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de D. Carlos José

PRIMERO .- El motivo único se configura por **infracción de ley**, al amparo del *nº 1 del art. 849 de la LECr*. por aplicación indebida del *art. 318 bis. 2 CP*.

1.- Sostiene el recurrente que no se da el elemento de "explotación", como utilidad o beneficio, propio del *art. 318.2 CP*, porque en el caso las cantidades retenidas no eran sino las debidas, suficientes para pagar los gastos realmente generados y los que se iban generando en concepto de alojamiento y manutención; y tras el pago de la deuda generada, las mujeres se quedaban con la totalidad del dinero obtenido por sus servicios, siendo libres de abandonar el local y el trabajo.

2.- El *factum* precisa que los acusados "...puestos de común acuerdo y actuando conjuntamente, en fechas no determinadas de los años 2006 y 2007 se dedicaban a traer mujeres desde Brasil para que ejercieran la prostitución en el Club de alterne Las Musas, sito en Avenida Hermanos Bou nº 150 de Castellón, cuyo inmueble, dividido en tres locales destinados respectivamente a la actividad de prostitución, hospedaje y restauración, regentaban ambos a través de la mercantil Espabras Castellón S.L, como apoderado el primero y en calidad de administradora única la segunda de ellos.

Así, *coordinaban la selección* de las que tenían que venir a España y la *organización del viaje*, compra y envío de los billetes de avión, obtención de cartas de invitación y su emisión e incluso en ocasiones proveerlas de una "bolsa de viaje" con la que justificar la tenencia de medios económicos, así como recepción de esas mujeres en el aeropuerto y traslado de las mismas al citado club, donde posteriormente se alojaban.

Una vez en el local, aunque esas mujeres tenían conocimiento de que venían a España a ejercer la prostitución y que tenían que reembolsar los gastos ocasionados por los billetes de avión, *les exigían* aquéllos la cantidad de 2.600 euros, por el coste del viaje, *generalmente el doble del importe de los billetes*, así como por los gastos de manutención y alojamiento en el complejo hostelería de la referida mercantil, de modo que para conseguir el abono de esa cantidad, no consensuada ni pactada, el pago de los servicios de alterne y prostitución se efectuaban a la persona designada por los procesados Carlos José y Florencia, *hasta liquidar el saldo*, por lo que *no percibían* inicialmente las mujeres cantidad de *dinero alguna por el ejercicio de la prostitución* en el citado club, con el pretexto de que las cantidades retenidas iban destinadas a liquidar una deuda inexistente y no pactada.

Por el procedimiento descrito llegaron al mencionado club durante ese tiempo a ejercer la prostitución un número no determinado de mujeres de nacionalidad brasileña, entre las cuales se encontraba la testigo

protegida TPUCRIFCS-1/07, quienes viajaban en avión *como turistas cuando en realidad venían a quedarse definitivamente en España* .

Así pues, el relato fáctico de la sentencia, que en esta vía debe ser respetado, describe que los acusados facilitaban y gestionaban la entrada en España de diversas chicas brasileñas con la finalidad de que se dedicasen a la prostitución precisamente en el Club Las Musas que regentaban ambos recurrentes a través de una sociedad, imponiéndoles una deuda superior al importe de los billetes y demás gastos originados de manera que hasta que ésta no resultaba íntegramente abonada las chicas no obtenían ninguna cantidad de los servicios sexuales prestado, conducta que describe una forma de explotación sexual e íntegra el subtipo agravado previsto en el *apartado 2º del art. 318 bis Código Penal* , ya que como acertadamente razona el Tribunal a quo siguiendo la doctrina jurisprudencial en esta materia al realizar la subsunción jurídica de los hechos probados, la conducta típica del *art. 318 bis del C. Penal* se consuma con la ejecución de 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. Para la consumación es bastante la ejecución de aquellas conductas con la referida finalidad, sin necesidad de un acto posterior, esto es, no es preciso que la explotación sexual llegue a tener lugar y ni siquiera que las víctimas hayan sido compelidas de alguna forma a prestarse a ello.

3.- Ello no obstante, la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, suprime el subtipo agravado previsto en el *párrafo 2º del art. 318 bis CP* , por el que han sido condenados el recurrente y su compañera, viniéndolo a integrar en la nueva figura tipificada en el *art. 177 bis CP, en el T. VII bis, bajo* el epígrafe de "La trata de seres humanos". Dicho precepto exige que la captación, el traslado, el acogimiento, recepción o alojamiento, para la explotación sexual de la misma, se produzca mediante el empleo de violencia, intimidación o engaño o abuso de situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad .

Tales circunstancias no concurren en el presente caso, en cuanto que, se ha declarado probado, que las mujeres de nacionalidad brasileña viajaban a España conociendo que iban a ejercer la prostitución y debían reembolsar los gastos que su traslado había generado, si bien como vimos anteriormente, "se les exigía la cantidad de 2.600 euros, generalmente el doble del importe de los billetes...deuda inexistente y no pactada".

Por ello, no pudiendo ser aplicado el *apartado 2 del art. 318 bis CP, procede estimar subsumidos los hechos en el apartado 1º del mismo artículo* -que continúa vigente, y cuya aplicabilidad no ha sido puesta en duda por el recurrente- y que castiga "al que directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, desde, en tránsito o con destino a España...".

4.- El Ministerio Fiscal, en el trámite de adaptación a las reformas introducidas por la LO 5/2010, de 22 de junio, considera que, igualmente, será aplicable el *apartado 3º del mismo artículo*, que no ha sido suprimido por la reforma , y que prevé la pena superior en grado para "los que realicen las conductas descritas..."*con ánimo de lucro* .

En nuestro caso, con ello se respetaría el principio acusatorio, porque el Ministerio Fiscal instó en la instancia la aplicación de este subtipo agravado, y no fue apreciado por el tribunal *a quo* -como explica en el apartado 3 de su fundamento jurídico segundo- solamente porque su estimación, conjuntamente con la "explotación sexual", que siempre conlleva "ánimo de lucro", conculcaría el principio *non bis in idem* .

Por tanto, ahora, eliminado el primero de los subtipos, el segundo recuperaría su autonomía y eficacia, si no fuera porque la cuestión, alegada finalmente en el trámite dicho, no ha podido ser debatida y contestada oportunamente por los recurrentes. Tanto más cuanto, la aplicación del subtipo no nos llevaría a mantener la pena de *cinco años* de prisión impuesta -tal como entiende el Ministerio Fiscal-, sino a aplicar la pena de cuatro a ocho años, en su mitad superior; es decir, en un mínimo de *seis años y un día* de prisión.

Lo cual nos lleva a estimar que tal propuesta conculcaría el principio de prohibición de la *reformatio in peius*, tal como lo ha definido el Tribunal Constitucional, y proscribiera el mismo *artículo 902 LECrim* . cuando excluye la imposición de pena superior a la señalada en la sentencia casada o a la que correspondiera conforme a las peticiones del recurrente, en el caso en el que se solicitase pena mayor

La doctrina de este Tribunal sobre la interdicción de la *reformatio in peius* se recoge, entre otras, en la STC 28/2003, de 10 de febrero ó en la STC 29-11-2010, nº 124/2010 , que reconocen la relevancia constitucional de la reforma peyorativa determinante de una situación de indefensión, que tiene lugar cuando el recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación creada o declarada en la resolución impugnada, de modo que lo obtenido con la resolución que decide el recurso es

un efecto contrario al perseguido por el recurrente, que era, precisamente, eliminar o aminorar el gravamen sufrido con la resolución objeto de impugnación.

Por ello la interdicción de la *reformatio in peius* es una garantía procesal del régimen de los recursos que encuentra encaje en el principio dispositivo y en la interdicción de la indefensión que consagra el *art. 24.1 CE*. De igual forma alude la STC 28/2003 de 10 de febrero a la relación del principio acusatorio con la reforma peyorativa, al afirmar que la STC 84/1985, de 8 de julio "vino a concluir en la idea general de que el principio acusatorio impide al Juez penal de segunda instancia modificar de oficio la Sentencia agravando la pena si sólo fue apelante el condenado y tanto la víctima del delito como el Fiscal se aquietaron." (FJ 4), concluyendo en que: "Este efecto es el que, según la doctrina expuesta, tiene relevancia constitucional y debe prevalecer respecto incluso del de estricta sumisión del Juez a la Ley para corregir de oficio en la alzada errores evidentes en la aplicación hecha de la misma en la Sentencia; lo cual agrega al principio de la no reforma peyorativa el nuevo matiz de la seguridad jurídica del condenado sobre la inmutabilidad de la Sentencia en su perjuicio si no media recurso de parte contraria.

En efecto, lo que juega, con relevancia constitucional, es la agravación del resultado que tal decisión de oficio determina, aunque fuere absolutamente evidente su procedencia legal, de suerte que queda así constitucionalizado el principio de la no reforma peyorativa y fundado no sólo en el juego del principio acusatorio sino en el de la garantía procesal derivada de una Sentencia penal no impugnada de contrario (STC 153/1990, de 15 de octubre).

Consecuentemente, solamente de modo parcial, el motivo ha de ser estimado, con los efectos penológicos que se determinarán en segunda sentencia.

Recurso de Dña. Florencia .

SEGUNDO. - El motivo segundo, se articula por la vía del *art.5.4 de la LOPJ* , por infracción de precepto constitucional, y en relación con el *art. 24.2* , por vulneración del principio de presunción de inocencia, tutela judicial efectiva y principio de contradicción.

1.- La recurrente mantiene que se quiebra el principio de inmediatez 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 protegida , sin que fuera ratificada en el acto del plenario y sin haberse agotado todas las medidas para su citación.

2 .- El principio de libre valoración de la prueba que corresponde efectuar a los Tribunales por imperativo del *artículo 117.3* de la Constitución y *artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* , se complementa con la idea esencial de que toda sentencia condenatoria debe sustentarse en auténticos actos de prueba, legítimamente obtenidos y con suficiencia para enervar el principio de presunción de inocencia que provisionalmente ampara a todo al que se le imputa un hechos delictivo. Y constituye una garantía fundamental para el derecho de defensa el que las pruebas se practiquen el juicio oral, con vigencia de los principios de igualdad, contradicción, intermediación y publicidad. La publicidad de los debates y el derecho a la prueba son manifestaciones concretas de entre las que conforman el derecho a un juicio justo.

Ahora bien, como ha expresado el Tribunal Constitucional desde hace años, como es exponente la Sentencia de 25 de octubre de 1993 , "hay que exceptuar los supuestos de prueba *sumarial preconstituida y anticipada* que también se manifiestan aptos para fundamentar una Sentencia de condena siempre y cuando se observe el cumplimiento de determinados requisitos *materiales* (su imposibilidad de reproducción en el momento del juicio oral- *art. 730 LECrim*), *subjetivos* (la necesaria intervención del Juez de Instrucción) *objetivos* (la posibilidad de contradicción, para lo cual se le debe proveer de Abogado al imputado -cfr.: *arts. 448.1º y 333.1º -*) y *formales* (la introducción en el juicio oral a través de la lectura de documentos requerida por el *art. 730*)".

Sólo cuando las diligencias o actuaciones sumariales son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, es posible traerlas al mismo como prueba anticipada o preconstituida, en los términos señalados en el *artículo 730 de la Ley Procesal Penal* , utilizando en estos casos la documentación oportuna del acto de investigación, llevado a cabo, en todo caso, con observancia de las garantías necesarias para la defensa.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencia de 19 de febrero de 1991, caso Isgró , no consideró violación del Convenio el que sean tenidas en cuenta unas declaraciones sumariales cuando el testigo se encuentra ilocalizable pese a las gestiones realizadas en su busca. El Tribunal tuvo en cuenta que dichas declaraciones habían sido realizadas ante un magistrado cuya imparcialidad no había sido

puesta en duda, así como que junto a tales declaraciones existían otros testimonios diferentes.

Consecuentemente, la jurisprudencia ha establecido que el Tribunal podrá tomar excepcionalmente en cuenta las declaraciones testificales obrantes en el sumario, previa lectura en el juicio, cuando no sea factible lograr la comparecencia del testigo o sea *imposible de localizar* por desconocimiento de su paradero. En tales supuestos, deben haberse agotado las gestiones, incluidas las policiales, para averiguar el paradero del testigo incomparecido y que sus declaraciones en el sumario hayan sido prestadas de manera inobjetable, con resultados concluyentes y con acatamiento de las normas que las regulan y sin merma alguna de los derechos fundamentales, especialmente del derecho de defensa.

3 .- En el caso aquí analizado el recurrente centra su impugnación en considerar que la utilización del *art. 730 Ley de Enjuiciamiento Criminal* , es de carácter excepcional como ha declarado la jurisprudencia tanto del TS como del TC y por ello sólo aplicable a supuestos de imposibilidad absoluta por fallecimiento del testigo o de imposibilidad jurídica o funcional por encontrarse en paradero desconocido o en el extranjero pero siempre que se hayan agotados las posibilidades de búsqueda y localización del mismo, cosa que entiende no ha ocurrido en el presente caso.

Aceptando este planteamiento del recurrente no se comparte que no nos encontremos ante uno de los supuestos que permiten la utilización del *art. 730 Ley de Enjuiciamiento Criminal* , ya que el domicilio del testigo protegido era desconocido para la Sala que *ofició a la Policía* para que localizara su domicilio y procediera a su citación, contestando mediante oficio que se había identificado su domicilio a través del Registro Central de Extranjeros pero no se pudo practicar la citación al no residir allí hacía 6 meses, sin que los vecinos pudieran facilitar dato alguno de su paradero. No acabaron aquí las gestiones policiales para localizar al testigo pues intentaron localizar su lugar de trabajo mediante oficio dirigido a la *Tesorería General de la Seguridad Social* , gestión que igualmente dio resultado negativo, dado que dicho organismo contestó informando que esa persona se encontraba dada de baja desde el 26-11-09. De manera que se habían agotado razonablemente las posibilidades de traer al testigo a presencia del Tribunal, situación que justifica la lectura de su declaración a través del *art. 730 Ley de Enjuiciamiento Criminal* .

Por otra parte, el examen de la causa, que permite el *art. 899* de Enjuiciamiento Criminal, pone de manifiesto que en la declaración prestada por el testigo protegido, ante el Juez de Instrucción y con presencia del Ministerio Fiscal, obrante al f. 586, estuvo presente el Letrado del recurrente, que pudo realizar y realizó las preguntas que tuvo por conveniente al testigo. Del mismo modo el acta del juicio oral revela que el recurrente no solicitó ante la incomparecencia del testigo la suspensión del juicio oral para que se practicasen nuevas diligencias de localización, ni realizó salvedad o protesta alguna cuando se acordó a instancias del Ministerio Público la lectura de la declaración sumarial del testigo, de manera que ahora no es factible que alegue vulneración a un proceso con todas las garantías con infracción de los principios de intermediación, contradicción y publicidad.

De lo anterior deriva la validez de tal medio de prueba como utilizable para enervar la presunción de inocencia. No solamente porque, una vez designado Letrado por personal encargo del acusado, nada propuso al respecto de dicha diligencia, sino porque, en el juicio oral, ante la corroborada imposibilidad de disponer de los testigos, se leyó su declaración, dando cumplimiento al *artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* .

En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

TERCERO .- Segundo, por la vía del *art. 5.4 de la LOPJ* , por infracción de precepto constitucional, y *art. 24.2 CE* . por vulneración del principio de **presunción de inocencia**.

1.- Se sostiene que no existe prueba de cargo, por ser inválida la declaración de la testigo protegida, que incurrió además en contradicciones; siendo los testimonios de lo policías comparecidos en la vista, de mera referencia e insuficientes para contrarrestar las manifestaciones de la acusada, que siempre negó tener relación con los hechos objeto de la acusación.

2.- El motivo viene a suponer combatir el fallo por entender que los hechos no están probados, por no ser consecuencia de una actividad probatoria mínima y suficiente, razonablemente de cargo y revestida con todas las garantías constitucionales y procesales que la legitimen (STS 12-2-92); o como ha declarado el TC (S.44/89, de 20 de febrero) "por faltar una adecuada actividad probatoria de cargo, realizada con todas las garantías, practicada en el juicio para hacer posible la contradicción y sin que los medios probatorios traídos al proceso se hayan obtenido violentando derechos o libertades fundamentales". De modo que una vez acreditada la existencia de tal probanza, su valoración es ya competencia del Tribunal sentenciador (STS 21-6-98), conforme al *art. 741 de la LECr* , no correspondiendo al Tribunal de Casación revisar la

valoración efectuada en la instancia en conciencia (STC.126/86 de 22 de octubre).

3.- Sin embargo, en contra de lo alegado, el Tribunal dispuso de válida y eficaz prueba susceptible de sustentar el cargo. Partiendo -como ya vimos- de la validez de la prueba de declaración de la testigo protegida, la sala de instancia analiza su contenido y lo considera coherente y persistente, no encontrando contradicciones importantes en los aspectos relevantes sino más bien matizaciones. Además su testimonio se encuentra corroborado por las declaraciones de los agentes de policía, testigos de referencia, que intervinieron en el atestado y recibieron declaración a varias de las chicas y contaron al Tribunal lo que les manifestaron que en esencia es coincidente con lo manifestado por el testigo protegido y en esencia supone que los acusados *les preparaban y gestionaban el viaje y les facilitaban los billetes* y les anunciaban que tenía una deuda contraída notablemente superior al importe de los billetes.

Otro elemento corroborador de su testimonio se encuentra en la amplia documentación encontrada en el local consistente en una serie de notas y apuntes donde figuraban nombres, cantidades y cuentas pendientes de saldar.

Con todo este material probatorio mal se puede mantener que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en los términos que ha venido fijando la jurisprudencia.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

CUARTO. - El tercer motivo se configura, **por infracción de ley**, al amparo del *nº 1 del art. 849 de la LECr* . por aplicación indebida del *art. 318 bis.2 CP* .

1 .- Sostiene la recurrente que no se da el elemento de "explotación ", como utilidad o beneficio, propio del *art. 318.2 CP* , porque en el caso las cantidades retenidas no eran sino las debidas, suficientes para pagar los gastos realmente generados y los que se iban generando en concepto de alojamiento y manutención; y tras el pago de la deuda, las mujeres se quedaban con la totalidad del dinero obtenido por sus servicios, siendo libres de abandonar el local y el trabajo. Igualmente propugna la recurrente su *absolución por la atipicidad* de su conducta, una vez que la LO.5/2010, de 22 de junio, ha suprimido el *párrafo 2º del art. 318 bis del CP* .

2.- Como vimos con relación al primer motivo del recurrente anterior, el relato fáctico de la sentencia, que en esta vía debe ser respetado, describe que los acusados *facilitaban y gestionaban la entrada en España* de diversas chicas brasileñas con la finalidad de que se dedicasen a la prostitución, precisamente en el Club Las Musas que regentaban ambos recurrentes a través de una sociedad, imponiéndoles una deuda superior al importe de los billetes y demás gastos originados de manera que hasta que ésta no resultaba íntegramente abonada las chicas no obtenían ninguna cantidad de los servicios sexuales prestado, conducta que describe una forma de explotación sexual e integra el subtipo agravado previsto -antes de la reforma- en el *apartado 2º del art. 318 bis Código Penal* , ya que como acertadamente razona el Tribunal a quo siguiendo la doctrina jurisprudencial en esta materia al realizar la subsunción jurídica de los hechos probados, la conducta típica del *art. 318 bis del C. Penal* se consuma con la ejecución de 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. Para la consumación es bastante la ejecución de aquellas conductas con la referida finalidad, sin necesidad de un acto posterior, esto es, no es preciso que la explotación sexual llegue a tener lugar y ni siquiera que las víctimas hayan sido compelidas de alguna forma a prestarse a ello.

3.- Ello no obstante, la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, suprime el subtipo agravado previsto en el *párrafo 2º del art. 318 bis CP* , por el que han sido condenados la recurrente y su compañero, viniéndolo a integrar en la nueva figura tipificada en el *art. 177 bis CP, en el T. VII bis, bajo* el epígrafe de "La trata de seres humanos". Dicho precepto exige que la captación, el traslado, el acogimiento, recepción o alojamiento, para la explotación sexual de la misma, se produzca mediante el empleo de violencia, intimidación o engaño o abuso de situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad .

Tales circunstancias -reiteramos- no concurren en el presente caso, en cuanto que, se ha declarado probado, que las mujeres de nacionalidad brasileña viajaban a España conociendo que iban a ejercer la prostitución y debían reembolsar los gastos que su traslado había generado, si bien como vimos anteriormente, "se les exigía la cantidad de 2.600 euros, generalmente el doble del importe de los billetes...deuda inexistente y no pactada".

Por ello, no pudiendo ser aplicado el *apartado 2 del art. 318 bis CP*, *procede estimar subsumidos los hechos en el apartado 1º del mismo artículo* -que continúa vigente- y que castiga "al que directa o

indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, desde, en tránsito o con destino a España...".

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

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

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

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

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

Pero, de otra parte, quien favorece, promueve o facilita el acceso a España de determinadas personas con conocimiento inicial y antecedente de que la situación administrativa de acceso no responde a la realidad de la estancia, que exigiría de otros requisitos que así resultan burlados, incurre en *ilícito penal*, sin perjuicio de que la persona de cuya migración se trate haya de responder sólo administrativamente.

Esta Sala ha señalado -y lo recuerda la STS 28-9-2005, nº 1059/2005-, que el tráfico ha de ser ilegal, esto es, producirse al margen de las normas establecidas para el cruce legítimo de las fronteras o con fraude de esas normas, lo que incluye tanto el cruce clandestino de la frontera, como la utilización de fórmulas autorizadores 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.

Igualmente se trata de un delito de mera actividad que se consuma con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal, con independencia del resultado conseguido.

Por último la doctrina considera que aunque en el tipo se alude a personas en su acepción plural, no parece necesario que la actividad afecte a más de una persona para ser típica; aunque la configuración colectiva del bien jurídico en este tipo base del *art. 318 bis 1*, sí determina que, aunque sean varias las personas afectadas, estemos ante la existencia de un solo delito en cada tráfico ilegal".

3.- Por tanto, -como ya vimos en relación con el motivo equivalente del otro recurrente- eliminado el subtipo de "explotación sexual" 318, bis.2 el de la realización "con ánimo de lucro" (318 bis. 3) recuperaría su autonomía y eficacia, si no fuera porque la cuestión alegada finalmente en el trámite de adecuación a la reforma del CP por la LO 5/2010, no ha podido ser debatida y contestada oportunamente por los recurrentes. Lo cual nos lleva a estimar que tal propuesta conculcaría el principio de prohibición de la *reformatio in peius*, tal como lo ha definido el Tribunal Constitucional.

Consecuentemente, no pudiéndose estimar la solicitud absolutoria de la recurrente, solamente de modo parcial, el motivo ha de ser estimado, con los efectos penológicos que se determinarán en segunda sentencia.

QUINTO .- Conforme a lo expuesto, ha lugar a la **estimación parcial** de los recursos de casación interpuestos por las representaciones de D. Carlos José y Dña. Florencia ., declarando de oficio las **costas** de sus respectivos recursos, de acuerdo con lo dispuesto en el *art. 901 de la LECr*

III. FALLO

QUE DEBEMOS **ESTIMAR Y ESTIMAMOS** solo **en parte** los recursos de casación por infracción de ley y de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por la representación de D. Carlos José y Dña. Florencia , contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Castellón, en causa seguida por delito de tráfico ilegal de personas, declarando de oficio las **costas** ocasionadas en sus respectivos recursos. Póngase esta resolución, y la que a continuación se dictará, en conocimiento de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón, a la que se remitirán cuantos antecedentes elevó en su día a esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **D. Juan Saavedra Ruiz D. Perfecto Andres Ibañez D. Francisco Monterde Ferrer D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Luciano Varela Castro**

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Marzo de dos mil once.

Por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón, en el Procedimiento Sumario número 2/2007 , tramitado por el Juzgado de Instrucción número 2 de Castellón, se dictó sentencia de fecha 15 de junio de 2010 , que ha sido **casada y anulada** por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. **D. Francisco Monterde Ferrer**, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la nuestra anterior y los de la Sentencia de instancia parcialmente rescindida .

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de nuestra Sentencia anterior y los de la Sentencia parcialmente rescindida, en tanto no sean contradictorios con los de la primera.

SEGUNDO.- En virtud, de la reforma introducida por la LO.5/2010, de 22 de junio, ha lugar a entender eliminado el subtipo de "explotación sexual", previsto en el *nº 2 del art. 318 bis CP* , aplicado por el tribunal de instancia, debiéndose considerar solamente concurrente el tipo básico del *nº 1 del art. 318 bis CP* , que prevé una pena comprendida entre los cuatro y los ocho años de prisión.

Por ello, atendiendo a lo dispuesto en el *art. 66, regla 6ª CP* , y al criterio penológico observado por el tribunal de instancia, debemos condenar a los procesados D. Carlos José y Dña. Florencia , como autores responsables de un delito de tráfico ilegal de personas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISION.

Y se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia, en cuanto a la pena accesoria a la de prisión, pago de costas, abono de prisión preventiva y absolucón de los otros dos

acusados no recurrentes.

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a los procesados **D. Carlos José y Dña. Florencia** , como autores responsables de un delito de tráfico ilegal de personas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **CUATRO AÑOS DE PRISION.**

Y se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia, en cuanto a la pena accesoria a la de prisión, pago de costas, abono de prisión preventiva, y absolución de los otros dos acusados no recurrentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **D. Juan Saavedra Ruiz D. Perfecto Andres Ibañez D. Francisco Monterde Ferrer D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Luciano Varela Castro**

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