

Id Cendoj: 28079120012010100215
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 2008/2009
Nº de Resolución: 208/2010
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Contra la salud pública. Delito contra los derechos de los trabajadores extranjeros y prostitución. Relación laboral. No es suficiente la inexistencia de permiso laboral y de alta en la Seguridad Social. Declaraciones en fase instructora no ratificadas en el juicio oral, art. 714 LECrim. Delito contra la salud pública. Inferencia finalidad tráfico

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Marzo de dos mil diez.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción precepto constitucional e infracción de Ley que ante Nos penden, interpuestos por **Anibal** , **Efrain Valentina** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, Sección Primera, que condenó a los acusados, por un delito **contra los derechos de los trabajadores y contra la salud pública** ; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados por el Procurador Sr. Estevez Fernandez-Novoa .

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 1 de Huesca, incoó Procedimiento Abreviado con el número 30 de 2006, contra Anibal , Efrain Valentina , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Huesca, cuya Sección Primera, con fecha 9 de junio de 2.009, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: UNICO: Apreciadas en conciencia, y según las reglas del criterio racional, las pruebas practicadas, así como las manifestaciones de los acusados y las razones de su defensa, y siempre teniendo en cuenta el superior interés de tutela al inocente sobre el de la condena del reo, resulta probado, y como tal se declara, lo siguiente:

A) Los acusados Efrain y su compañera sentimental Valentina , esta última de nacionalidad brasileña y también conocida con el nombre de Campanilla , siendo ambos mayores de edad y mejor circunstanciados en el encabezamiento de esta resolución, han venido regentando, en calidad respectivamente de titular del negocio -a través de la entidad mercantil que lleva su nombre, Antonio Triano S.L.- y de encargada, el establecimiento conocido como Club Sonho, sito en el km. 2,7 de la carretera de Sariñena de esta capital, en cuyas instalaciones se realizaban actividades de alterne y se ejercía la prostitución por mujeres de nacionalidad brasileña que se encontraban en situación irregular en España, pues carecían de los oportunos permisos de trabajo y de residencia, y a las que no se había dado de alta en la Seguridad Social. Los expresados acusados organizaban las actividades que debían realizarse en el club, de igual modo que fijaban los precios de las relaciones sexuales que las citadas mujeres habían de mantener con los clientes y controlaban el tiempo en que se desarrollaban tales relaciones. Las mujeres, que vivían en el propio club, habían de abonar a los acusados la cantidad diaria de cincuenta euros en concepto de alojamiento y comida, así como cinco euros por cada relación sexual que mantenían, en concepto de costes por el cambio de sábanas y adquisición de preservativos, mientras que, con relación a la actividad de alterne, las mujeres percibían el cincuenta por ciento del precio de las copas que lograban que

consumiera cada cliente, quedándose los acusados con la mitad restante. Valentina , que en su condición de encargada gestionaba el pago de los servicios si se llevaba a cabo mediante tarjeta de crédito y llevaba la contabilidad de las ganancias obtenidas por las mujeres que prestaban servicios en el establecimiento, llegaba a imponerles a éstas multas o sanciones si algún día se ausentaban del trabajo, salvo que ello fuera debido a enfermedad.

B) Efrain se valía asimismo del establecimiento que regentaba para distribuir cocaína mediante precio a distintos compradores, uno de los cuales era Jesús Carlos , a quien suministró la expresada sustancia estupefaciente en varias ocasiones durante el mes de julio de 2004, concertando ambas las transacciones mediante conversaciones telefónicas en las que, en vez de llamarse por sus respectivos nombres, lo hacían como "soldado" y "soldadito", y refiriéndose en dichas conversaciones a la cocaína como botellas de vino o de whisky. Jesús Carlos solía comprar cada vez un gramo de cocaína por el que pagaba sesenta euros, si bien en alguna ocasión la cantidad de droga que adquiriría era algo superior. Durante la entrada y registro realizada en el club el día 18 de diciembre de 2004 fueron halladas en dos habitaciones un envoltorio de plástico conteniendo cocaína con un peso neto de 0,78 gramos y una riqueza media del 43,1 por ciento y otro envoltorio con la misma sustancia con un peso neto de 0,67 gramos y una riqueza media del 50,6 por ciento, así como una sustancia vegetal que resultó ser marihuana con un peso neto de 1,42 gramos y una riqueza media del 7,5 por ciento.

C) El también acusado Anibal , mayor de edad y mejor circunstanciado en el encabezamiento de esta resolución, acudía en ocasiones al club Sonho para distribuir mediante precio sustancias estupefacientes entre algunos clientes del establecimiento, para lo cual el acusado se introducía con el comprador en alguna dependencia reservada del club. Con ocasión del ya referido registro fueron ocupados dos trozos de hachís con un peso neto de 1,08 gramos, así como un envoltorio de plástico conteniendo cocaína con un peso neto de 4,48 gramos y una riqueza media del 82,3 por ciento y una bolsita de celofán con tres envoltorios de plástico conteniendo cocaína con un peso neto de 2,62 gramos y una riqueza media del 38,6 por ciento. Dichas sustancias las portaba consigo Anibal , quien intentó deshacerse de ellas al aparecer los agentes que practicaron el registro, si bien dicha maniobra fue advertida por varios de los policías. Asimismo le fueron intervenidos al acusado un billete de 50 euros enrollado en forma de tubo, otros nueve billetes de 50 euros, trece de 20 euros, seis de 10 euros y uno de 5 euros.

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

FALLO: 1) Que debemos condenar y condenamos a los acusados Efrain y Valentina , ya circunstanciados, como autores responsables de un delito contra los derechos de los trabajadores, asimismo definido, a las penas de dos años y dos meses de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y de multa de siete meses con una cuota diaria de nueve euros para cada uno de ellos, sujetándose la multa impuesta a la acusada a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas.

2) Que debemos condenar y condenamos al acusado Efrain , como autor responsable de un delito contra la salud pública, igualmente definido, a las penas de tres años y tres meses de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y de multa de ciento cincuenta euros, 3) Que debemos condenar y condenamos al acusado Anibal , también circunstanciado, como autor responsable de un delito contra la salud pública, a las penas de tres años y tres meses de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y de multa de seiscientos euros con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada ciento cincuenta euros o fracción no satisfechos.

Los acusados deberán abonar las costas procesales por terceras e iguales partes.

Para el cumplimiento de las penas privativas de libertad impuestas en esta resolución, abónese en su día el tiempo durante el cual estuvieron los acusados provisionalmente privados de libertad por esta causa, si no les hubiera sido computado en otra ejecutoria.

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

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

Recurso interpuesto por Anibal

PRIMERO .- Al amparo del *art. 852 LECrim* . denuncia infringido el principio de presunción de inocencia.

SEGUNDO .- Al amparo del *art. 849.2 LECrim* . denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba en tanto que conforme al *art. 849.1 LECrim* . afirma infringidos los *arts. 368 y 29 CP* .

TERCERO .- Al amparo del *art. 849.2 LECrim* . denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba en tanto que conforme al *art. 849.1 LECrim* . afirma infringidos los *arts. 368 y 29 CP* .

Recurso interpuesto por Efrain

PRIMERO .- Al amparo del *art. 849.1 LECrim* . denuncia infringido el *art. 312.2* y *art. 66.6 CP* . por aplicación indebida.

SEGUNDO .- Al amparo del *art. 849.1 LECrim* . denuncia infringido el *art. 312.2 CP* .

TERCERO .- No se realiza exposición alguna, limitándose por el contrario a manifestar su desistimiento.

CUARTO .- Al amparo del *art. 5.4 LOPJ* . y del *art. 852 LECrim* . denuncia infringido el principio de presunción de inocencia, *art. 24.2 CE* .

QUINTO .- Al amparo del *art. 851.1 LECrim* . denuncia falta de claridad en el relato de hechos.

SEXTO .- Al amparo del *art. 5.4 LOPJ* . denuncia infracción del principio de presunción de inocencia *art. 24.2 CE* .

Recurso interpuesto por Valentina

PRIMERO .- Al amparo del *art. 849.1 LECrim* . denuncia infringidos los *arts. 312.2 y 66.6 CP* .

SEGUNDO .- Al amparo del *art. 849.1 LECrim* . afirma infringido el *art. 312.2 CP* .

TERCERO .- Han sido desistido en el escrito de formalización.

CUARTO .- Al amparo del *art. 852 LECrim* . denuncia infringido el principio de presunción de inocencia.

QUINTO .- Han sido desistido en el escrito de formalización.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación de los mismos por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día cuatro de marzo de dos mil diez.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR Efrain

PRIMERO: El motivo primero referido al *art. 849.1 LECrim* . por indebida aplicación del *art. 312.2* , *art. 66.6 del CP* . y restantes normas del ordenamiento jurídico, dado que los hechos probados y de las declaraciones de los testigos, tanto en fase policial, judicial y acto del juicio oral no se dan las condiciones exigidas por la jurisprudencia para la comisión de dicho delito.

Como hemos dicho en STS. 372/2005 de 17.3 , la conducta que describe el *art. 312.2* , sanciona la explotación laboral, en cualquier actividad al contratarse a trabajadores extranjeros, que no cuentan con permiso de trabajo, y además, para ser distinguido este comportamiento de la sanción administrativa, la ley

penal anuda un desvalor especial que se traduce en que las condiciones impuestas deben ser notoriamente perjudiciales para el trabajador, de modo que se originen situaciones de explotación en el trabajo.

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

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

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

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

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

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

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

art. 312-2 C.P .

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

En el caso presente en el apartado a) del relato fáctico como conducta imputada al recurrente Efrain se recoge literalmente que en unión de su compañera sentimental Valentina " *han venido regentando, en calidad respectivamente de titular del negocio ..., el establecimiento conocido como Club Sonho, sito en el km. 2,7 de la carretera de Sariñena de esta capital, en cuyas instalaciones se realizaban actividades de alterne y se ejercía la prostitución por mujeres de nacionalidad brasileña que se encontraban en situación irregular en España, pues carecían de los oportunos permisos de trabajo y de residencia, y a las que no se había dado de alta en la Seguridad Social. Los expresados acusados organizaban las actividades que debían realizarse en el club, de igual modo que fijaban los precios de las relaciones sexuales que las citadas mujeres habían de mantener con los clientes y controlaban el tiempo en que se desarrollaban tales relaciones. Las mujeres, que vivían en el propio club, habían de abonar a los acusados la cantidad diaria de cincuenta euros en concepto de alojamiento y comida, así como cinco euros por cada relación sexual que mantenían, en concepto de costes por el cambio de sábanas y adquisición de preservativos, mientras que, con relación a la actividad de alterne, las mujeres percibían el cincuenta por ciento del precio de las copas que lograban que consumiera cada cliente, quedándose los acusados con la mitad restante*".

Según esta descripción del factum solo aparece que las chicas extranjeras carecían de permiso de trabajo y de residencia, y no formalizaron por escrito el contrato de trabajo. Ni se las dio de alta en la Seguridad Social, pero no resulta del mismo que su trabajo se produjera en condiciones de las que se derive un claro perjuicio, supresión o limitación de los derechos que aquellas tuvieran reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.

Por ello no puede coincidirse con la Sala a quo cuando entiende que los hechos descritos en el factum tienen encaje en el precepto aplicado (art. 312.2 CP .), dándose esa situación porque los acusados Efrain y Valentina no dieron de alta a las mujeres que trabajaban en el club, ni tampoco cotizaron por ellas en la Seguridad Social, del dato de que aquellas percibían la mitad del precio de las copas que las mujeres conseguían consumieran los clientes en la actividad de alterne, sin olvidar que aquéllas abonaban asimismo una cantidad diaria por comida y alojamiento, y muy especialmente de las multas que se les imponían por baja productividad.

En efecto desde el punto de vista económico solo se determina que recibían una remuneración consistente en el precio del servicio sexual que prestaran al cliente del que tan solo se depositaban 5 E por sábanas y preservativos, y en el 50% de las copas que consumían los clientes, pero sin que se determine que aquella remuneración fuese inadecuada o leonina -es significativo en este extremo la declaración de Virtudes que en dependencias policiales y en instrucción manifestó que venía a ganar entre 3.000 y 4.000 euros al mes y de Angelica que en el juzgado admitió que podía llegar a ganar de 300 a 400 euros diarios, reconociendo ambas que estaba n voluntariamente sin haber recibido amenaza o coacción alguna, ni que se le retirara partes de ella, distinta de la del abono de alojamiento y manutención, sin que el precio pagado por este concepto, 50 euros, fuera desproporcionado, y respecto a las multas que se dice se imponían, en el factum solo se refiere que la coacusada Valentina -no esta recurrente- *que en su condición de encargada gestionaba el pago de los servicios si se llevaba a cabo mediante tarjeta de crédito y llevaba la contabilidad de las ganancias obtenidas por las mujeres que prestaban servicios en el establecimiento, llegaba a imponerles a éstas multas o sanciones si algún día se ausentaban del trabajo, salvo que ello fuera debido a enfermedad*.

No consta, por lo tanto, que las condiciones del contrato verbal de trabajo supusieran un perjuicio para sus derechos laborales, más allá de los derivados del hecho de su situación de ilegalidad, la cual tenía como consecuencia la inexistencia de permiso de trabajo y la ausencia de alta en la seguridad social. No consta coacción alguna en relación al alojamiento ni al porcentaje de las consumiciones, por lo que falta por determinar la existencia de elementos adicionales imprescindibles para considerar existente la explotación requerida (STS. 1390/2004 de 22.11), no se aprecia la existencia del tipo objetivo consistente en que el empleo se haga en condiciones perjudiciales para sus derechos laborales /STS. 1471/2005 de 12.12).

El motivo por lo expuesto debe ser estimado con la consiguiente absolución del recurrente del delito del *art. 312.2 CP*.

SEGUNDO: El motivo segundo al amparo del *art. 849.1 LECrim* . por infracción de preceptos penales de carácter sustantivo en la aplicación del *art. 31.2 CP* . estimado que ha sido el motivo precedente es innecesario su análisis al igual que el motivo tercero referido al *art. 849.2 LECrim* . por error en la apreciación de la prueba, al haberse desistido de su formalización.

TERCERO: El motivo cuarto al amparo de lo previsto en el *art. 5.4 LECrim* . y *art. 852 LECrim* . por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del *art. 24.1 CE* . en relación al acusado Efrain , dado que los hechos probados no se fundamenta en declaraciones efectuadas a presencia judicial o en el juicio oral, sino que se han desdicho a presencia judicial las manifestaciones indicadas en Comisaría como el supuesto pago o imposición de multas por los acusados, además de aquellas otras relativas al delito contra la salud pública que en cuanto se remite **al motivo sexto al amparo del *art. 849.1 LECrim* . por inaplicación del *art. 24 CE* en relación con el *art. 5.4 LOPJ* . por falta de prueba de cargo del referido delito en relación a dicho acusado**, deben ser analizados conjuntamente al plantear cuestiones similares, esto es, que los únicos indicios que pueden inculpar a Efrain son unas declaraciones de presuntos compradores no ratificadas y unos escasos envoltorios encontrados en dependencias ocupadas por personas ajenas al recurrente, sin que de las intervenciones telefónicas y de los registros se hayan encontrado evidencia que destruyan la presunción de inocencia, a pesar del tiempo invertido en la investigación, no existiendo cantidad de droga predeterminada al tráfico, material habitual empleado para su mezcla, instrumentos necesarios para su venta como pesos de precisión, ni ningún otro indicio que determine la existencia del citado delito.

Con carácter previo debemos recordar -SSTS. 1322/2009 de 31.12, 728/2008 de 18.11 - que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el *art. 849.2 LECrim* . pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5 ; en virtud del *art. 852 LECrim* , el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un *precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE* (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

Así pues, al tribunal de casación debe comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 209/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (*art. 9.1 CE*), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas

derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10).

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

Consecuentemente debe otorgarse un amplio contenido a la presunción de inocencia, como regla de juicio, lo que permite un triple control del proceso inferencial seguido por los Jueces ordinarios:

1º El de la practica de la prueba y el respeto a las garantías.

2º El de la exposición por el órgano judicial de las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada.

3º El de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante (SSTC. 169/86, 107/89, 384/93, 206/94m, 24/97, 81/98, 189/98, 1/99, 235/2002, 300/2005, 66/2006).

En definitiva, en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la inmediación de que se dispuso -y de la que carece como es obvio esta Sala casacional- se puede decir con la STS. 90/2007 de 23.1 , que aborda precisamente esta cuestión, que en el momento actual, con independencia de la introducción de la segunda instancia, es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada, todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria --*art. 9-3º* --, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos.

CUARTO: En el caso que nos ocupa la sentencia de instancia, fundamento jurídico segundo, con relación al apartado B) de los hechos probados tiene en cuenta la declaración del testigo Jesús Carlos , que entiende corroborada por el contenido de las conversaciones telefónicas que mantenía con el recurrente y las declaraciones del testigo Simón , sin desconocer que aquel testigo negó durante el juicio oral cuanto había dicho en fase de instrucción.

En este extremo esta Sala tiene declarado SSTs. 450/2007 de 30.5, 304/2008 de 5.6, 1238/2009 de 11.12 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 nº 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 valorada como material probatorio, es preciso que se incorpore al plenario sometiéndose 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, contradicción 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 intermediación 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 intermediación, 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 procedido la Sala de instancia, al señalar que llama la atención que en su declaración ante el Juzgado manifestara de forma expresa que no se había sentido presionado cuando declaró ante la Policía, llegando a decir, tras preguntarle si fue a Comisaría con miedo "que no va con miedo a ningún sitio" y destacar que no se ha puesto de manifiesto ningún motivo racional para afirmar que se hubiera presionado a este testigo para que este faltara a la verdad en su declaración judicial, en la que admitió que había comprado cocaína a Efrain en varias ocasiones en el mes de julio 2004 y que solía comprar un gramo de cocaína al precio de 60 E, añadiendo que en las conversaciones telefónicas mantenidas con este recurrente -cuando hablaban de whisky y de vino o usaban expresiones como "la cosa" o "el plan" se referían en realidad a la droga; para concluir que incluso, en el propio acto del juicio y pese a la retractación aludida, dicho testigo llegó a manifestar que en alguna ocasión "puede que yo le haya invitado a Efrain o él a mí", refiriéndose a sustancias estupefacientes.

Declaración testifical que la Sala entiende corroborada por el testimonio de Simón , persona que había trabajado como camarero en el club y al parecer también ocasionalmente como encargado, que si bien no llegó a admitir que hubiera presenciado directamente actos de venta de cocaína por parte de Efrain , si declaró tanto en Comisaría como en el Juzgado, haber tenido conocimiento de que el recurrente se dedicaba a ello y que algunos clientes se iban con Efrain a una dependencia reservada o salían del local, a fin de realizar las transacciones en la mayor intimidad.

Nos encontraríamos ante un testimonio de referencia que si puede ser valorado por la Sala. Como decíamos en SSTS. 667/2008 de 5.11 y 957/2007 de 28.11 , nuestro sistema procesal admite de manera expresa la figura del testigo de referencia, *art. 710 LECrim .*, siendo éste la persona que no proporciona datos obtenidos por la percepción directa de los acontecimientos, sino la versión de lo sucedido obtenida a través de manifestaciones o confidencias de terceras personas.

Es cierto, que en general, toda testifical deber versar, en principio, sobre los hechos que son objeto de enjuiciamiento y no sobre el resultado de un medio de investigación o de prueba testifical pero ello no obsta, para que en el supuesto de que existiera controversia sobre la validez de un determinado medio de investigación o de prueba se practique prueba -incluso testifical- para poder tener elementos de juicio para resolver la cuestión; en otro orden, cuando la controversia puede verse sobre la credibilidad o fiabilidad de ciertos testigos, evidentemente se puede practicar prueba al respecto, y su alcance será solo tal controversia. Así el *art. 710 LECrim .* deberá interpretarse como habilitación legal para dar relevancia al testigo de referencia, no para dilucidar el hecho que es objeto de enjuiciamiento, sino sobre la fiabilidad y credibilidad de un determinado testigo, por ejemplo, para valorar como corroboración periférica lo declarado por el testigo directo en caso de que la prueba de cargo se halle integrada sólo por la declaración de éste.

En definitiva las manifestaciones que realizó en su día la víctima o testigo directo de los hechos objeto de acusación debe ser necesariamente objeto de contradicción por el acusado o por su Letrado en el interrogatorio del juicio oral, y por ello no se puede inferir que el principio de intermediación permite sustituir un testigo directo por otro de referencia, pero no obstante la testifical de referencia si puede formar parte del acervo probatorio en contra del reo, siempre que no sea la única prueba de cargo sobre el hecho enjuiciado y siempre con independencia de la posibilidad o no de que el testigo directo puede deponer o no en el juicio oral.

El testigo de referencia podrá ser valorado como prueba de cargo -en sentido amplio- cuando sirva para valorar la credibilidad y fiabilidad de otro testigo -por ejemplo testigo de referencia que sostiene sobre la base de lo que le fue manifestado por un testigo presencial, lo mismo o lo contrario, o lo que sostiene otro

testigo presencial que si declara en el plenario-, o para probar la existencia o no de corroboraciones periféricas -por ejemplo, para coadyuvar a lo sostiene el testigo único-.

Ello no impide para que el testigo de referencia pueda valorarse, como cualquier otro testigo, en lo que concierne a hechos objeto de enjuiciamiento que haya apreciado directamente y a hechos relativos a la validez o fiabilidad de otra prueba, en este caso el testimonio de Jesús Carlos que había manifestado haber comprado droga a Efrain en varias ocasiones.

QUINTO: El motivo quinto al amparo del art. 851.1 LECrim . por estimar que existe falta de claridad en los hechos probados en cuanto al apartado B por cuanto que los únicos que se declaran probados carecen de indicios necesarios para considerar a Efrain culpable del delito que se le ha impuesto y a pesar de estos, en los fundamentos de derecho se realizan unas elucubraciones que carecen de apoyatura probatoria.

El motivo debe ser desestimado por cuanto el recurrente desenfoca la vía casacional del art. 851.1 LECrim ., vicio in iudicando.

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

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

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

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

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

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

Ahora bien la falta de claridad no se integra por las meras omisiones de datos fácticos en el relato de hechos probados, ya que como la contradicción, es vicio puramente interno del mismo que solo surge por omisiones sintácticas o vacíos de comprensibilidad que impiden conocer qué es lo que el Tribunal consideró o no probado, siempre que la incorporación del relato esté directamente relacionada con la calificación jurídica y que la falta de entendimiento o incomprensión del relato provoque una laguna o vacío en la descripción histórica de los hechos (SSTS. 235/2000, 24.3.2001, 23.7.2001, 1.10.2004, 2.11.2004, 12.11.2004, 28.12.2005).

Desde esta perspectiva no se aprecia falta de claridad alguna en el apartado B del relato fáctico en cuanto recoge que " *Efrain se valía asimismo del establecimiento que regentaba para distribuir cocaína mediante precio a distintos compradores, uno de los cuales era Jesús Carlos , a quien suministró la expresada sustancia estupefaciente en varias ocasiones durante el mes de julio de 2004 ,-conducta ésta subsumible en el art. 368 CP - para a continuación relatar como concertaban las transacciones: mediante*

conversaciones telefónicas en las que, en vez de llamarse por sus respectivos nombres, lo hacían como "soldado" y "soldadito", y refiriéndose en dichas conversaciones a la cocaína como botellas de vino o de whisky, cantidad vendida en cada ocasión: un gramo de cocaína y precio pagado sesenta euros, y como el día 18 de diciembre de 2004, en el registro de dos habitaciones del establecimiento se encontraron en un envoltorio de plástico conteniendo cocaína con un peso neto de 0,78 gramos y una riqueza media del 43,1 por ciento y otro envoltorio con la misma sustancia con un peso neto de 0,67 gramos y una riqueza media del 50,6 por ciento, así como una sustancia vegetal que resultó ser marihuana con un peso neto de 1,42 gramos y una riqueza media del 7,5 por ciento.

Consecuentemente no se aprecia vacío alguno en la descripción histórica del hecho que se declara probado, que origina incompreensión de su sentido y que impida su calificación jurídica.

RECURSO INTERPUESTO POR Valentina .

SEXO: El recurso primero referido al art. 849.1 LECrim . por indebida aplicación del art. 312.2 , art. 66.6 CP . y restantes normas del ordenamiento jurídico.

El motivo en cuanto se remite a la jurisprudencia indicada en el mismo ordinal del recurso interpuesto por el coacusado Efrain debe ser igualmente estimado, dado que la única cuestión que se le atribuye a esta recurrente en los hechos probados es que imponía multas a las mujeres si faltaban al trabajo sin justificar su ausencia por enfermedad. Con independencia de que este hecho aislado pueda suponer una condición laboral restrictiva de los derechos de todo trabajador al no poder equipararse a la "baja productividad" a la que se refiere la STS. 30.5.2003 , lo cierto es que tal extremo, que en el acto del juicio oral fue expresamente negado por una de las prostitutas Angelica , quien manifestó que por no trabajar no se les imponía multa (acta del juicio, Pág. 20), solo aparece en las declaraciones prestadas en Comisaría por Virtudes (folio 411), declaraciones que no fueron ratificadas en el juicio oral en este punto concreto, y no podemos olvidar -como ya hemos precisado en motivos anteriores- que el art. 714 LECrim . en relación a la posibilidad de valorar declaraciones anteriores, se refiere expresamente a las prestadas "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 . (SSTC. 23.2.95, 14.10.97, SSTS. 1.12.95, 12.7.2000).

Por ello, una declaración testifical incriminatoria 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, ni aún con su lectura en el plenario de acuerdo con el art. 714 LECrim ., porque tal lectura no muda la naturaleza del atestado y de todas las diligencias que la integran, ya que sólo la única autoridad dotada de su suficiente independencia para generar actos de prueba es el propio Juez de Instrucción; nótese que el mismo art. 714 de la LECrim al referirse a la diversidad de declaraciones del testigo, se refiere a las prestadas «en el sumario», y por tal no puede estimarse el atestado policial que sólo se integra por actos de investigación que, a lo sumo, pueden ser fuentes de prueba pero no prueba en sí mismos, porque no forman parte de la encuesta judicial en sentido propio (STS 918/2004 de 26.7).

Consecuentemente el motivo deberá prosperar con la subsiguiente absolución de Valentina del delito contra los derechos de los trabajadores extranjeros por el que había sido condenada, siendo innecesario el estudio de los restantes motivos de su recurso.

RECURSO INTERPUESTO POR Anibal

SEPTIMO: El motivo primero por infracción de precepto constitucional del principio de presunción de inocencia, art. 24 CE , al amparo del art. 5.4 LOPJ . y art. 852 LECrim . al basarse la condena en las declaraciones efectuadas por Agentes de la Autoridad, miembros de la Policía Nacional, núm. NUM000 y NUM001 , así como en las de los testigos Angelica y Simón , de las que no puede deducirse que el recurrente se dedique a la venta de sustancias estupefacientes, al ser la cantidad que éste tiró al suelo, ante el registro policial, nimia, sin que existiesen instrumentos adecuados para traficar y siendo su capacidad económica alta y el dinero que le fue intervenido, procedente de la recaudación de ese día del pub que regentaba. Retomando lo ya expuesto en el motivo cuarto del recurso de Efrain cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

-en primer lugar, debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo,

entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen dicho acto. Contradicción, intermediación, publicidad e igualdad.

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

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

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

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

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

En síntesis, reiteramos que los cuatro puntos cardinales del control casacional en relación al derecho a la presunción de inocencia se concretan en la verificación de si existió prueba constitucionalmente obtenida, legalmente practicada, suficiente y racionalmente valorada --STS 987/2003 de 7 de Julio --.

OCTAVO: En el caso presente la sentencia de instancia considera acreditada la tenencia por parte del recurrente de dos trozos de hachís con un peso neto de 1,0 gramos, un envoltorio de plástico conteniendo cocaína con un peso neto de 4,48 gramos y riqueza media del 82,3%, y una bolsita de celofán con tres envoltorios de plástico de 2,62 gramos, y una riqueza media del 38,6%, sustancias -cuya posesión ha negado Anibal - de las que intentó deshacerse en el registro policial, valorando para ello las testificales del agente nº NUM000 (Pág. 19 del acta del juicio), que en el plenario declaró que se le asignó la vigilancia de Anibal y que metió la mano en el bolsillo para tirar algo al suelo y alejarlo con la pierna, hallándose el acusado junto a la puerta de la cocina en donde hay una nevera, y del Inspector Jefe del Grupo operativo de extranjeros nº NUM001 (folio 14 del acta) Remigio , que señaló como también pudo ver cómo el acusado trataba de esconder algo empujándolo con la pierna.

Es cierto en este extremo que no son medios de prueba la declaración de los policías vertidas en el atestado, siendo necesario que, de conformidad con lo establecido en los *arts. 297.2 y 717 LECrim .*, tales funcionarios prestan declaración en el juicio oral, debiendo en tales casos ser apreciadas sus manifestaciones como declaraciones testificales en cuanto se refieren a hechos de conocimiento propio (STC. 100/85).

En este sentido, hemos dicho en SSTS. 792/2008 de 4.12, 181/2007 de 7.3 , el *art. 717 LECrim*.

dispone que las declaraciones de las autoridades y funcionarios de la Policía Judicial tendrán el valor de declaraciones testificales apreciables, como éstas, según las reglas del criterio racional. Así tiene declarado esta Sala, STS. 2.4.96 , que las declaraciones testificales en el plenario de los agentes de la Policía sobre hechos de conocimiento propio, al estar prestadas con las garantías procesales del acto, constituyen prueba de cargo, apta y suficiente, para enervar la presunción de inocencia; STS. 2.12.98 , que la declaración de los Agentes de Policía prestadas con las garantías propias de la intermediación, contradicción y publicidad, es prueba hábil y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, correspondiente su valoración, en contraste con las demás pruebas, al Tribunal de instancia, por cuanto la relevancia del juicio oral reside en la posibilidad que tiene el Juez de percibir directamente las pruebas que se desarrollan, que en el caso de la prueba testifical adquiere una mayor importancia, al poder discernir las condiciones del testigo el origen de su conocimiento, su capacidad de comprensión de la realidad, lo que, en definitiva, se resume en la fuerza de convicción de sus testimonios; y en STS. 10.10.2005 que precisa que las declaraciones de autoridades y funcionarios de la Policía Judicial tendrán el valor de declaraciones testificales, apreciables como éstas, según las reglas del criterio racional. Estos funcionarios llevan a cabo sus declaraciones de forma imparcial y profesional, en el sentido de que no existe razón alguna para dudar de su veracidad, cuando realizan sus cometidos profesionales, teniendo las manifestaciones que prestan un alto poder convictivo, en cuanto no existe elemento subjetivo alguno para dudar de su veracidad, precisamente en función de la profesionalidad que caracteriza su cometido profesional, la formación con la que cuentan y la inserción de la policía judicial en un estado social y democrático de Derecho, como es el nuestro, todo ello de conformidad con los arts. 104 y 126 CE .

Valoración probatoria que debe asumirse por esta Sala al no constar ninguna circunstancia que haga irrazonable la apreciación de esta prueba, pues la relevancia del juicio oral reside en la posibilidad que tiene el Juez de percibir directamente las pruebas que se desarrollan, que en el caso de prueba testifical adquiere una mayor importancia, al poder discernir las condiciones del testigo, el origen de su conocimiento, su capacidad de comprensión de la realidad, lo que en definitiva, se resume en la fuerza de convicción de sus testimonio. El Juez "a quo" analiza los testimonios de cargo y le lleva a la convicción establecida en el relato de hechos. Como decía la STS. 3.1.2000 " en el proceso penal el testigo se limita a participar al Tribunal unos hechos desprovistos de cualquier valoración que el testigo puede realizar y su testimonio será eficaz o no para el enjuiciamiento y meditación de los hechos en función de lo que haya visto y presenciado, lo comunique al Tribunal del enjuiciamiento que lo valorará teniendo en cuenta la capacidad de percepción y convicción del testigo".

Acreditada, por tanto, esa tenencia de las sustancias por el recurrente, esto es el aspecto objetivo del delito del *art. 368 CP* , es preciso, tratándose de tenencia con destino al tráfico -como decimos en SSTS. 117/2009 de 27.2, 1183/2009 de 1.12 - 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 frecuente 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, entendiéndose 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.

En el caso presente la sentencia impugnada infiere tal ánimo de tráfico del dato que si bien las cantidades intervenidas están en los límites de los fijados por esta Sala en el Pleno de 19.10.2001 , siguiendo el criterio del Instituto Nacional de toxicología, su forma de distribución no en un único envoltorio sino en varias bolsitas y en algunas de ellas con distintas cantidades y variedades de sustancias, y las testificales de Angelica , que en aquellos momentos prestaba servicios en el club, en el sentido de que tenía entendido que Anibal traía cocaína al club a menudo, y si bien ella nunca le vió vender si había oído comentarios en tal sentido, y de Simón en similar sentido, precisando que el acusado iba muchas veces al baño con clientes y que por referencias de otras personas y por las propias visitas al baño, había que pensar que vendía cocaína.

El recurrente impugna esta última declaración por entender que para que las mismas pudieran tomarse en cuenta a la hora de dictar sentencia, se deberían haber leído en la Sala, ya que como consta en el Acta del Vista, el citado testigo no compareció pese a que estaba citado en forma, no solicitando el Ministerio Fiscal, ni ninguna de las partes personadas la suspensión de la vista, ni que se leyese sus declaraciones para su contradicción ante el Tribunal.

Impugnación que no puede sostenerse pues si bien la lectura conforme al *art. 730 LECrim* . requiere que la presencia del testigo no fue fuera posible, pues de otra forma, queda injustificada la utilización como prueba de cargo de sus declaraciones sumariales, dado que su lectura está subordinada a la imposibilidad de contar con el testimonio directo de su autor, lo cierto es que en el caso presente ante la incomparecencia de este testigo y otros en la primera sesión del juicio oral celebrada el 24.2.2009, la Sala previa petición del Ministerio Fiscal acordó la suspensión del juicio y nueva citación de los testigos incomparecidos, señalándose a continuación del juicio para el 23.3.2009, y hasta nueva sesión si compareció Simón sometiéndose sus declaraciones anteriores al debate contradictorio de todas las partes.

Consecuentemente estas declaraciones si pueden ser tenidas en cuenta por la Sala, partiendo del hecho probado de la ocupación en poder del recurrente de distintas sustancias, de su conducta ante la presencia policial intentando, primero, deshacerse de ellas, y negando, después, que poseyera droga alguna, para inferir que aquella droga estaba destinada a su distribución a terceros, inferencia que es conforme a las reglas de la lógica y máximas de experiencia, atendida la negativa de la posesión, no obstante acreditada por prueba directa, y la no constancia, siquiera, de su condición de drogadicto.

El motivo, por lo expuesto se desestima.

NOVENO: El motivo segundo, por error en la apreciación de la prueba, art. 849.2 LECrim. y tercero , por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim. por aplicación incorrecta del art. 368 CP . en relación con el art. 29 CP . en cuanto se remiten al motivo precedente, deben seguir igual suerte desestimatoria.

DECIMO: Estimándose parcialmente el recurso interpuesto por Efrain y en su totalidad en lo concerniente a Valentina se declaran de oficio las costas del mismo, y desestimándose el planteado por Anibal , se le imponen las costas causadas en su tramitación, *art. 901 LECrim* .

III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación**, interpuesto por **Efrain y Valentina** , contra sentencia de 9 de junio de 2009, dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, Sección Primera, en causa seguida contra los mismos por delitos de los derechos de los trabajadores extranjeros y salud pública, y en su virtud **CASAMOS Y ANULAMOS DICHA RESOLUCION**, dictando nueva sentencia más acorde a derecho, declarando de oficio las costas del recurso.

Y debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por **Anibal** , contra la referida sentencia, condenándole al pago de las costas del recurso.

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 firmamosD. Julian Sanchez Melgar D. Perfecto Andres Ibañez D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre **D. Alberto Jorge Barreiro** D. Jose Antonio Martin Pallin

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Marzo de dos mil diez.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Huesca, y fallada posteriormente por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Huesca; y que fue seguida por delito contra los derechos de los trabajadores, y contra la salud pública, contra Efrain , nacido en Sevilla el 8.9.1952, hijo de Venancio y Dolores, con DNI. NUM002 , cuyos antecedentes penales no constan y en situación de libertad provisional por esta causa tras haber sido cautelarmente privado de libertad los días 18, 19 y 20.12.2004; Anibal , nacido en Huesca el 289.5.1962, hijo de Julio y Teresa, con DNI. NUM003 , cuyos

antecedentes penales no constan y en situación de libertad provisional por esta causa tras haber sido cautelarmente privado de libertad los días 18,19,20.12.2004; Valentina , nacida en Marceio (Brasil) el 13.1.1967, hija de María Das Dores, con pasaporte NUM004 , cuyos antecedentes penales no constan y en situación de libertad provisional por esta causa tras haber sido cautelarmente privada de libertad los días 18,19 y 20.12.2004; la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, hace constar los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Se aceptan los de la sentencia recurrida, incluidos los hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Tal como se ha razonado en los fundamentos jurídicos 1º y 6º de la sentencia precedente los hechos probados no constituyen en relación a Efrain y Valentina el delito contra los derechos de los trabajadores extranjeros, *art. 312.2 CP* .

III. FALLO

Que manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, Sección Primera de fecha 9 de junio de 2.009, **debemos absolver y absolvemos a Efrain y Valentina** del delito contra los derechos de los trabajadores extranjeros por el que habían sido condenados, declarando de oficio las costas correspondientes.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Julian Sanchez Melgar D. Perfecto Andres Ibañez **D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Alberto Jorge Barreiro** D. Jose Antonio Martin Pallin

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