

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 425/2009, de 14 de abril de 2009

Sala de lo Penal

Rec. n.º 1451/2008

SUMARIO:

El trabajo de los extranjeros en España. Cuestiones generales. Delitos contra los derechos de los trabajadores. Promoción de la inmigración ilegal. Inexistencia. Trabajadoras que aceptan voluntariamente venir a España para ejercer la prostitución. Al margen de razones de moralidad, tales actividades por cuenta propia pueden ser consideradas como una actividad económica que si se presta en las condiciones aceptables por el Estatuto de los Trabajadores, no puede ser incardinada en el delito del art. 312 del CP, que castiga a los que ofrecen condiciones de trabajo engañosas o falsas o emplea a ciudadanos extranjeros en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. En los casos en los que, como aquí acontece, no existe violencia, intimidación, engaño, abuso de superioridad, especial vulnerabilidad de la víctima, minoría de edad o incapacitación de la misma, ni puesta en peligro de la vida o integridad física de la víctima, la conducta no es subsumible en el precepto antes aludido.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 312 y 318 bis.1 y 2.

PONENTE:

Don José Antonio Martín Pallín.

Excmos. Sres.:

D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

D. Julián Sánchez Melgar

D. José Ramón Soriano Soriano

D. José Manuel Maza Martín

D. José Antonio Martín Pallín

EN NOMBRE DEL REY

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Abril de dos mil nueve.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto los recursos de casación por infracción de ley, interpuestos por los procesados B..., M... y C..., contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 5.ª, que los condenó por delitos de promoción de la inmigración ilegal y contra los derechos de los trabajadores. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, estando los procesados recurrentes representados por la Procuradora Sra. R... B... Ha sido Magistrado-Ponente el Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín.

ANTECEDENTES

1. El Juzgado de Instrucción número 7 de Vigo, instruyó sumario con el número 2/2006, contra y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 5.ª que, con fecha 30 de Abril de 2008, dictó sentencia que contiene el siguiente HECHO PROBADO:

ÚNICO. M... y B..., unidos por relación de pareja análoga a la matrimonial, regentaban dos clubes en la ciudad de Vigo, denominados uno Mamba Negra sito en la Avenida de Castrelos..., y otro Skorpio sito en la

Avenida de la Hispanidad; a tal efecto habían creado la sociedad Borges Ferreira S.L. en escritura de fecha 16 de enero de 2006.

M... y B... participaban además en la gestión y explotación de club Sherathon sito en Verín que regentaba C... A tal efecto B... y C... constituyeron una sociedad civil denominada Fernández y Atanes S.C. en escritura de fecha 1 de enero de 2006.

En los clubes anteriormente mencionados, bajo el control y la supervisión de M... y B... en los denominados Mamba Negra y Skorpio, y de C... en el denominado Sherathon, se empleaba a mujeres para el ejercicio de la prostitución y el alterne. Los acusados imponían las normas de funcionamiento fijando los precios mínimos de las copas y los servicios sexuales y los horarios. El pago de las copas y de los servicios sexuales eran realizados por los clientes a los encargados o a los camareros; al finalizar la noche los acusados o los encargados entregaban a cada una de las mujeres la parte que le correspondiera según el número de copas consumidas o servicios sexuales prestados, una vez deducida la parte correspondiente al club, así como el coste del alojamiento y manutención a las mujeres a las que se prestaba tales servicios en los clubes.

A principios del año 2006 M... y B..., con el conocimiento y consentimiento de C..., introdujeron como turistas en nuestro país a mujeres brasileñas para que ejercieran la prostitución y el alterne en sus locales.

En el caso de A..., los acusados contactaron en Brasil con una persona identificada únicamente por el nombre de A... que fue quien la convenció para que viniera a España a ejercer la prostitución en los locales de los acusados. Las condiciones en que A... aceptó prestar tales servicios fueron que debía devolver a los acusados la cantidad de 2.500 euros como coste del transporte aéreo asumido por los acusados, denominado «billete», y que tal devolución se haría quedándose estos la mitad de lo pagado cada día por los clientes del local a cambio de las relaciones sexuales que aquella mantuviera y de las copas a que fuera invitada, mientras que la otra mitad se le entregaría a ella; también se le dijo que podía descansar un día a la semana.

En el caso de P..., los acusados contactaron en Brasil con una persona identificada únicamente por el nombre de F... que fue quien la convenció para que viniera a España a ejercer la prostitución en los locales de los acusados. Las condiciones en que P... aceptó prestar tales servicios fueron que debía devolver a los acusados la cantidad el coste del transporte aéreo asumido por los acusados, denominado «billete», y que tal devolución se haría descontándose estos de lo pagado cada día por los clientes del local a cambio de las relaciones sexuales que aquella mantuviera y de las copas a que fuera invitada.

Una vez que las chicas aceptaban M... y B... adquirirían un billete de avión de ida y vuelta a la ciudad de Vigo. Tras ello facilitaban a la chica el número de localizador del billete electrónico y le daban recomendaciones de cómo aparentar ante los funcionarios de frontera su condición de turista, a cuyo fin, además y en el caso de A..., a través de los contactos le entregaban una cantidad de dinero en metálico de 500 euros. Con ello, y dado que las fechas de ida y vuelta de los billetes no diferían en más de tres meses, los acusados lograban que las mujeres brasileñas accedieran a territorio español aparentando ser turistas y ocultando la verdadera finalidad de quedarse para ejercer la prostitución y el alterne.

Los acusados o alguno de sus empleados recogían a la chica en el aeropuerto de Vigo y, tras quitarle el dinero que le hubieran dado para el pase de la frontera, las trasladaban al club al que estuviera destinada, generalmente los denominados Mamba Negra, lo que sucedió con A..., que llegó a España el 1 de febrero de 2006, y P..., que llegó a España el 12 de febrero de 2006 pero también, en alguna ocasión, al denominado Sherathon, lo que sucedió con S... que llegó a España el 21 de abril de 2006.

En el club Mamba Negra las mujeres que fueron trasladadas al mismo, ya citadas, mientras no abonaron el precio del billete hubieron de ejercer la prostitución y el alterne en un horario diario de 19:00 horas de la tarde hasta las 4 ó 5 de mañana del día siguiente, debiendo además residir en el local. Mientras no se llegaba al completo pago del billete M... y B... se apropiaban de la totalidad de lo obtenido por las mujeres por los servicios que prestaban, aunque en el caso de P... a los doce días comenzaron a entregarle una parte de lo obtenido. Ambos acusados, además, instauraron un sistema de multas por llegar tarde a la hora de inicio del trabajo, por hablar alto, por dar el número de teléfono a clientes, por salir sin permiso, que se descontarían de lo obtenido por los servicios realizados.

Además M... y B... fueron quienes adquirieron los billetes de avión usados para entrar en España de las siguientes mujeres que fueron identificadas en el interior del club Mamba Negra durante el registro judicial practicado el 10 de junio de 2006: E..., NIE NÚM000, que entró procedente de Brasil el 9 de febrero de 2006 en vuelo Manaus-Vigo; J... con pasaporte de Brasil NÚM001, entró procedente de Brasil el 13 de abril de 2006 en vuelo Manaus-Vigo; M..., con pasaporte de Brasil NÚM002, entró procedente de Brasil el 16 de marzo de 2006 en vuelo Manaus-Vigo; R..., con pasaporte de Brasil NÚM003, entro procedente de Brasil el 17 de marzo de 2006 en vuelo Manaus-Vigo; A... M..., con pasaporte de Brasil NÚM004, entró procedente de Brasil el 19 de marzo de 2006 en vuelo Manaus-Vigo; C..., con pasaporte de Brasil NÚM005, entró procedente de Brasil el 11 de abril de 2006 en vuelo San Luis Vigo; I..., con pasaporte de Brasil NÚM006, entró procedente de Brasil el 18 de febrero de 2006. También adquirieron el billete de avión usado para entrar en España por M..., que procedente de Brasil entró en España el 19 de marzo de 2006, y abandonó el Club Mamba Negra en fecha no determinada; el usado por R..., con pasaporte de Brasil NÚM007, que entró procedente de Brasil el 4 de febrero de 2006, y abandonó el

Club Mamba Negra el 8 de febrero de 2006; el usado por L..., con pasaporte de Brasil NÚM008, que entró procedente de Brasil el 4 de febrero de 2006, y abandonó el Club Mamba Negra el 8 de febrero de 2006 y el usado por B..., con pasaporte de Brasil NÚM009, entró en España el 24 de abril de 2006 en vuelo Sao Luis Fortaleza-Sao Paulo-Madrid-Vigo, y fue identificada en el club Sherathon en el registro judicial practicado el 10 de junio de 2006.

2. La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: Se condena a B... como autor y criminalmente responsable de un delito promoción de la inmigración ilegal sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de seis años de prisión, con inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y como autor de un delito contra los derechos de los trabajadores a la pena de dos años y seis meses de prisión y multa de nueve meses a razón de 50 euros diarios (con responsabilidad personal de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas), con inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al pago de de dos onceavas partes de las costas procesales.

Se condena a M... como autora y criminalmente responsable de un delito promoción de la inmigración ilegal sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de seis años de prisión, con inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y como autora de un delito contra los derechos de los trabajadores a la pena de dos años y seis meses de prisión y multa de nueve meses a razón de 50 euros diarios (con responsabilidad personal de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas), con inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al pago de de dos onceavas partes de las costas procesales.

Se condena a C... como autor y criminalmente responsable de un delito promoción de la inmigración ilegal sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de seis años de prisión, con inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al pago de de una onceava parte de las costas procesales.

Se condena a B... y a M... a que solidariamente indemnicen a A... ya a P... en la cantidad de siete mil euros a cada una de ellas.

Se declara la disolución de las sociedades Borges Ferreira, S.L. Y Fernández y Atanes, S.C.

Se absuelve a B... y a M... de los delitos del artículo 188.1 del Código Penal de los que habían sido acusados, declarando de oficio seis onceavas partes de las costas procesales.

Contra la presente resolución podrá interponerse recurso de casación.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de Casación, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por infracción de Ley o quebrantamiento de forma, en el plazo de CINCO DÍAS, a contar desde la última notificación.

3. Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por los procesados, 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.

4. La representación de los procesados B... y M..., basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

PRIMERO. Al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y art. 5.º 4 de la L.O.P.J., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en la modalidad del derecho a juez imparcial

SEGUNDO. Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del art. 312.2 del Código Penal.

TERCERO. Al amparo del art. 5.º 4 de la L.O.P.J. y del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del principio de tutela judicial efectiva, proclamada en el art. 24 de la Constitución española, en su modalidad del derecho a la motivación suficiente de la resolución, así como del arts. 120 y 9.º 3, ambos del texto constitucional, que garantiza la interdicción de arbitrariedad.

CUARTO. Al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el art. 5.º 4 de la L.O.P.J., por vulneración del art. 24 de la Constitución española, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, y art. 2.º del texto constitucional, en relación con el derecho de defensa.

QUINTO. Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración -inaplicación- del art. 66.1.6.ª del Código Penal.

SEXTO. Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación de la exigencia obrante en el art. 50.5 del Código Penal.

SÉPTIMO. Al amparo del art. 5.º 4 de la L.O.P.J. y del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del principio de tutela judicial efectiva, en el art. 24 de la Constitución española, en su modalidad del derecho a la motivación suficiente de la sentencia, así como del art. 120 y 9.º 3 de dicho texto constitucional que

garantiza la interdicción de arbitrariedad, en relación con la aplicación de la circunstancia agravatoria específica obrante en la 2.ª circunstancia del art. 318 bis por explicación del propósito de «explotación sexual».

5. La representación del procesado C..., basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

PRIMERO. Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del art. 318.1.2 del Código Penal.

SEGUNDO. Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del art. 318.1.2 del Código Penal.

TERCERO. Al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el art. 5.º 4 de la L.O.P.J., por vulneración del derecho a la tutela de jueces y tribunales, en su modalidad de derecho a juez imparcial.

CUARTO. Al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el art. 5.º 4 de la L.O.P.J., por vulneración del derecho de defensa contenido en el art. 24 de la Constitución española, y vinculado, el derecho a la tutela judicial efectiva y por denegación de prueba testifical, considerando vulnerado el art. 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

QUINTO. Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración por inaplicación del art. 66.1.6.ª del Código Penal.

SEXTO. Al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el art. 5.º 4 de la L.O.P.J., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia proclamada en el art. 24 de la Constitución española.

6. Instruidas las partes de los recursos interpuestos, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 21 de Octubre de 2008, evacuando el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, interesó la inadmisión de los motivos de los recursos que, subsidiariamente, impugnó.

7. Por Providencia de 26 de Febrero de 2009 se declaró el recurso admitido y quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

8. Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación el día 31 de Marzo de 2009.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Los condenados F... (o M... y B... suscitan, en el primer motivo, una cuestión que afecta a la imparcialidad objetiva del Tribunal que ha dictado la sentencia que se recurre.

1. Realiza una meritoria síntesis de las circunstancias en que se produjo la intervención de la Presidenta del Tribunal respecto del interrogatorio de las testigos que conviene señalar de antemano que declaraban desde Brasil por videoconferencia. En síntesis, viene a mantener que la Presidente, con sus intervenciones, pretendía conocer si la recurrente M... estaba involucrada en la inmigración ilegal de la testigo interrogada. El Ministerio Fiscal no formuló preguntas sobre dónde y cómo se pagó el billete y cuáles eran las normas del negocio. La Presidenta suplió lo que consideró inoperancia interrogadora del Ministerio Fiscal, en perjuicio de la defensa. Cualquier intervención de la Presidente del Tribunal o del Ponente tratando de aclarar conceptos o de profundizar en la obtención de datos está permitida por nuestra ley procesal. Ahora bien, se advierte reiteradamente por la jurisprudencia que el uso de esta facultad debe hacerse con moderación y sin romper el equilibrio con la parte a la que perjudique la indagación.

2. El principio de intervención mínima del Presidente o Presidenta del Tribunal debe ser una pauta normal de comportamiento, pero ello no quiere decir que la ley imponga una absoluta pasividad en la averiguación de los hechos bajo pena de perder la imparcialidad.

El artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no es el único que regula la actuación de la Presidenta o incluso de los componentes del Tribunal en las sesiones del juicio oral. En primer lugar, el artículo 693 establece que la Presidencia hará las preguntas sobre la conformidad con claridad y precisión y exigirá contestación categórica. Ello quiere decir que, por el principio de buena fe procesal no puede convertirse el trámite en una rutina sino que se debe matizar, aclarar y explicar las razones que han justificado la calificación jurídica de los hechos y, sobre todo, las bases fácticas que constituyen el objeto de la acusación e incluso se debe advertir de las posibles alternativas con objeto de que, el consentimiento o conformidad sea absolutamente consciente e informado, lo que le lleva necesariamente a adoptar una postura que pudiera sugerir cual sería la posición de la Sala respecto de la causa.

En los artículos 701 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se regula el examen de los testigos que deberán contestar sobre lo que les fuere preguntado sin que la ley haga mayores precisiones. El artículo 708, después de establecer el orden del interrogatorio, termina concediendo a la Presidencia la facultad, no restringida, de dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren. La doctrina y la jurisprudencia coinciden en advertir que se debe hacer un uso moderado de esta posibilidad que también se extiende al Magistrado o Magistrado ponente. El Tribunal Constitucional advierte (STC 188/2000, de 10 de Julio) que esta iniciativa probatoria de oficio no debe encubrir una actividad inquisitoria.

3. El artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos habla de un Tribunal imparcial y, más adelante en el apartado 3, del derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo o de descargo, lo que abre un espacio para la intervención de la Presidencia sin que ello autorice a realizar de manera sorpresiva una averiguación inquisitiva. Del mismo modo, el artículo 6.º 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos sanciona la exigencia de un proceso equitativo e imparcial, lo que implica una llamada de atención sobre la no excesiva involuación de la Presidencia o del Tribunal en la fase del juicio oral.

4. No obstante, debemos señalar que, en el caso presente, se ha limitado a preguntar sobre aspectos relativos a la identificación de los acusados por parte de un testigo que estaba declarando por videoconferencia, por lo que era necesario adoptar medidas encaminadas a la mejor visualización de los imputados. Por lo que se refiere a las preguntas encaminadas a identificar a las personas que esperaban a la testigo en el aeropuerto, se limitaron a concretar este aspecto ante el silencio del Ministerio Fiscal en relación con este punto. Por consiguiente, en absoluto se adoptó una postura inquisitiva encaminada a la averiguación de aspectos ocultos hasta ese momento, sino de precisar datos que ya se conocían en las actuaciones y que convenía reforzar con su corroboración en el acto del juicio oral sin ninguna otra connotación inquisitiva.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

Segundo.

El motivo segundo denuncia la aplicación indebida del artículo 312.2 del Código Penal a los recurrentes.

1. La naturaleza del motivo exige remitirse al hecho probado. Se afirma que los acusados imponían las normas de funcionamiento, fijando los precios mínimos de las copas y de los servicios sexuales. Al finalizar la noche, los acusados entregaban a cada una de las mujeres la parte que les correspondiera, según el número de consumiciones o prestaciones sexuales, así como el coste del alojamiento y manutención de las mujeres que prestaban estos servicios.

Más adelante afirma que, todas las personas contratadas aceptaron venir a España para ejercer la prostitución, así como las condiciones económicas, entre las que se encontraba la devolución de parte del costo del billete aéreo y la concesión de un día de descanso a la semana. En relación con el supuesto que nos ocupa, se añade que instauraron un sistema de multas por llegar tarde a la hora de inicio del trabajo, por hablar alto, por facilitar el número de teléfono a los clientes y por salir sin permiso. El importe de estas sanciones se descontaba de las cantidades obtenidas por los servicios prestados.

2. El artículo 312.2 del Código Penal sanciona a quienes empleen a súbditos (más bien debería referirse a ciudadanos) extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuvieren reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. Nadie discute que se trataba de ciudadanas extranjeras sin permiso de trabajo, que habían entrado en España con una visa turística. Lo verdaderamente trascendente es, si se puede hablar de una restricción de derechos laborales legalmente reconocidos, lo que nos lleva al tema de la naturaleza jurídica de la relación que se establece entre las mujeres que alternan y prestan servicios sexuales en un club y sus empleadores.

3. Esta cuestión ha sido abordada por la jurisdicción laboral en numerosas ocasiones. Se ha considerado como una relación de trabajo que, analizando caso por caso, puede ser englobada en el Estatuto de los Trabajadores.

Según el hecho probado no existe constancia de la inexistencia de condiciones laborales engañosas o falsas y por el contrario, no se encuentran condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos reconocidos por Disposiciones Legales, Convenios Colectivos o contrato individual.

4. La jurisprudencia interpretativa del artículo 312 del Código Penal, siempre ha incluido en su contenido, al empleador que atenta contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores, independientemente de que estos sea legales o ilegales. Lo valorable, a efectos punitivos, son las condiciones de trabajo impuestas. Siempre se ha considerado que comprende a todas aquellas personas que presten servicios remunerados por cuenta ajena, entre las que se deben incluir, según sentencia de esta Sala, de 18 de Julio de 2003, las conocidas como chicas de alterne. Tampoco existe duda sobre el concurso real de la explotación en condiciones de esclavitud de un trabajador con la figura de la inmigración ilegal del artículo 318 bis, apartado 1 y 2, sobre cuya existencia no se alberga duda alguna.

5. Como hemos apuntado la jurisdicción laboral ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de la relación de las personas que ejercen el alterne y la prostitución por cuenta propia. En una Sentencia de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo, de 27 de Noviembre de 2004, se acuerda la inscripción en el Registro de Asociaciones de la Subdirección General de Programación y Actuación Administrativa de la Dirección General de Trabajo, de una Asociación de nombre tan sugestivo como cargado de resonancias históricas (Mesalina), cuya actividad mercantil consiste en la tenencia de hoteles destinados a dispensar productos o servicios a terceras personas ajenas al establecimiento, que ejerzan el alterne o la prostitución por cuenta propia. El debate se centró, como es lógico, no en el alterne sino en el ejercicio de la prostitución, pues como puso de relieve el Abogado del Estado, al recurrir la sentencia de la Sala de lo laboral de la Audiencia Nacional, la explotación de la prostitución ajena no es una relación laboral permitida por nuestro ordenamiento.

6. Por ello, la Sala, manteniendo un exquisito equilibrio, declara que, mientras se trate de prostitución por cuenta propia no hay inconveniente para que se inscriba la asociación y no puede presumirse que la finalidad sea la explotación de la prostitución sino de la hostelería, sin perjuicio que, si en el curso de su actividad futura se detectara la explotación de la prostitución ajena, se puedan adoptar las medidas que legalmente correspondan.

La citada sentencia de la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo, inadmitiendo un Recurso para unificación de doctrina, cita a otras resoluciones de 3 de Marzo de 1981, 25 de Febrero de 1984, 19 de Mayo de 1985 y 4 de Febrero de 1988, además de otra más reciente, de 17 de Noviembre de 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.º 1 del Estatuto de los Trabajadores.

7. La cuestión de 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 no puede solventarse con enfoques morales o concepciones ético-sociológicas, ya que afectan a aspectos de la voluntad que no pueden ser coartados por el derecho sin mayores matizaciones. En el ámbito de la Unión Europea, el Pleno del Tribunal de Justicia, en su sentencia de 20 de Noviembre de 2001, además, de resolver el valor jurídico de los acuerdos de asociación antes del ingreso efectivo de las naciones, en este caso Chequia y Polonia, contempla los efectos sobre la libertad de establecimiento de sociedades y nacionales del Estado en tránsito para la integración. Las reclamantes, ciudadanas checas y polacas, se habían establecido en Ámsterdam en la zona que el propio Tribunal denomina como «prostitutas de escaparate», estaban al corriente de todos sus pagos e impuestos y solicitaron al jefe de Policía, permiso de residencia para trabajar como prostitutas, por cuenta propia.

8. El Tribunal se cuestiona si el artículo 43 de la CE (anteriormente artículo 52 del Tratado CE) considera actividad por cuenta propia la ejercida por una prostituta como una actividad económica más, teniendo en cuenta que la prostitución está prohibida en la mayoría de los países asociados y entraña problemas difíciles de controlar en relación con la libertad de acción e independencia de las prostitutas. El caso solucionado por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo no es exactamente igual que el presente, ya que allí se daba, sin lugar a dudas, el establecimiento por cuenta propia y, en el presente caso, existe una relación que, en determinadas condiciones, nuestra jurisdicción laboral ha considerado como actividad laboral.

9. Del mismo modo, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo afirma, sin dudas ni matizaciones, en el apartado 49 de la sentencia, que la «prostitución constituye una prestación de servicios remunerada que como resulta del apartado 33 de la presente sentencia, es comprendida en el concepto de actividades económicas». Más adelante, en el apartado 50, refuerza su criterio, declara que la actividad de la prostitución ejercida de manera independiente (no es el caso presente), puede considerarse un servicio prestado a cambio de remuneración y, por consiguiente está incluida en ambos conceptos (actividades económicas en un doble sentido, trabajo asalariado o trabajo por cuenta propia).

10. Es decir, admitiendo que la doctrina se refiere a actividades por cuenta propia, no descarta sino que refuerza la tesis de que, al margen de razones de moralidad, pueda ser considerada como una actividad económica que si se presta en condiciones aceptables por el Estatuto de los Trabajadores, no puede ser incardinada en el delito 312 del Código Penal que castiga a los que ofrecen condiciones de trabajo engañosas o falsas o se emplea a ciudadanos extranjeros en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. Remitiéndonos a lo dicho por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre la naturaleza jurídica de la prestación de servicios sexuales voluntariamente, lo cierto es que, en este caso, no tenemos ni concurren ninguno de los elementos del tipo que permitan su aplicación.

11. Así mismo, la jurisprudencia de esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse, en algunos supuestos, en relación con la posible concurrencia del artículo 312.3, con el 318 bis.1 y 2 del Código Penal, es decir, en los casos en los que, como sucede en el presente, no existe violencia, intimidación, engaño, abuso de superioridad,

especial vulnerabilidad de la víctima o su minoría de edad o incapacidad. Por supuesto, según el hecho probado, no se ha puesto en peligro ni la vida ni la integridad física de las personas afectadas.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado.

Tercero.

Denuncia la vulneración del principio de tutela judicial efectiva al considerar que la sentencia califica indebidamente las condiciones de trabajo como «leoninas».

1. En realidad, la cuestión ya ha sido planteada en el motivo anterior habiéndose decantado esta Sala por la inexistencia de condiciones de trabajo que no estén homologadas a cualquier otra que puedan imponerse en el ámbito de una relación laboral homologable. Las multas por llegar tarde, por alzar la voz, en el mundo de la hostelería están normalmente sancionadas y las otras condiciones, a las que ya hemos hecho referencia, resultan normales.

2. Remitiéndonos a lo expuesto con anterioridad, consideramos que los argumentos esgrimidos, no vulneran la tutela judicial efectiva y pueden ser considerados como razonables.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado.

Cuarto.

En el motivo cuarto, por una vía incorrecta, se denuncia la denegación de prueba testifical, conectándola con el quebrantamiento de forma.

1. En realidad, lo que se pretendió en su momento fue la declaración de alguna de las mujeres que estaban en el club para acreditar que existía una relación laboral.

2. Esta cuestión carece de relevancia, pues como ya se ha dicho, se admite la existencia de esta relación.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

Quinto.

Se refiere concretamente a la vulneración del artículo 66 del Código Penal.

1. Se denuncia la falta de individualización de la pena en relación con la figura delictiva más grave, relativa a la inmigración ilegal. Admite que la sentencia hace una referencia a la inexistencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y, también, hace una mención a la gravedad del hecho que afectó a más de una mujer, por lo que existe una base para la individualización.

2. A la vista de lo expuesto, no puede decirse que se haya vulnerado, por silencio u omisión, una razonable explicación de la entidad de la pena. Más adelante, al abordar el mismo motivo formalizado por el otro recurrente, profundizaremos sobre este punto.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

Sexto.

El motivo sexto denuncia la falta de motivación a la hora de fijar las cuotas de los días multa en relación con el artículo 312 del Código Penal.

1. Esta petición estaba subordinada al mantenimiento de la condena por el delito de vulneración de los derechos de los trabajadores.

2. Teniendo en cuenta que se ha considerado la inexistencia de ese delito, el debate carece de sentido.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

Séptimo.

El motivo séptimo insiste en la falta de motivación de la sentencia en relación con la circunstancia agravatoria específica obrante en el apartado segundo del artículo 318 bis del Código Penal.

1. Como puede comprobarse, por el desarrollo del motivo, no cuestiona la existencia del delito de inmigración ilegal, sino la aplicación de la modalidad agravada que se contempla cuando la inmigración ilegal tiene, además, como objetivo, la explotación sexual de las personas que se han introducido ilegalmente en España.

2. El recurrente, en realidad, dedica todos sus esfuerzos a construir una argumentación alternativa, sin que ello suponga que la sentencia haya omitido todo razonamiento sobre la agravante aplicada. Plantea una serie de hipótesis de trabajo, ciertamente sugestivas y dignas de ser examinadas, pero que nada tienen que ver con la realidad enjuiciada en la causa presente.

3. El hecho probado afirma que las mujeres, bajo la supervisión de los recurrentes, se dedicaban al ejercicio de la prostitución y el alterne. Este hecho se obtiene a través de la valoración de la prueba que se realiza en la investigación en la juicio oral. Las declaraciones de los testigos son terminantes. Además, se dispuso de las grabaciones de conversaciones telefónicas que se escucharon en el juicio oral. Toda la prueba se desmenuza analíticamente en el fundamento de derecho primero. Se valora que, además de procurarles la entrada ilegal en España, una vez que llegaban, las recogían y establecían las relaciones que también se constatan de forma indubitada a través del examen de las pruebas de que se ha dispuesto. Todo está perfectamente razonado y no existe espacio para la denuncia que se formula.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

Octavo.

En relación con el Recurso de C..., algunas de cuyas cuestiones se han tratado anteriormente al estar redactado por el mismo letrado, se formaliza un primer motivo al amparo del artículo 318.1.2 del Código Penal.

1. El eje del debate se centra en torno a la afirmación fáctica de que el recurrente conocía y consentía los hechos relacionados con la inmigración ilegal, es decir, que participaba en la actividad de traer a España, con visa turística, a personas que no ostentaban la condición de visitantes ocasionales, sino de personas que venían, una vez en España, con el voluntario propósito de dedicarse al ejercicio de la prostitución. Considera que esta inferencia es arbitraria, con lo que se interna por las vías de la tutela judicial efectiva, lo que nos obliga a examinar los razonamientos de la sentencia para realizar esta afirmación.

2. Los hechos probados se relatan de forma clara, precisa e indubitada. Se afirma que los dos anteriores recurrentes regentaban dos clubes en Vigo y «participaban además en la gestión y explotación» de otro local en la localidad de Verín, con el recurrente. Existían, por tanto, un consorcio para la explotación de la prostitución voluntaria ajena, pero ello no da pie, según el letrado recurrente, para que se le involucre, sin más, en la actividad de contactar, pagar el billete de avión facilitar el paso o entrada en España. Reconoce la actividad de explotación, pero no la de inmigración ilegal.

3. En el hecho probado no se hace referencia alguna a la división de tareas, por lo que difícilmente se puede desmarcar el recurrente de la primera fase de la actividad, inmigración ilegal, sobre todo si se tiene en cuenta que en el relato fáctico se declara la existencia de una sociedad contractual civil, legalmente constituida, entre el recurrente y uno de los anteriores condenados.

Se afirma que, a principios del año 2006, los dos primeros recurrentes con el conocimiento y consentimiento del actual recurrente, introdujeron como turistas en nuestro país a mujeres brasileñas para que ejercieran la prostitución y el alterne en sus locales.

Esta afirmación fáctica, que encierra una declaración de conocimiento y voluntad, no está basada sólo en los mismos hechos probados que ponen de relieve la relación social de los acusados y la finalidad idéntica de su coligación. La sentencia dedica la página 10 para mantener, explicar, racionalizar y justificar la inferencia. Se hace sobre diversos presupuestos. El recurrente recoge en el aeropuerto a algunas de las mujeres brasileñas a su llegada a España. Respecto de una persona, liquidó las cantidades convenidas incluido el pasaje del billete de avión a España. Existen, además, declaraciones de otras mujeres que confirman la participación del recurrente en los contactos para venir a España. En definitiva, el mayor o menor protagonismo en la compra de billetes de avión no es argumento para descartar su participación, lo que determina su autoría en el delito de inmigración ilegal del artículo 318.bis 1 y 2 del Código Penal y su integración en la empresa delictiva desde sus orígenes hasta la explotación sexual, en las condiciones descritas, de las personas a las que se hace referencia en la sentencia.

4. En el motivo segundo insiste sobre el mismo tema y mantiene que sólo intervino cuando la emigración ilegal ya la habían cometido los otros. Es decir, una variante del anterior, por lo que damos por reproducidos los argumentos expuestos.

Por lo expuesto ambos motivos deben ser desestimados.

Noveno.

El motivo tercero de este recurrente reproduce las alegaciones vertidas sobre el juez imparcial.

1. El contenido de las grabaciones que se invocan como demostración del excesivo activismo en los interrogatorios, son idénticos a los anteriormente esgrimidos. Basta con la lectura de los folios 33 y 138 del rollo de Sala para comprobarlo.

2. Nada tenemos que añadir a lo que hemos expuesto con anterioridad.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado

Décimo.

El motivo cuarto denuncia la vulneración del derecho de defensa por denegación de prueba testifical y de lectura de documentos, todo ello relacionado con la tutela judicial efectiva.

1. Advierte que existe un motivo similar respecto de los otros dos condenados, pero que en este caso las pruebas denegadas son específicas del recurrente.

Se trata de dos testigos respecto de los que, una vez propuestas, la Sala, con buen criterio, solicitó aclaración sobre cuál era la finalidad de su testimonio. Se denegó porque no figuraba en las listas que la policía había elaborado sobre las personas que trabajaban en el club que regentaba directamente el recurrente. Estima que podían influir en el valor probatorio del testimonio del testigo que declaró por videoconferencia.

2. Examinado el largo desarrollo del motivo, parece ser que se trataba de trabajadoras del club, lo que nada aportaba al hecho de las condiciones de las relaciones laborales, lo que damos por probado y ya nos hemos pronunciado sobre su valoración jurídica. Los testigos podrían manifestarse sobre las condiciones de trabajo, incluido el pago del billete de avión, pero nada nuevo podían aportar sobre la inmigración ilegal, que está firmemente probada por las declaraciones de otras personas.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

Undécimo.

El motivo quinto de este recurrente denuncia la indebida aplicación del artículo 66 del Código Penal.

1. En definitiva, viene a mantener que la pena se establece sin tener en cuenta los elementos objetivos y subjetivos que proporciona el artículo 66.1.6.^a del Código Penal. La Sala es consciente de la inexistencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, pero atiende a la gravedad del hecho e impone la pena de seis años de prisión, que está prácticamente en el mínimo posible, ya que la pena establecida para este supuesto es la de cinco a diez años de prisión.

2. A la vista de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta que, como hemos dicho, las condiciones laborales no eran leoninas, estimamos que situarse en la mitad de la mitad inferior es lo adecuado a las circunstancias personales y la naturaleza objetiva del caso, sin que la pena pueda considerarse exacerbada.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

Duodécimo.

El motivo sexto suscita la existencia de la presunción de inocencia.

1. En realidad, se trata de una repetición de argumentos que ya hemos examinado en apartados anteriores.

2. Pone de nuevo en cuestión que conociese las actividades de inmigración ilegal de los otros dos recurrentes. Nos remitimos a lo expuesto sobre este particular en apartados anteriores.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

FALLO

FALLAMOS: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de B... y M..., casando y anulando la

sentencia dictada el día 30 de Abril de 2008 por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 5.ª en la causa seguida contra los mismos por delito de promoción de la inmigración ilegal y contra los derechos de los trabajadores. Declaramos de oficio las costas causadas.

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación de C..., contra la sentencia dictada el día 30 de Abril de 2008 por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 5.ª en la causa seguida contra el mismo por delito de promoción de la inmigración ilegal y contra los derechos de los trabajadores. Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

Comuníquese esta resolución, y la que a continuación se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos oportunos, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

SEGUNDA SENTENCIA

Excmos. Sres.:

D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar
D. Julián Sánchez Melgar
D. José Ramón Soriano Soriano
D. José Manuel Maza Martín
D. José Antonio Martín Pallín

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Abril de dos mil nueve.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 7 de Vigo, con el número 2/2006 contra B..., C... y M..., en libertad provisional por la presente causa, en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 30 de Abril de 2008, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen, bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín, que hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTE

1. Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Se dan por reproducidos los fundamentos de derecho segundo y tercero de la sentencia antecedente.
2. En los fundamentos se hace una remisión a los apartados sobre la inexistencia de los delitos contra los trabajadores. Se absuelve a los tres de este delito y a C... por aplicación de lo previsto en el art. 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLO

FALLAMOS: QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a B... y F... y M... del delito de contra los derechos de los trabajadores por el que venían condenados. Fallo que se hace extensivo al otro procesado C... por aplicación del artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida en cuanto no se opongan a la presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Adolfo Prego de Oliver y Tolivar. Julián Sánchez Melgar. José Ramón Soriano Soriano.
José Manuel Maza Martín. José Antonio Martín Pallín.

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

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.

RTSS. CEF