

Roj: **STS 3565/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3565**Id Cendoj: **28079120012017100682**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **05/10/2017**Nº de Recurso: **10161/2017**Nº de Resolución: **656/2017**Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**Ponente: **LUCIANO VARELA CASTRO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP LE 927/2016,**
STS 3565/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 5 de octubre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10.161/2017P interpuesto por **El Ministerio Fiscal** y por **D. Jose Pedro**, representado por la procuradora D^a Marta Isla Gómez, bajo la dirección letrada de D^a Judith Gómez Álvarez, contra la sentencia dictada por la Sección 3^a de la Audiencia Provincial de León con fecha 7 de octubre de 2016. Ha sido parte recurrida **D. Aurelio**, representado por la procuradora D^a Ana María Alonso de Benito, bajo la dirección letrada de D. Javier Veiga Mora.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 3 de León, instruyó Procedimiento Abreviado nº 2.695/2015, contra **D. Jose Pedro y D. Aurelio**, por delitos de trata de seres humanos, prostitución e inmigración ilegal, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de León, que en la causa nº 31/2016 dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

«De la apreciación de las pruebas practicadas **RESULTA PROBADO Y ASÍ SE DECLARA:**

Que el acusado en este procedimiento Jose Pedro, mayor de edad y del que no constan antecedentes penales, sin residencia legal en España, nacido en Brasil, de condición transexual, esto es de morfología varón pero sintiéndose mujer, contactó en Brasil con la ahora testigo protegido NUM000, también transexual, a la que ofreció venirse a trabajar a España, en concreto a Madrid, pues era titular de varias cafeterías, y podría trabajar como camarera en alguna de ellas, poniéndole de manifiesto al citado testigo protegido que disfrutaba de un buen nivel de vida en España. La expresada testigo protegido -en adelante también se le denominará como la víctima- aceptó el ofrecimiento con el sueldo de una vida mejor aquí que la que tenía en Brasil. Así las cosas los dos junto con un amigo de Jose Pedro, llamado Javier, también acusado en este procedimiento pero en paradero desconocido, emprendieron viaje a Madrid desde Sao Paulo-vía Zurich- por vía aérea, a donde llegaron los tres el día 29 de junio de 2015, si bien la víctima viajaba en clase turista, mientras que Jose Pedro y su amigo Javier lo hacían en clase preferente, habiendo sido Jose Pedro el encargado de sacarle el billete a la víctima y pagárselo de su bolsillo usando tarjeta de crédito. Después de hacer escala en Zurich, el día 30 de junio legaron a Madrid la víctima acompañada de Javier, llegando horas más tarde en vuelo distinto Jose Pedro. Una vez en Madrid Jose Pedro y Javier condujeron al testigo NUM000 hasta un piso sito en la CALLE000, y nada más llegar, Jose Pedro le quitó el pasaporte haciéndole saber que le adeudada 30.000 euros y que la venida a España no tenía otra finalidad para él que el ejercicio de la prostitución masculina, permaneciendo en dicha vivienda los tres y algún transexual más, ejerciendo la víctima la prostitución en el interior de la misma, siendo



explotada por el acusado Jose Pedro que era quien cobraba los servicios y le obligaba a todo ello propinándole palizas reiteradas. El testigo se hallaba en una situación de total vulnerabilidad, pues no conocía a nadie en España, ni tampoco hablaba el idioma español, no disponiendo de ningún medio de vida para subsistir, siendo en todo momento controlado por Jose Pedro, que le pegaba con frecuencia y no le permitía salir a la calle sin su compañía, permaneciendo en la vivienda hasta el día 17 de julio, en cuya fecha, el acusado Jose Pedro, puesto previamente de acuerdo con Javier, también acusado y en paradero desconocido, y con el acusado Aurelio, mayor de edad y sin antecedentes, natural de Brasil, también mujer transexual y sin residencia legal en España, trasladaron al testigo protegido NUM000 a LEÓN, a donde llegaron los cuatro por carretera, y se alojaron en un piso de la AVENIDA000 de esta Capital, en el que los acusados Jose Pedro y Aurelio la obligan a ejercer la prostitución, siendo agredida en varias ocasiones por Jose Pedro con el fin de someterla a las condiciones impuestas y que no eran otras que el ejercicio de la prostitución, tanto en el interior de la vivienda como en la calle, y cuyos beneficios los cobraba regularmente Jose Pedro. El otro acusado Aurelio se encargaba de vigilarla cuando se prostituía en la calle y no estaba presente Jose Pedro, encargándose de recaudar el dinero que la víctima cobraba a los clientes por los servicios prestados, y que eran entregados por Aurelio a Jose Pedro, en ausencia de éste. Siendo Jose Pedro el dirigente del grupo y quien mandaba sobre los demás, en particular sobre el acusado Aurelio, el cual cumplía las ordenes de Jose Pedro a quien consideraba como una segunda madre, colaborando de forma eficaz e imprescindible en la explotación sexual a que se veía sometida la víctima.

El día 22 de julio de 2015, cuando la testigo protegido se hallaba ejerciendo la prostitución en la Avda. Sáenz de Miera de esta capital, consiguió escaparse con la ayuda de un transexual que trabajaba en la zona acogiéndola en su domicilio de la AVENIDA001 en León, siendo días más tarde puestos los hechos en conocimiento de la Policía.

Jose Pedro, con su actuación ayudó a la entrada y estancia en España y a transitar por nuestro país, a la testigo protegido, y todo ello al margen de los cauces legales previstos para la entrada y estancia en España de un ciudadano que era nacional de un país, como Brasil, no miembro de la Unión Europea, y ello lo hizo Jose Pedro con plena consciencia y con el único fin de explotar la prostitución ajena.

Ambos acusados Jose Pedro y Aurelio, se encuentran en prisión preventiva por esta causa, desde los días 22 de enero de 2016 el primero de ellos, y desde el día 12 de febrero de 2016 el segundo.»

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

« **Fallamos.-** Que debemos condenar y condenamos a Jose Pedro como responsable en concepto de autor, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de los siguientes delitos:

A) *Por un delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis 1 b) en concurso medial con un delito de determinación coactiva a la prostitución del artículo 187.1 del Código Penal*, a penar de conformidad con el artículo 77.3 del Código penal, le condenamos a SIETE AÑOS DE PRISIÓN y a la accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

B) *Por un delito de favorecimiento de la inmigración ilegal del artículo 318 bis 1. del Cp en la redacción dada por la LO 1/2015*, le condenamos a la pena de CINCO MESES DE PRISIÓN y a la accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Se impone al citado acusado la medida de LIBERTAD VIGILADA consistente en la prohibición de aproximarse a menos de 100 metros a la testigo protegido NUM000 y de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento durante 8 años a cumplir después de la pena de prisión.

Igualmente debemos condenar y condenamos a Aurelio, como responsable en concepto de autor de un delito de determinación coactiva a la prostitución del artículo 187.1 del Cp sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN y accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas.

Se impone al citado acusado la medida de LIBERTAD VIGILADA consistente en la prohibición de aproximarse a menos de 100 metros a la testigo protegido NUM000 y de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento durante 8 años, a cumplir después de la pena de prisión.

La pena de PRISIÓN impuesta a Aurelio SE LE SUSTITUYE POR LA DE EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL DURANTE OCHO AÑOS EN QUE NO PODRÁ REGRESAR A ESPAÑA.

En materia de responsabilidad civil, Jose Pedro y Aurelio, deberán indemnizar conjunta y solidariamente al testigo protegido NUM000 en la cantidad de CINCO MIL EUROS, por daños morales, devengando el interés



legal incrementado en dos puntos del artículo 576 de la Ley de enjuiciamiento civil , y desde la fecha de esta sentencia.

En materia de costas procesales se condena a Jose Pedro a que abone 2/5 de las costas procesales devengadas en el procedimiento, y Aurelio 1/5.

Se decreta la LIBRE ABSOLUCIÓN DE Aurelio por el delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis 1 b) del código penal .

Se decreta la LIBRE ABSOLUCIÓN DE Aurelio por un delito de obstrucción a la justicia.

Se decretan de oficio 2/5 de las costas procesales devengadas.»

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación, por infracción de ley y precepto constitucional, 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.- La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

D. Jose Pedro

1º.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción del precepto constitucional, concretamente por vulneración del derecho a la presunción de inocencia e inaplicación del principio *in dubio pro reo* en la obtención del juicio de inferencia, al amparo del artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en relación con el artículo 24.2 de la Constitución Española .

2º.- Al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por error en la apreciación de las pruebas, basado en documentos que obran en autos y no resultan contradichos por otras pruebas.

3º.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por pura infracción de ley, por indebida aplicación del artículo 177 bis 1 b) en concurso medial del artículo 77.1.3 del Código Penal , con un delito de determinación coactiva a la prostitución del artículo 187.1 del Código Penal en su actual redacción.

4º.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción de ley por indebida aplicación del artículo 318 bis párrafo Tercero, del vigente Código Penal , en la redacción dada por la L.O. 1/2015 de 30 de marzo del Código Penal-inmigración ilegal.

Recurso del Ministerio Fiscal

1º.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim . (respecto del acusado Sr. Aurelio), por indebida inaplicación del art. 177 bis, y correlativa inaplicación del art. 77.1 y 3 (en concurso medial), con el delito de determinación coactiva a la prostitución , (art. 187.1 del Cp) por el que sí ha sido conenado.

2º.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., por indebida aplicación del art. 89 del CP .

QUINTO.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el 27 y 28 de octubre de 2017, habiéndose acordado en dicho acto comunicar el acuerdo alcanzado a la Audiencia de instancia, lo que se efectuó mediante remisión de fax, cuya copia figura unida al rollo de Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

D. Jose Pedro

PRIMERO.- 1.- En el primero de los motivos se denuncia vulneración de la garantía de presunción de inocencia, invocando el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , aunque corresponde hoy tal cauce al artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Niega que exista prueba de que la víctima fue captada por el recurrente en Brasil para venir a España, realmente, a ejercer la prostitución bajo la apariencia de oferta de trabajo. Protesta la insuficiencia del testimonio de esa víctima (como testigo protegido NUM000 identificado sin discusión como D. Federico). Como destaca que el concepto «captación» y «engaño» exige una precisa determinación de un comportamiento que por sus características tenga fuerza suficiente al efecto de generar un error en otro que, por ello, se decide a hacer lo que no haría sin tal error.



La tesis alternativa del recurrente admite solamente el ejercicio por ambos, ya en Brasil, de la prostitución como transexuales -lo que avalaría la propia declaración de la víctima- y la coincidencia de libre voluntad en ambos de venir a España, sin que el recurrente financiara en modo alguno el viaje de la víctima ni, menos aún, la sometiera, ya en España, a violencia o condicionamiento de tipo alguno.

Y argumenta acerca de la insuficiencia de los datos aportados para poder proclamar los hechos que se declaran probados como base de cualquiera de los tres delitos imputados: trata, determinación a la prostitución e inmigración ilegal.

Nada, fuera del testimonio de la víctima, funda lo que la sentencia afirma. Y su testimonio no se encuentra corroborado por las declaraciones de ningún testigo, y, en cualquier caso, el discurso de las declaraciones de los testigos tenía el denominador común de que lo era en base a lo que el testigo protegido les había referido y no porque tuvieran conocimiento directo. Ningún testigo declaró en juicio saber que D. Jose Pedro le había quitado el pasaporte al testigo protegido NUM000 utilizando la fuerza. Nada prueba que el recurrente asumiera el coste del viaje de la víctima. Se pudo acreditar la titularidad de la tarjeta con la que se abonó, que está identificada en autos y no se aporta tal prueba.

Relata como el pasaporte de la supuesta víctima es recuperado por D. Roman a instancia de la víctima -ya en León- recabándolo aquél de D. Javier sin problema y lo remite a León donde aquella víctima lo recoge.

Y en fin reitera que tampoco en León desplegó violencia sobre la víctima ni asistencia alguna a la misma que actuó libremente.

2.- El control casacional sobre la superación por la condena del canon constitucional de presunción de inocencia exige la previa superación de las exigencias de dos principios constitucionales vecinos, pero diversos, de aquél: primero, por el derecho a un *proceso con todas las garantías -licitud* en la obtención de los medios de prueba y observancia de los principios de publicidad y contradicción al producirse aquéllos en el juicio oral- así como el de **motivación** de la decisión que supere los mínimos exigidos por el *derecho a la tutela judicial efectiva*.

En segundo lugar, si resulta así validada la decisión, ha de **someterse a crítica su justificación** a fin de constatar si, en su aspecto externo, la existencia de los medios probatorios permiten **razonablemente** (por su **sentido incriminatorio**) **afirmar** los enunciados de hechos base.

Finalmente, ha de verificarse si los cánones de la lógica y las enseñanzas de la experiencia, con **coherencia interna**, autorizan a formular la proposición probatoria del hecho imputado de manera **concluyente**, lo que implica, a su vez, la **exclusión de propuestas alternativa**s fundadas en justificaciones razonables desde esos mismos parámetros.

Solamente así se alcanzará el grado de **certeza objetiva**, más allá de la convicción subjetiva del tribunal que impone la condena. No importa tanto si el tribunal dudó como si debió dudar.

Si bien la objetividad no requiere conclusiones absolutamente irrefutables, tampoco la duda razonable exige prueba de la falsedad incuestionable de la imputación. **Si la hipótesis alternativa a la imputación es razonable, las objeciones a la afirmación acusadora lo son también. Y entonces falta la certeza objetiva.**

3.- Son *hechos declarados probados* y en los que la sentencia funda la condena de D. Jose Pedro los siguientes: **a)** La oferta de trabajo hecha por el acusado D. Jose Pedro a la víctima en Brasil como «señuelo» de una vida mejor; **b)** que D. Jose Pedro le paga el billete a la víctima para venir a España (Madrid) donde D. Jose Pedro le «quita» el pasaporte reclamándole 30.000 euros y haciéndole saber que la finalidad de la venida a España era ejercer la prostitución; **c)** la víctima, en situación de vulnerabilidad, ejerce la prostitución y D. Jose Pedro, que le agrede, hace suyos los beneficios de esa actividad de la víctima; **d)** en compañía de otros la traslada a León donde continúa la explotación en iguales condiciones, y **e)** que el penado ayudó a la víctima a entrar en España de manera clandestina, así como a la estancia y a transitar por este país, al margen de los cauces legales.

El tribunal de la instancia enuncia como *elementos de juicio para asentar esas premisas* de la conclusión probatoria sobre los datos esenciales del engaño, la violencia y la explotación los siguientes: **1º.-** Las manifestaciones de la víctima, elemento que califica de «principal» fundamento; **2º.-** Un testigo protegido D. Roman, (inicial denunciante) que recoge las referencias de la víctima e indica que «en alguna ocasión le vio moratones»; **3º.-** El coacusado D. Aurelio cuya declaración en instrucción, rectificada de modo no creído en juicio oral, afirmaba, sin que conste la razón de ciencia, que el recurrente pegaba a la víctima, y **3º.-** El testigo Sr. Melchor que solamente aporta la referencia de la víctima y la percepción de que gestionó, desde el domicilio del mismo en León, la remisión del pasaporte que se encontraba en el primer domicilio en Madrid.



Especialmente plausible resulta la advertencia, que expresa la propia sentencia recurrida, sobre la aceptación de la declaración de la víctima. Dice, con sobrada razón, que cuando es prueba única debe ir acompañada de una «cuidada y prudente valoración». Y desde luego, añade, no basta que el juzgador haga una «afirmación de confianza» en su veracidad.

Como aceptable es que las pruebas de referencia pueden en su caso adquirir valor de elemento corroborante.

4.- Pero lo que resulta cuestionable es que, tras tan atinadas consideraciones el tribunal de instancia haga dejación de la argumentación que era en efecto exigible para poder tener por enervada la presunción de inocencia.

Comenzaremos por analizar la aceptabilidad de las conclusiones de la sentencia recurrida, en primer lugar, en los *componentes argumentales externos, referidos al contenido incriminador de los medios de prueba directos*.

De ellos el que la sentencia califica de esencial: el testimonio de la víctima.

Ciertamente este tipo de medio probatorio, directo, tiene condicionado el examen de su **credibilidad**, en gran medida por la inmediación en su práctica. Pero ello no releva de la exigencia de que la *impresión* que así se produce en el receptor no deba revalidarse desde la perspectiva de criterios objetivos.

Desde luego no parece que remitirse a parámetros como persistencia, verosimilitud y ausencia de contradicciones o de motivos espurios en la declaración sea suficiente para satisfacer aquel canon que le permita a esa valoración pretendidamente racional diferir de las meras impresiones subjetivas *sentidas* por el receptor de la prueba.

La racionalidad de la credibilidad otorgada al testigo-víctima obligaba en este caso a exponer las concretas razones por las que se pueden despejar las dudas que podían suscitar datos como los que pone muy atinadamente de relieve el recurrente para determinar si la certeza sobre la veracidad de las afirmaciones de los hechos de que parte la recurrida cumplen o no el canon constitucional implícito en la garantía de presunción de inocencia.

Entre esos **datos que reportan duda razonable y objetiva**, por lógica y conforme a experiencia, cabría señalar:

a) La endeblez como señuelo de la promesa de mejor vida en España derivada de una oferta de trabajo que, ni consta diverso del que ya llevaba a cabo en Brasil, ni, lo que es más relevante, tiene ni rastro documental, como sería de esperar si tal oferta de trabajo fuese real. Ni se indica un solo dato de corroboración ajeno a la manifestación de la víctima, directa o por medio de referencia hecha a otro.

En la declaración de la víctima podemos observar que ya ejercía la prostitución en Brasil cuando conversa con el recurrente. Y que pensó que le iban a «ayudar». Esa indeterminación en lo que concierne a la oferta de trabajo y a la expectativa de una mera ayuda por parte del recurrente no se reviste de la entidad suficiente para atribuirle naturaleza de *engaño causal* de la decisión de trasladarse a España.

b) El pago del billete por el acusado mediante tarjeta era un elemento de juicio de fácil constatación para poder atribuirlo al recurrente. Pero nada de eso se aporta en las actuaciones.

c) La llegada a Madrid de la supuesta víctima se produce antes en el tiempo de la llegada de los otros acusados que lo hacen en ese último tramo (desde Zurich) en avión diverso. Pese a ello la víctima espera al recurrente.

d) Pese a que la sentencia indica la convivencia -aún en Madrid- del acusado con varias personas de condiciones personales no muy diversas como eran la víctima, D. Javier y algún transexual, más no da cuenta de que ninguna de éstas viera jamás inferir, no ya malos tratos físicos, sino ni siquiera verbales por el recurrente a la víctima.

e) Un testigo -el protegido dueño del piso que les alquila habitaciones y que también era transexual- declara haber visto moratones a la víctima que no son descritos para valorar su entidad y fuerza probatoria, pero no aporta dato que permita excluir que fueran ocasionados por terceros.

f) Sobre la explotación de las ganancias obtenidas en su actividad por la víctima no se aporta un solo dato objetivo ni corroboración de ningún género. La colaboración en esa explotación por parte del coacusado es fundada en la sentencia en la declaración de la víctima, única y exclusivamente sin mínima corroboración (párrafo último del fundamento jurídico segundo).

g) Sobre la sustracción del pasaporte de la víctima por el acusado, no se explica como resultó carente de todo obstáculo la recuperación del mismo cuando al víctima estaba en León y logra que se lo remita persona diversa del acusado desde Madrid.



h) Sobre la libertad de la víctima cuando se traslada a León y ejerce allí la prostitución necesita especial reflexión el testimonio de D. Melchor que le acoge y que dice que respecto de la conducta del recurrente hacia la víctima solamente cuenta con el testimonio de ésta. Pero añade: que la víctima ejercía la prostitución con libertad, sin que se percatara de vigilancia o control alguno. Ratifica que la víctima tenía un contacto en una web (*Pasion*) a través del cual contrataba sus servicios sexuales, sin que viera que jamás entregara a nadie el dinero que percibía de los clientes pero sí que lo utilizaba en pagar los gastos que generaba en León. También da cuenta este testigo de las referencias que le hace la supuesta víctima a la deuda con el recurrente, pero lo hace variando cantidades que van de 15.000 euros a 60.000 euros.

Son también datos que agrandan la duda sobre la conclusión de la sentencia los que el recurrente añade a este elenco: **a)** Que la víctima ya ejercía la prostitución en Brasil según declara en el juicio oral; **b)** no consta que la víctima estuviera a cargo del recurrente cuando permanece en España tras la breve convivencia de 21 días; **c)** que no fue la víctima sino un tercero -D. Roman- dueño de la primera habitación de la víctima en España- quien formuló la denuncia inicial de malos tratos que se desestimó por la Policía Local tras comprobar que la víctima permanecía en León libre de toda coacción; **d)** que los billetes del viaje a España de víctima y recurrente fueron obtenidos en fecha diversas, y **e)** que la víctima reconoció en juicio oral disponer de una página de contactos atendiendo a todo tipo de clientes.

5.- En segundo lugar, *desde una perspectiva interna de la construcción argumental*, ha de llevarse a cabo una ponderación de estos otros datos para inferir, según cánones de lógica y experiencia, si la conclusión sobre engaño y violencia en relación con la venida a España y ejercicio de la prostitución por la víctima es coherente con tales referencias fácticas constatadas o si la tesis alternativa formulada por el recurrente -voluntariedad libre, consciente y autodeterminada de la víctima- es una conclusión que aquellas referencias avalan como razonable.

Ya dejamos dicho, el medio de prueba directo es tributario de una cohorte de indicadores, de necesaria consideración para atribuirle o no la nota de verdadero al contenido informativo que aporta, y cuya percepción está al alcance solamente de quien la recibe. Pero ello no excluye que éste no deba atender también a parámetros que legitiman la valoración de aquellos indicadores y que suministran la lógica, la ciencia y la experiencia.

Por ello la justificación, a partir de tal medio de prueba, de la proclamación de un hecho como probado, debe dar adecuada respuesta a las cuestiones o dudas que puedan suscitarse al respecto desde tales disciplinas..

Y es esa respuesta la que permite dilucidar si la convicción subjetiva del Tribunal que condena va más allá de su «sentimiento» al respecto y es razonable con exclusión de otras hipótesis de las que pueda predicarse también razonabilidad por adecuación a pautas lógicas o de experiencia.

Pero a ello ha de añadirse ahora la ausencia de toda prueba sobre la efectiva existencia de una oferta seria, suficiente para determinar la voluntad de la víctima de abandonar su país y venirse a España; la falta de prueba, fácilmente disponible, que no sea la mera manifestación interesada de la víctima, sobre quien asumió el pago del billete, del viaje; que los convivientes en un espacio tan reducido como un piso alquilado por habitaciones no percibieran en ningún caso ningún maltrato físico o de palabra a la víctima por parte del acusado; que la víctima se dedicara en España a la misma actividad que se venía dedicando en Brasil; que quien se encontraba tan próximo a él como el testigo Sr. Melchor manifieste que nunca vio a nadie ejercer violencia física o moral sobre la víctima cuando se prostituía en León, ni que le vigilaran y sí que la víctima disponía de su propio dinero para atender los gastos de habitación en León, o, en fin, que la recuperación del pasaporte se hiciera sin esfuerzo alguno, aunque existiera una eventual posterior amenaza a terceros, que no a la víctima, por parte del acusado, son todos elementos que desde la lógica y la experiencia hacen razonable la hipótesis de que la supuesta víctima aceptó sin escrúpulo lo que en su caso no consta pasara de sugerencia por parte del recurrente para continuar en España la actividad de prostitución en la que era experto.

La sentencia ahorra todo esfuerzo en desvanecer lo sugestivo de tales datos en relación a esa hipótesis alternativa.

Y son precisamente esos argumentos ahora considerados y omitidos en la recurrida los que nos llevan a negar que podamos tener por objetiva la certeza que exhibe el tribunal de instancia, cuya decisión declaramos en consecuencia incompatible con las exigencias de la garantía constitucional de presunción de inocencia.

6.- Y ello en relación a las tres afirmaciones fundamento de la condena por los tres diversos delitos.

Por un lado el de trata porque no cabe afirmar el presupuesto esencial del artículo 177 bis del Código Penal en que se funda la sentencia: el *medio* engañoso utilizado para captar o, si se quiere, trasladar a la víctima desde Brasil a España. Y tampoco la explotación sexual como *finalidad* ya que ni siquiera cabe dar por probado



la de recuperar el importe del billete pagado, ni menos que la víctima entregara el dinero que obtenía con su actividad, desde luego cuando ejercía en León, pero tampoco cuando lo hacía en Madrid.

En lo referente al delito de determinación a la dedicación a esa actividad de prostitución resulta harto evidente que mal se puede sostener cuando la propia víctima reconoce su febril dedicación al respecto, antes y después de llegar a España. Por lo que habría sido necesario justificar con especial intensidad que tal dedicación en España lo era solamente por la imposición de la voluntad del recurrente. Y no se justifica tal cosa.

Finalmente el delito de *favorecimiento* de la inmigración ilegal pasa por la atribución al recurrente del impulso financiero que sufragara los costes de la llegada a España que ya hemos visto no se acredita. Una vez la supuesta víctima en España tampoco se declara probado, de manera acorde a la garantía de presunción de inocencia, acto alguno de favorecimiento de la estancia o a la movilidad dentro de España que revista las características típicas de dicho delito.

En relación a tal delito dijimos en nuestra sentencia Tribunal Supremo nº 646/2015 de 20 de octubre que: *El artículo 318 bis.1, hasta la Ley Orgánica 1/2015 sancionaba los actos de favorecimiento o promoción de "tráfico ilegal o inmigración clandestina" desde, en tránsito o con destino a España o a países de la UE.*

Tras la citada reforma el comportamiento típico consiste en ayudar intencionadamente a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a "entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros".

Por su parte el artículo 313.1 del Código Penal varió su contenido, respecto a su redacción entonces vigente, tras la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010. Ésta circunscribió el tipo penal a los supuestos de favorecimiento de emigración, destipificando, a los efectos de ese precepto, la determinación a la inmigración clandestina.

Es decir, desde la vigencia de la reforma de 2010, además de tipificar separadamente la trata de personas, se eliminó la posible duplicidad típica de la misma conducta (favorecer la inmigración) en los artículos 313.1 y 318 bis 1 del Código Penal. Como se advertía en la exposición de motivos el delito de inmigración clandestina siempre tendrá carácter transaccional, predominando, en este caso, la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios añadiendo como consecuencia de la necesidad de dotar de coherencia interna al sistema, esta reestructuración de los tipos ha requerido la derogación de las normas contenidas en los artículos 313.1

Por lo que concierne a la modificación de 2015, el tipo penal sustituye el concepto inmigración clandestina por el de entrada o tránsito (además de la permanencia o estancia a que se refiere el nuevo 318 bis 2) en la que concurra contravención de las normas legales.

Lo que, siendo concorde al nuevo bien jurídico considerado, -exclusivamente la legalidad administrativa de la entrada y presencia en territorio español de ciudadanos no europeos (si fuere ciudadano de un país de la Unión se exige ánimo de lucro)- puede suponer una total asimilación de la respuesta penal con la administrativa. La lectura de éstas permite comprender que no toda ilegalidad es equiparable a clandestinidad.

Nuestra Jurisprudencia, anterior a la última reforma ya había hecho severas advertencias. Valga por todas la STS 678/2014 de 23 de octubre :

No basta con acreditar cualquier infracción de la normativa administrativa sobre la materia, sino que la referencia a la ilegalidad del tráfico o a la clandestinidad suponen el empleo por parte del autor de alguna clase de artificio orientado a burlar los controles legales establecidos en el ámbito de la inmigración, o con carácter general del tránsito de personas de unos países a otros. En este sentido la STS nº 147/2005, de 15 de febrero. Pero ha de tratarse de una acción que, desde una observación objetiva, y en relación a su propia configuración, aparezca dotada de una mínima posibilidad de afectar negativamente al bien jurídico.

Desde la perspectiva relacionada con el bien jurídico, aun cuando se entienda, como hace un sector doctrinal, que el delito trata de proteger el control sobre los flujos migratorios, su ubicación sistemática en un nuevo Título XV bis bajo la rúbrica de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, impide prescindir de una suficiente consideración a este bien jurídico, por lo que será preciso que las circunstancias que rodean la conducta permitan apreciar la existencia de alguna clase de riesgo relevante para ese bien protegido como consecuencia del acto de favorecimiento del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina.En consecuencia, la conducta típica del artículo 318 bis no se corresponde mecánicamente con el mero incumplimiento de la normativa administrativa en materia de extranjería. El referido precepto exige una afectación negativa relevante, actual o seriamente probable, de los derechos del ciudadano extranjero. (STS nº 1465/2005)..."

En cualquiera de los casos, decíamos en la STS nº 1087/2006 " no es posible elevar a la categoría de delito, y además severamente castigado, conductas que en la legislación de extranjería vienen configuradas como una mera infracción administrativa (artículo 54 de la LO 4/2000), de manera que el interés del Estado en el control



de los flujos migratorios, ya protegido mediante la acción administrativa, solo encuentra protección penal si los derechos de los ciudadanos extranjeros se ven seria y negativamente afectados por la conducta, sea de modo actual y efectivo o al menos ante un riesgo de concreción altamente probable".

Respecto del tráfico ilegal, ha venido entendiéndose cualquier movimiento de personas extranjeras que trate de burlar la legislación española sobre inmigración (STS 284/2006, de 6 de marzo). Varias sentencias de esta Sala se han pronunciado sobre el particular, destacando los aspectos formales relacionados con la ilegalidad, aunque sin excluir la exigencia de algún factor de riesgo para los derechos del ciudadano extranjero afectado, elemento que en la mayoría de los casos se extrae sin dificultad de la situación en la que las personas sujetos pasivos de la conducta son trasladadas por quienes se aprovechan de su situación.

Tras la reforma operada en el Código Penal por la LO 5/2010, la previsión del artículo 318 bis 1, aquí examinada, coexiste, en lo que aquí interesa, con otras dos previsiones incluidas bajo la rúbrica del Título XV, dedicado a los delitos contra los derechos de los trabajadores. La primera, en el artículo 312.1, que sanciona a quienes trafiquen de manera ilegal con mano de obra. Y, la segunda, en el artículo 313, que sanciona al que determinare o favoreciere la emigración de una persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, conducta ya prevista con anterioridad en el número segundo de dicho artículo en su redacción anterior a la referida Ley Orgánica.

De esta forma, los derechos de los trabajadores quedan protegidos por esos dos tipos delictivos, mientras que los que corresponden a los ciudadanos extranjeros se contemplan en el artículo 318 bis. A estos efectos no deben ser confundidos o equiparados el tráfico ilegal de mano de obra del artículo 312 y el tráfico ilegal de personas que aparece en el artículo 318 bis, aunque la expresión legal sea coincidente. El primero, generalmente concretado en la cesión de trabajadores o en la colocación ilegal de los mismos, se dirige a proteger los derechos de los trabajadores como tales, y se encuentra castigado con una pena comprendida entre dos y cinco años de prisión. Pena inferior a la comprendida entre cuatro y ocho años de prisión contemplada en el artículo 318 bis, precepto, como se ha dicho, orientado a proteger los derechos de los ciudadanos extranjeros, en cuanto personas, especialmente los referidos a su dignidad, libertad y seguridad, que pueden ser restringidos o ignorados cuando se encuentran en movimientos de tipo migratorio o similares desde, en tránsito o con destino a España o, ya en la actualidad, a otro país de la Unión Europea, y son colocados generalmente por grupos de tipo mafioso, en situaciones de irregularidad administrativa en materia de extranjería en los países por los que transitan o a los que son conducidos.

El nuevo supuesto de hecho del tipo penal, que en su modalidad básica no exige engaño ni forzamiento de la voluntad del inmigrante, pero que castiga comportamientos no siempre ocultos ni clandestinos, también conlleva el riesgo de desbordar la naturaleza fragmentaria del Derecho Penal, obviando la necesaria diferenciación entre las respuestas penales y no penales. Lo que exige de la Jurisdicción una necesaria corrección del exceso verbal del tipo que deje fuera del ámbito penal conductas que, pese a contravenir la letra de la ley, no puede, por coherencia del sistema y exigencia de los principios penales legalizados, ser consideradas delictivas.

Por un lado no cabe olvidar que el tipo penal se enmarca en una rúbrica que dice tipificar comportamientos "contra los derechos de los extranjeros", y éstos no coinciden necesariamente con los subyacentes a la regulación del flujo migratorio. De ahí que se haya dicho con buen tino que el extranjero es en el tipo penal más que víctima, -como sugiere la citada rúbrica- objeto del la infracción.

La recepción de la voluntad de la Unión Europea (Directiva 2002/90/CE y 2008/115/CE) no puede hacer idénticas la respuesta administrativa y la penal. Así lo recordaba incluso el Parlamento Europeo en su Resolución de 22 de mayo de 2012 al advertir de la naturaleza de intervención última, y mínima, de la sanción penal.

De ahí que no toda infracción legal, determinante de sanción administrativa, puede considerarse delictiva. Como ocurre con las denominadas infracciones leves del artículo 52 de la Ley Orgánica reguladora de extranjería. A modo de ejemplo la consistente en: Encontrarse trabajando en una ocupación, sector de actividad, o ámbito geográfico no contemplado por la autorización de residencia y trabajo de la que se es titular. O La contratación de trabajadores cuya autorización no les habilita para trabajar en esa ocupación o ámbito geográfico.

Como tampoco debe considerarse delictivo todo comportamiento susceptible de ser tipificado como infracción administrativa grave. A título de ejemplo Incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento de las autoridades competentes los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio, así como incurrir en falsedad en la declaración de los datos obligatorios para cumplimentar el alta en el padrón municipal a los efectos previstos en esta Ley, siempre que tales hechos no constituyan delito.



Este deslinde de la infracción administrativa respecto de la delictiva aparece así, no en el Código Penal, pero sí en la legislación administrativa: Como en el caso que acabamos de citar, o en determinadas infracciones tenidas administrativamente por muy graves: artículo 54 1, b), c) o f).

Curiosamente la ley sanciona (artículo 53.1 g) como infracción leve la "salida" de territorio español por puestos no habilitados, sin documentación o incumpliendo prohibiciones. Pero no prevé como infracción la "entrada" con esas mismas circunstancias. Sin embargo era doctrina jurisprudencial a partir de un acuerdo no jurisdiccional del Pleno de esta Sala Segunda que: el facilitar un billete de avión a personas que carecen de permiso de trabajo permitiéndolas pasar por turistas, es una inmigración clandestina (Acuerdo de 13 de julio de 2005). En este sentido, la jurisprudencia de esta Sala viene declarando que el delito incluye como tráfico ilegal la utilización de fórmulas autorizadoras de ingreso transitorio en el país (visado turístico por ejemplo) con fines de permanencia, buscando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones (S. 28 de septiembre de 2005; 19 de enero de 2006) y así se reputa delito de inmigración clandestina el hecho de entrar en España bajo la condición de turista con el propósito de permanecer aquí trabajando, tratándose de personas que carecen de permiso de trabajo y de residencia en España (S^a 12 de diciembre de 2005); del mismo modo las SS. 19 de enero de 2006, 6 de marzo de 2006 y 10 de noviembre de 2006 declaran que es tráfico ilegal la entrada como turista con la finalidad de permanecer después de forma ilegal en España sin regularizar la situación. (STS 167/2015 de 24 de marzo ; 298/2015 de 13 de mayo).

*Tras la reforma de 2015 la acusación que impute el delito del artículo 318 bis 1 del Código Penal habrá de identificar, no solamente la conducta probada, sino la concreta infracción administrativa **y la razón por la que ésta adquiere relevancia penal más allá de una antijuridicidad meramente administrativa** . Solamente ante tal completa identificación del título de condena cabrá ejercitar una adecuada defensa.*

Es obvio que la rectificación de lo que la sentencia de instancia declara probado excluye esta tipicidad, al menos tras la citada reforma del año 2015 que es más favorable, en cuanto más limitativa de la conducta típica.

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal aprovechará a los demás penados la nueva sentencia favorable dictada por el recurso de otro penado si concurre la condición de que ambos penados «se encuentren en la misma situación que el recurrente y les sean aplicables los motivos alegados por los que se declare la casación de la sentencia».

D. Aurelio resultó penado en condición de autor del delito de determinación coactiva a la prostitución. No obstante en la fundamentación jurídica se justifica tal título de condena en que «ha prestado una colaboración decisiva» al otro penado D. Jose Pedro . Por lo que se advierte que la autoría es considerada en concepto de cooperador necesario (párrafo último del fundamento jurídico segundo).

Es obvio que excluida la autoría material de uno, no cabe estimar la cooperación del otro. En todo caso la ausencia de tal coacción resulta excluible por razón del motivo ya analizado con el recurso de D. Jose Pedro .

Lo que da lugar a la absolución de este penado en la segunda sentencia a dictar a continuación de esta casacional.

Recurso del Ministerio Fiscal

TERCERO.- 1.- El Ministerio Fiscal pretende en el primero de los motivos de su recurso que se aplique el artículo 177 bis al acusado D. Aurelio y que se haga considerándolo en relación de concurso medial con el delito del artículo 187.1 de determinación a la prostitución.

Desde luego, excluida la condena por ese segundo título no cabe estimar tal concurso.

El debate de este recuso se ha de circunscribir pues solamente a la consideración de si se debió estimar que ese acusado cometió el delito de trata del artículo 177 bis, del que viene absuelto por la sentencia de instancia. Y ello sin que sea necesario modificar en modo

Al respecto alega el Ministerio Fiscal que la comisión del delito a este acusado deriva de que junto con otros «trasladó» a la víctima desde Madrid a León actuando de acuerdo con el otro penado.

Desde el punto de vista de la norma el delito existiría aunque su comportamiento se desplegara en la totalidad cuando la víctima ya estaba en España, contra el que cree fue criterio de la sentencia de instancia que habría excluido el delito por estimar precisamente que este acusado no tuvo intervención alguna en la entrada de la víctima en territorio español.

2.- No obstante, de no modificarse el hecho probado, es de resaltar que en la declaración de dicho hecho en la recurrida no existe ni la más mínima expresión que afirme que cuando la víctima es trasladada a León, fuera utilizada forma alguna que pueda ser constitutiva de los medios típicos que exige la ejecución del tipo



penal imputado: «empleo de violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera».

De ahí que siendo correcto afirmar que no es necesario que ocurra un ingreso de la víctima en territorio español procedente del extranjero, no lo es que el eventual destino ulterior de la víctima a la prostitución sea ineludiblemente consustancial con una actividad idéntica a la del medio típico de ejecución de este delito.

Tanto más cuanto que, como hemos dejado justificado con anterioridad, tampoco existe motivo para estimar que la víctima fue violentamente determinada a tal actividad en la que era experta antes y después de llegar a España.

Por ello el recurso se rechaza.

CUARTO.- El segundo motivo se subordina a la estimación del anterior, por lo que la desestimación de éste hace innecesario el examen de aquél.

QUINTO.- La estimación del recurso del penado determina, conforme al artículo 901, la declaración de oficio de las costas de este, así como las derivadas del recurso del Ministerio Fiscal.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Jose Pedro , contra la sentencia dictada por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de León con fecha 7 de octubre de 2016 , cuya resolución anulamos y dejamos sin efecto alguno, declarando de oficio las costas de este recurso. Y debemos desestimar y desestimamos en su totalidad el recurso de casación formulado por **El Ministerio Fiscal** contra la misma resolución. Declarando de oficio las costas del mismo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

SEGUNDA SENTENCIA

En Madrid, a 5 de octubre de 2017

Esta sala ha visto la causa rollo nº 31/2016 seguida por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de León, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 2695/2015, instruido por el Juzgado de Instrucción nº 3 de León, por delitos de trata de seres humanos, prostitución e inmigración ilegal, contra D. Jose Pedro , nacido en Goiana (Brasil) el día NUM001 /1981, hijo de D. Jose Pedro y de Dª Francisca , y D. Aurelio , nacido el día NUM002 /1993, en Goiana (Brasil), hijo de D. Gonzalo y de Dª Marí Luz , en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 7 de octubre de 2016 , que ha sido recurrida en casación y ha sido **casada y anulada** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se admite la declaración de hechos probados pero con la siguiente modificación: no consta probado que D. Jose Pedro ofreciera trabajo o hiciera otra promesa al testigo protegido a que se refiere la sentencia de instancia como señuelo para convencerle de que viniera a España. Tampoco resulta probado que abonara el importe del billete de avión para viajar la víctima desde Brasil a España. Tampoco que una vez en España le abonara el alojamiento ni le exigiera el pago de cantidades, obligándole a prostituirse para obtener las entregas de cantidades así obtenidas al acusado D. Jose Pedro .

Tampoco que el penado D. Aurelio , participara en modo alguno en cualquier tipo de coacción para que la misma víctima se trasladara León, ni para que allí se dedicara al ejercicio de la prostitución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en la sentencia casacional, los hechos que se declaran probados no son constitutivos de ninguno de los delitos imputados a los acusados, 177 bis, 187 ni 318 bis.



Procede por ello la libre absolución de los acusados con declaración de oficio de las costas de la instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido **Absolver** a D. Jose Pedro y a D. Aurelio , de los delitos por los que venían siendo acusados, y con declaración de oficio de las costas de la instancia.

Notifíquese esta resolución al Tribunal de instancia a fin de adoptar las decisiones oportunas en relación con las medidas cautelares impuestas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ